

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 42.055/2
DU 31 JANVIER 2007

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 4 janvier 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi I "relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses", a donné 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.

Cadre juridique

Contexte général

La Communauté européenne a estimé nécessaire d'unifier le cadre juridique destiné à lutter contre l'ensemble des abus dans les marchés financiers. En effet, ces abus portent atteinte au fonctionnement des marchés; ils sont source de distorsion de concurrence et sapent la confiance des investisseurs. Ils contribuent aussi à accroître les coûts de financement des entreprises. Enfin, les disparités des règles des États membres relatives aux manipulations des marchés en question suscitent, elles-mêmes, l'incertitude juridique.

Dans le prolongement du Plan d'action pour les services financiers (PASF), présenté par la Commission le 11 mai 1999, la Communauté européenne s'est donc engagée dans la voie de la construction d'un cadre harmonisé de la réglementation des services financiers.

La réalisation de ce cadre a fait l'objet d'une importante activité normative. Ainsi, la Communauté européenne a notamment adopté :

- une directive 2001/108/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 janvier 2002, modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de

placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), en ce qui concerne les placements des OPCVM ¹;

- une directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 janvier 2002, modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés ²;
- une directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière ³;
- une directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE ⁴;
- une directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (ci-après la "directive abus de marché") ⁵; cette directive serait partiellement transposée par les articles 46 à 56 de la loi en avant-projet, en ce qui concerne les pouvoirs dont doit disposer l'autorité nationale de surveillance des marchés;

(1) JO L 41, du 13.02.2002, p. 35.

(2) JO L 41, du 13.02.2002, p. 20.

(3) JO L 168, du 27.06.2002, p. 43.

(4) JO L 271, du 9.10.2002, p. 16.

(5) JO L 96, du 12.04.2003, p. 16.

- une directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE (ci-après la "directive prospectus") ⁶.
- une directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (ci-après la "directive MiFID" ⁷) ⁸; cette directive fait également l'objet des articles 46 à 56 de l'avant-projet de loi, en ce qui concerne la transposition des dispositions sur les pouvoirs de l'organisme national de contrôle;
- une directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition ⁹;
- une 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 (ci-après la "directive transparence") ¹⁰; la transposition de cette directive est l'objet de la première partie de l'avant-projet de loi examiné.

Diverses directives relatives à la réglementation prudentielle du secteur complètent cet ensemble législatif.

⁽⁶⁾ JO L 345, du 31.12.2003, p. 64.

⁽⁷⁾ Pour "Markets in Financial Instruments Directive".

⁽⁸⁾ JO L 145, du 30.04.2004, p.1.

⁽⁹⁾ JO L 142, du 30.04.2004, p. 12.

⁽¹⁰⁾ JO L 390, du 31.12.2004, p. 38.

Par ailleurs, il convient d'avoir particulièrement égard au projet de directive de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive transparence ¹¹, qui a été adopté mais n'est pas encore publié.

Substance de la directive transparence

La directive transparence poursuit l'objectif de renforcer l'attrait du marché financier européen en améliorant l'information fournie aux investisseurs de façon à leur permettre de placer plus efficacement leurs fonds. L'économie devrait, par répercussion, s'en trouver dynamisée.

La directive transparence repose sur une distinction entre "État membre d'origine" et "État membre d'accueil".

Est "État membre d'origine", et doit assumer les obligations qui lui sont imposées en tant que telles,

- lorsque l'entité émettrice de valeurs mobilières a son siège social dans un État membre, ledit État;
- lorsque l'entité émettrice a son siège statutaire dans un pays tiers, l'État membre où les valeurs mobilières sont offertes pour la première fois au public ou celui de la première demande d'admission à la négociation sur un marché réglementé ¹² (article 2, paragraphe 1, i), de la directive transparence, article 10 et article 2, paragraphe 1, m), sous iii), de la directive prospectus).

Est "État membre d'accueil", tout État membre, autre que l'État membre d'origine, sur le territoire duquel les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé (article 2, paragraphe 1, sous j), de la directive transparence).

⁽¹¹⁾ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/measures_vote_fr.pdf.

⁽¹²⁾ Dans les cas qui n'entreraient pas dans une des hypothèses ci-dessus, l'État membre d'origine est celui choisi par l'émetteur.

L'État membre d'origine est tenu d'imposer des obligations d'information financière à trois catégories d'intervenants :

- aux émetteurs de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé;
- aux détenteurs d'actions;
- aux personnes, physiques ou morales, détenant des droits de vote ou des instruments financiers qui ont une incidence sur les droits de vote.

Il ressort de l'article 3 de la directive transparence que l'État membre d'origine peut imposer à ces intervenants des exigences plus strictes que celles figurant dans ladite directive. Cette faculté est, en revanche, refusée aux autres États membres, dits "États membres d'accueil". Ils ne sont donc plus autorisés à restreindre l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur leurs marchés réglementés en imposant des obligations d'information supplémentaires aux émetteurs. Cette règle, dite de l'État membre d'origine, devrait permettre d'éliminer les obstacles à l'admission de valeurs mobilières sur des marchés réglementés établis dans un autre État membre.

Les émetteurs de valeurs mobilières sont, tout d'abord, astreints à des informations périodiques portant sur leur situation financière de l'émetteur et sur celle des entreprises qu'ils contrôlent. Elles comportent aussi un état des prévisions. Ainsi, l'émetteur doit publier un rapport financier annuel (article 4 de la directive), des rapports financiers semestriels (article 5) et des déclarations intermédiaires de la direction portant notamment sur les événements et transactions importants (article 6).

La directive transparence impose, ensuite, une information dite "continue". En résumé, lorsqu'une acquisition ou une cession de titres modifie la structure des participations importantes ayant une incidence sur la répartition des droits de vote, le détenteur de ces titres est tenu de notifier à l'émetteur le pourcentage de droits de vote résultant de cette opération. Celui-ci est tenu de publier cette information (articles 9, 10, 12 et 13).

L'État membre d'origine doit veiller au respect des règles qui précèdent et de celles, plus strictes, qu'il aurait instituées. Dans cette perspective, chaque État membre désigne une autorité compétente pour surveiller l'application de la directive. Cette autorité est en principe l'autorité centrale créée conformément à la directive prospectus.

Observation préliminaire

Un tableau de concordance entre la directive transparence et l'avant-projet de loi a été transmis au Conseil d'État. Il convient de le joindre à l'avant-projet de loi et de le compléter par l'indication de la manière dont les dispositions pertinentes des autres directives (directive MiFID et directive transparence) sont également transposées par celui-ci.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'article 2 indique que la loi transpose en droit belge la directive 2004/109/CE, précitée, la directive 2003/6/CE, précitée, et la directive 2004/39/CE, précitée.

Comme il ressort du tableau de concordance et des observations qui vont suivre, la transposition ne sera toutefois complète qu'après l'adoption de nombreux arrêtés d'exécution.

En vue d'assurer la sécurité juridique des opérateurs économiques, il convient donc de préciser dans la loi, qu'il s'agit uniquement d'une transposition partielle.

Article 3, § 1^{er}, 11/

Cette disposition définit ce qu'il y a lieu d'entendre par "organismes de placement collectif autres que ceux du type fermé". Il s'agit des organismes répondant à certaines conditions et notamment, ceux "dont l'objet exclusif est le placement collectif de moyens financiers recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis au principe de répartition des risques".

La condition telle que libellée est plus restrictive que celle figurant à l'article 2, paragraphe 1, g) de la directive qui n'exige pas que l'objet de l'organisme soit exclusivement le placement collectif de moyens financiers.

Article 4

Les alinéas 3 et 4 prévoient une habilitation au Roi, notamment pour étendre le titre II de la loi "en tout, en partie, ou de manière adaptée" et rendre certaines dispositions de ses arrêtés d'exécution applicables "en tout, en partie ou de manière adaptée" aux participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un système multilatéral de négociation ou y sont négociées.

L'habilitation au Roi telle que libellée va à l'encontre d'une préoccupation légitime de prévisibilité juridique suffisante. Il faut que la loi indique si les participations importantes dont il est question ci-avant sont ou non soumises au titre II de la loi.

En revanche, le Roi peut se voir déléguer le pouvoir d'adapter ou de modaliser éventuellement les règles du titre II compte tenu de la spécificité des participations en question.

Article 6

Paragraphe 1^{er}

L'alinéa 2 de l'article 6, § 1^{er}, dispose que la notification est également obligatoire lorsque suite à une acquisition, "le nombre de droits de vote atteint ou dépasse une quotité de 10 %, de 15 %, de 20 % et ainsi de suite par tranche de cinq points de pourcentage, du total des droits de vote existants".

Les termes "atteint ou dépasse" sont ambigus et source d'insécurité juridique. Ils peuvent laisser penser qu'une double déclaration est requise, d'une part, lorsque un seuil est atteint et d'autre part, lorsque ce seuil est dépassé.

L'exposé des motifs indique que telle n'est pas l'intention des auteurs de l'avant-projet de loi.

Pour éviter toute équivoque, il est suggéré de rédiger l'alinéa 2 de l'article 6, § 1^{er}, comme suit :

"(...) atteint une quotité de 10 %, de 15 %, de 20 % ou plus et ainsi de suite par tranche de cinq points de pourcentage, du total des droits de vote existants".

Ce faisant, la rédaction de l'alinéa 2 serait identique à celle de l'alinéa 1^{er} qui, in fine, parle de droits de vote qui "(...) atteignent une quotité de 5 % ou plus du total des droits de vote existants".

En outre, afin d'éviter toute incertitude juridique, il convient d'omettre le mot "additionnelle" au début de l'alinéa 2.

Paragraphe 3 et 4

L'observation formulée ci-avant sous le paragraphe 1^{er} vaut également pour les paragraphes 3 et 4 qui parlent du pourcentage de droits de vote qui "atteint, dépasse ou tombe" sous les seuils fixés à l'article 6, § 1^{er}, de l'avant-projet de loi.

.../...

Paragraphe 5

1. Le paragraphe 5 énonce à titre exemplatif ("notamment") des cas dans lesquels une personne physique ou morale est réputée acquérir, céder ou détenir indirectement des titres conférant le droit de vote d'un émetteur.

En revanche, l'exposé des motifs indique que "le paragraphe 5 explicite ce qu'il y a lieu d'entendre par «indirectement»".

Il y a discordance entre le texte et l'exposé des motifs. En effet, le premier énonce à titre exemplatif des situations où il y a détention "indirecte" des titres conférant le droit de vote d'un émetteur, tandis que l'exposé des motifs semble indiquer que la liste est exhaustive.

Les auteurs de l'avant-projet de loi devraient lever cette contradiction, en conformant le dispositif à l'exposé des motifs. En effet, tout contrevenant à l'obligation de notification peut être l'objet des mesures énumérées à l'article 23 de l'avant-projet et des sanctions pénales et administratives prévues aux articles 26 à 28.

Or, la sécurité juridique exige que les personnes tenues à l'obligation de notification évoquée ci-dessus et à qui un manquement peut être imputé soient clairement identifiées. Cette exigence s'impose particulièrement au regard de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour ce qui concerne les sanctions pénales susceptibles d'être infligées. En effet, à défaut d'une désignation précise des personnes visées par l'obligation de notification, l'infraction mentionnée à l'article 26, alinéa 1^{er}, 1/, de l'avant-projet ne serait pas clairement définie ¹³.

⁽¹³⁾ Arrêts de la C.E.D.H. du 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, n/ 14307/88, Série A, 260-A, paragraphe 52, et du 22 mars 2001, K.-H.W. c. Allemagne, n/ 37201/97, Rec. 2001-II, paragraphe 45.

La clarté de la législation est d'autant plus indispensable que l'article 6 concerne les détenteurs de titres d'un émetteur dont les valeurs sont négociées sur le marché réglementé belge et sur un autre marché communautaire ¹⁴.

2. Par ailleurs, dans le contexte d'une infraction susceptible d'être seulement commise par une catégorie de personnes physiques ou morales, la désignation de ceux qui sont astreints à une obligation sous peine d'une sanction pénale constitue un élément essentiel de l'infraction. Cette désignation doit, dès lors, intervenir dans la loi, conformément aux articles 12 et 14 de la Constitution.

Paragraphe 1^{er}, 5 et 6

La combinaison des articles 9 et 10 de la directive transparence implique que plusieurs personnes peuvent, a priori, être tenue par l'obligation de notifier le pourcentage de droits de vote résultant d'une opération d'acquisition ou de cession.

Ainsi, l'article 9, paragraphe 1, de la directive transparence dispose que le détenteur d'action qui acquiert ou cède des actions d'un émetteur doit notifier, dans certaines circonstances, le pourcentage des droits de vote qu'il détient à la suite de cette opération. Selon l'article 2, paragraphe 1, e), sous ii), de la même directive, le détenteur d'action est notamment la personne qui détient des actions, en son nom propre, mais pour le compte d'une autre personne. Il s'ensuit que ce prête-nom est tenu de procéder à la notification susmentionnée. Par ailleurs, l'article 10, sous g), de la directive transparence

⁽¹⁴⁾ La section de législation relève, en outre, que le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (ci-après le "CESR", pour "Committee of European Securities Regulators") admet que toute personne physique ou morale, tenue à une notification en vertu des articles 9 et 10 de la directive transparence, peut confier à un tiers le soin de procéder à cette notification en son nom. Toutefois, le CESR considère qu'une telle désignation ne libère pas la personne physique ou morale en question de ses obligations, et donc aussi de sa responsabilité en la matière (CESR, Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Transparency Directive, juin 2005, points 178, 180 et 186 (disponible sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/prospectus/cesr-05-407_en.pdf)). Le CESR a été institué par une décision 2001/527/CE de la Commission du 6 juin 2001, instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (JO L 191, du 13.07.2001, p. 43).

impose également une obligation de notification à la personne en droit d'exercer des droits de vote quand ces droits sont détenus par un tiers, en son nom propre, mais pour le compte de cette première personne. Il découle donc de l'article 9, paragraphe 1, et de l'article 10, sous g), de la directive transparence que deux personnes sont ainsi obligées de notifier le véritable détenteur des titres et l'intermédiaire.

L'article 6, §§ 1^{er} et 5, alinéa 1^{er}, 2/, de l'avant-projet soumet à la notification tant la société contrôlée qui acquiert des titres conférant un droit de vote, que la société mère. Or, selon l'article 12, paragraphe 3, de la directive transparence, "une entreprise est exemptée de l'obligation de procéder à la notification requise (...), si la notification est effectuée par l'entreprise mère (...)". Le cumul de notification résultant de l'article 6, §§ 1^{er} et 5, alinéa 1^{er}, 2/, de l'avant-projet s'écarte donc de cette disposition.

Il ressort néanmoins du commentaire de l'article 6, § 6, qu'il "constitue(r) notamment) l'habilitation pour la transposition de l'article 12.3 de la directive transparence" ¹⁵. La fonctionnaire déléguée a, pour sa part, confirmé que l'intention du Gouvernement n'est pas d'adopter, ici, des règles plus strictes que la directive ¹⁶. Un arrêté d'exécution devrait reprendre l'exemption figurant à l'article 12, paragraphe 3, susmentionné.

Toutefois, l'habilitation donnée au Roi par l'article 6, § 6, de l'avant-projet ne lui permettra pas d'exempter de notification les personnes qui y seront tenues par la loi ¹⁷.

Il convient, dès lors, de revoir la combinaison de l'article 6, §§ 1^{er} et 5, alinéa 1^{er}, 2/, de l'avant-projet.

⁽¹⁵⁾ Exposé des motifs, p. 30.

⁽¹⁶⁾ Ce que l'article 3, paragraphe 1, de la directive transparence permet.

⁽¹⁷⁾ Comparez avec l'article 7, alinéa 3, de l'avant-projet.

Paragraphe 7

L'article 6, § 7, de l'avant-projet entend transposer l'article 13, paragraphe 1, de la directive transparence. En vertu de cette disposition, "les obligations en matière de notification (...) s'appliquent également à une personne physique ou morale qui détient, directement ou indirectement, des instruments financiers qui lui donnent le droit d'acquérir, de sa propre initiative uniquement, en vertu d'un accord formel, des actions, auxquelles sont attachés des droits de vote et déjà émises".

Il ressort de l'article 11, paragraphe 1, du projet de directive d'exécution que les instruments visés sont "les valeurs mobilières et les contrats d'option, contrats à terme, contrats d'échange, accords de taux futurs et tout autres contrats dérivés relatifs à des valeurs mobilières, visés à l'annexe I, section C, de la directive 2004/39/CE".

Dans le souci de sécurité juridique déjà expliqué ci-dessus ¹⁸, il incombera au Roi non seulement de fixer les conditions d'assimilation des instruments visés aux titres conférant le droit de vote, comme l'envisage l'article 6, § 7, de l'avant-projet, mais aussi de préciser les types d'instruments financiers concernés ¹⁹.

Article 7

1. L'article 7, alinéa 1^{er}, prévoit que "les règles relatives à la notification visée à l'article 6 s'appliquent également lorsque (...) une personne physique ou morale acquiert ou cède des droits de vote ou dispose du droit d'exercer ceux-ci, notamment dans un des" cinq cas qu'il énumère.

Cette disposition appelle une observation similaire à celle formulée au sujet de l'article 6, § 5.

⁽¹⁸⁾ Voir observation formulée sous le paragraphe 5 de l'article 6.

⁽¹⁹⁾ Voir, d'ailleurs, l'article 13, paragraphe 2, sous a) et b), de la directive transparence.

2. L'article 7, alinéa 1^{er}, 2/, transpose de manière incomplète l'article 10, c), de la directive en ce qu'il ne précise pas que le détenteur du gage en cas de nantissement de titres doit déclarer qu'il a l'intention d'exercer les droits de vote. Les auteurs de l'avant-projet doivent s'en expliquer dans l'exposé des motifs.

3. L'article 7, alinéa 2, de l'avant-projet habilite le Roi à réserver un régime particulier à la cessation du mandat (article 7, alinéa 1^{er}, 5/). Selon la fonctionnaire déléguée, cette disposition s'explique par l'article 8, paragraphe 2, de la directive d'exécution en projet. Suivant cet article, une notification ne sera pas nécessaire, en fin du mandat, si, lors de son octroi, la notification initiale a d'emblée précisé la "situation (...) en termes de droits de vote, lorsque le mandataire ne pourra plus exercer les droits de vote comme il l'entend".

Cette explication mériterait de figurer dans l'exposé des motifs.

Article 10

1. L'article 10, § 3, alinéa 2, de l'avant-projet habilite le Roi à "détermine(r) la procédure à respecter par le teneur de marché pour bénéficier de l'exemption visée à l'alinéa 1^{er}". Cette disposition tend à instituer un cadre législatif pour la transposition de la future directive d'exécution. Néanmoins, cette habilitation pourrait susciter des difficultés si l'article 6, paragraphe 2, du projet de directive d'exécution demeure inchangé. Il ne règle pas une simple question de procédure. Il serait plus judicieux d'habiliter le Roi à adopter les mesures nécessaires au contrôle des teneurs de marché par les autorités compétentes, tout en fixant les éléments essentiels de ce contrôle.

2. L'article 10, § 4, se réfère aux "portefeuille(s) de négociation au sens de l'article 2, point 6), de la directive 93/6/CEE". Afin de clarifier le texte et de se conformer à l'article 249, troisième alinéa, Traité CE, il importe de préciser cette notion dans le texte de l'avant-projet.

Une observation similaire vaut pour les autres dispositions de l'avant-projet qui se réfèrent à des directives pour régler des situations de droit belge.

Article 13

L'article 13 de l'avant-projet de loi prévoit que " le Roi, sur avis de la CBFA détermine le contenu des notifications à effectuer (...)".

L'habilitation ainsi donnée au Roi est très large alors que la directive définit en son article 12, paragraphe 1, les informations à donner lors des notifications.

Il y a lieu dans un souci de transposition correcte de la directive et de prévisibilité juridique de reprendre ces informations dans la loi, ce qui n'exclut pas une habilitation au Roi pour préciser les informations ainsi exigées.

Article 14

1. L'article 14, alinéa 3, habilite le Roi à fixer les modalités de publication et de stockage des informations que l'émetteur a reçu des détenteurs de titres. Cette disposition ne transpose pas adéquatement l'article 21, de la directive transparence.

En raison de l'importance apportée par le législateur communautaire à la diffusion des informations, qui sont destinées à l'attention de l'ensemble du public européen et non aux seuls milieux d'affaires²⁰, il convient que le législateur belge fixe lui-même les caractères essentiels de cette publication.

⁽²⁰⁾ CESR, o.c., points 16 et suivants.

2. Par ailleurs, l'article 21, paragraphe 2, de la directive transparence énonce le principe même du stockage et les prescriptions minimales que celui-ci doit respecter. Or, il ressort seulement de l'exposé des motifs ²¹ que

"(...) toute référence, dans le présent projet de loi, à la publication par l'émetteur (comme par exemple à l'alinéa 1^{er} du présent article) implique aussi nécessairement la transmission des informations publiées, en vue de leur stockage".

Cette précision doit figurer dans le texte même de la loi et celle-ci doit, au moins, mentionner aussi les prescriptions susmentionnées. En effet, de ce stockage, dépend la qualité des informations diffusées et l'adéquation des contrôles qui seront opérés.

Article 15

1. Selon l'alinéa 2 de l'article 15, § 1^{er}, l'émetteur doit rendre public, le cas échéant, le nombre total d'obligations convertibles en titres conférant le droit de vote, le nombre total de droits à la souscription de titres conférant le droit de vote non encore émis, et le nombre total de droit de vote qui résulterait de l'exercice de ces droits, ainsi que le nombre total d'actions sans droit de vote.

La directive transparence met en place un système de notification et de publication à l'égard des "détenteurs d'actions, ou (des) personnes physiques ou morales détenant des droits de vote ou des instruments financiers leur donnant le droit d'acquérir des actions existantes assorties de droits de vote (...)" (considérant 2).

L'avant-projet de loi présentement considéré concerne également les détenteurs d'actions et de titres conférant le droit de vote, ainsi que les certificats représentatifs de ces actions et titres (article 3, § 1^{er}, 1/, et § 2 de l'avant-projet).

⁽²¹⁾ Exposé des motifs, p. 43.

En prévoyant que l'émetteur doit également rendre public "le nombre total d'actions sans droit de vote", la disposition en question dépasse le cadre de la transposition de la directive transparence, nonobstant le fait que ces actions peuvent parfois disposer d'un droit de vote (voir les hypothèses prévues à l'article 481, 2/ ou 3/, du Code des sociétés).

Néanmoins, il s'agit d'un droit de vote occasionnel et non d'un droit de vote permanent et qui, par conséquent, n'a pas d'impact sur le capital de l'émetteur.

2. L'article 15, § 3, confie au Roi la compétence de déterminer les modalités de stockage des informations que les émetteurs doivent publier en ce qui concerne le total du capital et le nombre total de droits de vote résultant d'une augmentation ou d'une diminution de capital. Il appelle une remarque similaire à celle formulée, ci-dessus, au sujet de l'article 14, alinéa 3, de l'avant-projet.

Article 17

1. L'article 17 prévoit, de manière générale, le recours au français, au néerlandais ou à "une langue usuelle dans la sphère financière internationale et acceptée par la CBFA". Cette dernière exigence n'est pas conforme à l'article 20 de la directive transparence. Cet article distingue l'emploi d'« une langue acceptée par l'autorité compétente de l'État membre d'origine" (en l'occurrence, le français et le néerlandais) et l'emploi d'une "langue communément utilisée dans l'univers de la finance internationale", sans soumettre expressément l'utilisation de cette dernière à une forme d'acceptation. En d'autres termes, l'article 20 garantit, d'office, le droit d'utiliser toute langue usuelle dans le domaine de la finance internationale et ne permet pas aux autorités compétentes des États membres d'opérer une sélection par l'intermédiaire d'une acceptation.

De surcroît, l'article 3 de la directive transparence ²² ne saurait être utilisé pour remettre en cause la distinction entre langue acceptée par l'État membre et langue communément admise au plan international. Il découle du point 24 du préambule de cette directive que la liberté de recourir à une langue communément employée dans le secteur de la finance internationale est indispensable à l'intégration des marchés boursiers. Or, il s'agit d'un des objectifs fondamentaux poursuivis, en l'occurrence, par la Communauté européenne ²³.

La nécessité de supprimer, à l'article 17, toutes les mentions relatives au pouvoir de la CBFA d'accepter préalablement l'emploi d'une langue usuelle dans la sphère financière internationale, ne signifie pas pour autant que la CBFA sera privée de son pouvoir de contrôle a posteriori sur la validité de la langue dans laquelle la publication a été opérée.

2. L'article 17 détermine la langue dans laquelle la notification doit être faite et la langue dans laquelle elle doit être publiée.

Il n'est toutefois pas clair si la publication doit être opérée dans la langue où la notification a été faite ou si l'émetteur peut utiliser une langue autre que celle utilisée par la personne tenue à notification.

Il y aurait lieu de clarifier le texte à cet égard.

3. Les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 17 sont également incompatibles avec l'article 20, paragraphe 2, de la directive transparence, dans la mesure où ils couvrent l'hypothèse où les valeurs mobilières sont, à la fois, admises à la négociation sur un marché réglementé de la Belgique agissant en tant qu'État membre d'origine, et dans un ou plusieurs États membres d'accueil.

(22) Cet article permet aux États d'origine d'imposer des conditions plus strictes que celles fixées par la directive.

(23) Voir le contexte général ci-dessus.

En ce qui concerne la publication, par les émetteurs, des informations notifiées par les détenteurs de titres, l'article 17, alinéa 1^{er} de l'avant-projet prévoit le recours au français, au néerlandais ou à une langue internationale usuelle. Or, selon l'article 20, paragraphe 2, ces informations réglementées sont, en principe, publiées dans une langue acceptée par l'État d'origine et, au choix de l'émetteur, soit dans une langue acceptée dans un État membre d'accueil, soit dans la langue internationale usuelle susmentionnée. L'article 20, paragraphe 2, de la directive transparence impose donc le recours et à une langue acceptée dans l'État d'origine et à une autre langue. Le caractère alternatif de l'article 17, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet n'est pas compatible avec cette disposition. De plus, dans la mesure où il constitue un assouplissement de la règle prévue à l'article 20, paragraphe 2, de la directive susmentionnée, il ne peut se justifier par l'article 3 de cette directive.

4. L'alinéa 2 de l'article 17 devrait être clarifié, car il suggère que, s'il n'y a pas lieu de respecter "des règles de droit belge éventuellement en vigueur", l'émetteur doit publier les informations visées à l'article 15 "dans une langue usuelle dans la sphère financière internationale et acceptée par la CBFA". Si les auteurs de l'avant-projet de loi visent par là l'anglais, il y a lieu de préciser que l'information peut également être publiée en français ou en néerlandais.

5. Il conviendrait de clarifier la relation entre l'alinéa 3 et l'alinéa 2 de l'article 17. Celui-ci semble en effet couvrir également la situation d'actions non admises à la négociation sur un marché réglementé belge.

6. L'article 17, alinéa 3, de l'avant projet introduit une restriction incompatible avec l'article 20, paragraphe 3, de la directive transparence en visant uniquement "les informations visées à l'article 15".

7. L'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 20, paragraphe 4, de la directive transparence.

.../...

Article 18

Cet article permet à un émetteur de retenir, par voie statutaire, des seuils inférieurs aux seuils légaux ou des seuils situés entre les quotités légales tels que résultant de l'article 6 du présent avant-projet de loi.

Ce faisant, les auteurs de l'avant-projet de loi entendent instaurer un système analogue à celui de l'article 5 de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, et modifiant l'article 121 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (ci-après, la "loi du 2 mars 1989"), actuellement en vigueur.

Toutefois, la liberté de l'émetteur n'est pas totale car, selon l'alinéa 2 de l'article 18 en projet, "le Roi, sur avis de la CBFA, détermine les quotités pouvant figurer dans les statuts".

Si cette restriction est parfaitement concevable, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un élément essentiel de la législation nouvelle mise en place. C'est donc celle-ci qui doit dans un souci de prévisibilité juridique énoncer les quotités pouvant figurer dans les statuts, comme le fait au demeurant l'article 5 de la loi du 2 mars 1989 et l'article 515 du Code des sociétés qui fixent la quotité minimale acceptable, à savoir 3 %.

La délégation au Roi telle que prévue à l'alinéa 2 n'est donc pas fondée.

Article 21

1. L'article 21 de l'avant-projet ne précise pas les mesures que la CBFA peut prendre envers un détenteur de participation ou un émetteur qui continue à méconnaître ses obligations, en dépit des mesures adoptées par l'autorité de régulation de l'État d'origine ou en l'absence de celles-ci. L'exposé des motifs de l'avant-projet renvoie aux

.../...

articles 23 et 24 de celui-ci "pour un aperçu des mesures que la CBFA (pourrait) prendre" à ce titre ²⁴. Un tel renvoi devrait figurer dans le texte de l'avant-projet lui-même.

Il convient, en toute hypothèse d'attirer, par ailleurs, l'attention du Gouvernement sur le point suivant.

L'article 26, paragraphe 2, de la directive transparence précise que l'autorité de régulation de l'État d'accueil ne peut imposer, au titre des mesures conservatoires, des obligations d'information ou de notification plus sévères que celles prévues par cette directive et l'article 6 de la directive abus de marché. Or, un renvoi pur et simple, dans l'exposé des motifs ou dans le texte lui-même, aux articles 23 et 24 permettrait à la CBFA de passer outre cette limite. Ainsi, il ressort notamment de l'article 23, § 2, 3/ et 4/, de l'avant-projet que celle-ci pourrait, a priori, enjoindre aux détenteurs de participations de notifier les variations de leurs portefeuilles conformément à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ou à l'article 7 qui comportent des obligations plus strictes que la directive.

En tout état de cause, l'ambiguïté doit être levée.

2. Par ailleurs, l'article 21 de l'avant-projet ne consacre aucune garantie procédurale au bénéfice du détenteur de participation. De plus, les articles 70 et suivants de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (ci-après la "loi du 2 août 2002") règlent la procédure à suivre pour l'imposition de sanctions administratives. Ils ne visent pas, a priori, les mesures conservatoires envisagées ici.

Or, en vertu d'un principe général de bonne administration, l'autorité qui a l'intention de prendre une mesure grave en raison du comportement d'une personne doit d'informer celle-ci de la mesure envisagée, lui permettre de faire valoir son point de vue et recueillir ainsi toutes autres informations utiles avant de prendre une décision en toute

⁽²⁴⁾ Exposé des motifs, p. 49.

connaissance de cause ²⁵. La jurisprudence réserve toutefois l'hypothèse de l'urgence ²⁶. Néanmoins, celle-ci doit s'apprécier concrètement et en ayant notamment égard aux moyens modernes de communication.

De surcroît, les principes généraux reconnus dans l'ordre juridique communautaire lient les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires ²⁷ et les droits de la défense font partie de ces principes ²⁸. Or, en vertu de ce principe, le respect des droits de la défense s'impose, même sans texte, dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci ²⁹.

(25) Voir, par exemple, arrêts du Conseil d'État du 27 octobre 2003, S.A. Spiminvest entre autre, n/ 124.706, et du 13 juillet 2004, Hondermarcq, n/ 133.843.

(26) Ibidem.

(27) Arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, Dow Benelux NV/Commission, 85/87, Rec. p. 137, point 7, à propos des droits de la défense ; voir aussi, plus généralement : arrêts de la Cour du 13 juillet 1989, 5/88, Wachauf, Rec. p. 2609, point 19, du 18 mai 2000, Rombi et Arkopharma, C-107/97, Rec. p. I-3367, point 65, du 13 avril 2000, Karlsson, C-292/97, Rec. p. I-2737, point 37, et du 27 juin 2006, Parlement/Conseil, C-540/03, non encore publié au Recueil, point 105.

(28) Arrêt Dow Benelux NV, précité ; arrêts de la Cour du 12 décembre 2002, Distillerie Fratelli Cipriani SpA, C-395/00, Rec. p. I-11877, point 50 ; arrêt du Tribunal du 14 novembre 2006., Nanjing Metalink International Co. Ltd /Commission, T-138/02, non encore publié au Recueil, point 56. Voir aussi, sous la qualification de principe fondamental : arrêts de la Cour du 29 juin 1994, Fiskano AB/Commission, C-135/92, Rec. p. I-2885, point 39 et du 24 octobre 1996, Commission/Lisrestal e.a., C-32/95 P, Rec. p. I-5373, point 24 ; arrêt du Tribunal du 16 décembre 2004, De Nicola/BEI, T-120/01 et T- 00/01, RecFP p. I-A-365 et II-1671, point 121.

(29) Arrêts du Tribunal du 15 juin 2000, F/Commission, T-211/98, RecFP, p. I-A-107 et II-471, point 28 et du 18 octobre 2001, X/BEI, T-333/99, RecFP, p. I-A-199 et II-921, point 183.

De plus, l'urgence qu'il peut y avoir à adopter une décision ne dispense a priori pas du respect des droits de la défense. Il s'ensuit que, sauf circonstances particulières dûment établies, une décision faisant grief ne peut être adoptée qu'après que l'intéressé a été mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue ³⁰.

La Belgique doit respecter ces principes en transposant la directive transparence et définir les modalités procédurales appropriées pour garantir le respect des droits des émetteurs et des détenteurs de participations.

La circonstance que l'article 39 de la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instrument de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés comporte une disposition analogue à l'article 21 de l'avant-projet ne saurait infirmer ce qui précède.

3. Au dernier alinéa de l'article 21, l'avant-projet de loi évoque des mesures "insuffisantes" prises par l'État membre d'origine alors que dans l'article 26 de la directive il est question de "mesures inadéquates". Il y a lieu de retenir ce dernier qualificatif car il est plus large que celui de l'avant-projet de loi.

Article 23

1. L'article 23 définit les pouvoirs dont la CBFA dispose pour veiller au "respect du titre II". Comme le titre II, chapitre IV, règle la situation où la Belgique est État d'accueil, il s'impose de reprendre, à l'article 23, § 2, 5/, la précision selon laquelle les pouvoirs d'investigation ne peuvent être exercés que sur le territoire national. Cette précision figure à l'article 24, paragraphe 4, sous i), de la directive transparence et est l'expression de la territorialité de l'exercice de la puissance publique.

⁽³⁰⁾ Arrêt du Tribunal du 15 juin 2000, F/Commission, T-211/98, RecFP, p. I-A-107 et II-471, point 32 ; du 18 octobre 2001, X/BEI, T-333/99, RecFP, p. I-A-199 et II-921, point 183, et du 16 décembre 2004, De Nicola/BEI, T-120/01 et T-300/01, RecFP, p. I-A-365 et II-1671, point 123.

2. L'article 23, § 2, 6/, correspond à l'article 18*bis* de la loi du 2 mars 1989 actuellement en vigueur, à cette réserve près que cette dernière précise que la communication des documents et pièces a lieu sur place.

Les auteurs de l'avant-projet de loi devraient préciser où cette communication doit être opérée dans le cadre de l'article 23, § 2, 6/.

3. L'article 23, § 2, 7/ et 8/, donne à la CBFA le pouvoir d'ordonner la suspension et d'interdire la négociation des titres sur un marché réglementé.

La fonctionnaire déléguée a exposé que cet article vise à transposer l'article 24, paragraphe 4, sous d) et e), de la directive transparence. Elle a aussi fait valoir que, contrairement à l'article 24, paragraphe 4, sous b), de la même directive, ces deux dispositions ne prévoient pas que l'autorité compétente doit "avoir entendu l'émetteur" avant de prendre les mesures de suspension ou d'interdiction.

Il convient de déduire de ce qui précède que ces deux mesures n'auraient pas le caractère de sanctions administratives au sens des articles 70 et suivants de la loi du 2 août 2002.

L'émetteur en cause doit néanmoins être amené à faire valoir ses observations pour les raisons déjà exposées au sujet de l'article 21 de l'avant-projet³¹. En effet, la circonstance que l'article 24, paragraphe 4, sous d) et e), de la directive transparence ne prévoit pas expressément d'audition préalable ne dispense pas la Belgique d'organiser une certaine forme de contradiction, puisque, en droit communautaire, les droits de la défense s'appliquent même en l'absence de disposition expresse. Enfin, l'absence de contradiction au stade administratif ne saurait davantage être justifié par la circonstance qu'un recours sera ouvert devant la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de l'article 3, 1/, de l'avant-projet de loi II portant abrogation de l'article 8 de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse, et modifiant l'article 121 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (ci-après "l'avant-projet de loi II")³².

⁽³¹⁾ Voir observation formulée au point 1 sous l'article 21 ci-dessus.

⁽³²⁾ Cet avant-projet de loi fait l'objet de la demande d'avis 42.056/2, donné ce jour.

4. L'économie de l'article 24, paragraphe 4, sous b), deuxième phrase, de la directive transparence implique que l'émetteur doit être entendu sur les raisons de son omission de publier des informations conformément à une injonction de l'organe de régulation. L'article 23, § 4, de l'avant-projet ferait mieux ressortir l'objet des observations qu'il envisage, s'il était rédigé en ce sens. Il correspondrait ainsi davantage à l'intention qui transparaît de l'exposé des motifs. Selon celui-ci, en effet, l'article 23, § 4, "est sans préjudice de l'injonction elle-même, de sorte qu'il demeure possible, par exemple, d'infliger une astreinte" ³³.

Article 27

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 de l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur l'avant-projet devenu la loi du 2 août 2002, précitée ³⁴. La section de législation concluait 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" ³⁵.

(33) Exposé des motifs, p. 54.

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

(35) Le Conseil d'État a également formulé cette observation dans l'avis 41.471/2, donné le 6 novembre 2006, sur un avant-projet de loi "relative aux offres publiques d'acquisition".

Article 29

Le dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 29 dispose que

"Le Roi (...) peut fixer une date ultime à laquelle les émetteurs (...) doivent avoir adapté leurs statuts pour les mettre en conformité avec les arrêtés pris en application de l'article 18 (...)."

Il serait plus précis de rédiger cette disposition comme suit :

"Le Roi (...) peut fixer une date ultime à laquelle les émetteurs (...) doivent avoir, selon les cas, confirmé ou adapté leurs statuts (...)."

Il est en effet concevable que lorsque les statuts contiennent déjà une disposition obligeant les détenteurs de titres de la société cotée à lui notifier la détention de 3 % du capital, ces statuts ne doivent pas être adaptés. Tel est le cas si le législateur ou le Roi retient un même seuil que celui actuellement en vigueur.

Chapitre VI - Modifications de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers

Observations générales sur le chapitre VI

1. Il y a lieu de vérifier soigneusement si certaines dispositions de la loi du 2 août 2002, autres que celles énumérées aux articles 42 à 56 du présent avant-projet de loi, ne doivent pas être adaptées.

Ainsi, l'article 121, § 1^{er} de la loi du 2 août 2002 fait référence au point 4/ à "l'article 16, § 4, de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition". Il devra être revu pour faire renvoi à la "loi du ... sur la publicité des participations importantes" et, en l'espèce, à son article 27.

2. L'attention des auteurs de l'avant-projet est attirée sur la nécessité de compléter le titre III de l'avant-projet par diverses dispositions modifiant d'autres lois dans lesquelles il est notamment fait référence à des dispositions de la loi du 2 mars 1989, que l'avant-projet abroge.

Dans le délai imparti, le Conseil d'État se limite à renvoyer, à titre d'exemple, aux dispositions suivantes :

- l'article 25 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle;
- l'article 11, § 2, 6/, de la loi du 22 mai 2001 relative au régime de participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés;
- l'article 220, alinéa 2, de la loi du 4 décembre 1990 relative aux marchés financiers;
- l'article 8/2 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produit gazeux et autres par canalisation, inséré par la loi du 1^{er} juin 2005.

Article 42

Article 10, § 2, en projet

L'article 10, § 2, alinéas 3 et 4, en projet appelle les objections déjà émises au sujet de l'article 17 de l'avant-projet, en ce qui concerne le pouvoir de la CBFA d'accepter l'utilisation d'une langue usuelle dans le domaine de la finance internationale.

Article 10, § 4, en projet

À l'article 10, § 4, alinéa 4, 1/, en projet, les critères permettant de déterminer, d'autorité, la Belgique comme État membre d'origine en l'absence de choix opéré par l'émetteur, doivent être fixés par le législateur en raison de l'importance des implications d'un tel choix. La délégation envisagée est d'autant moins admissible que la directive transparence ne comporte aucune disposition en la matière. De plus, et

.../...

contrairement à ce que laisse entendre l'exposé des motifs ³⁶, le projet de directive d'exécution du 14 novembre 2006 n'aborde pas non plus cette question, mais se borne, par son article 2, à prescrire la publication du choix opéré par l'émetteur.

Article 10, § 5, en projet

Selon l'exposé des motifs ³⁷, l'article 10, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, habilite le Roi à rendre applicables aux émetteurs dont la Belgique est l'État membre d'accueil certaines dispositions adoptées pour les émetteurs dont la Belgique est l'État membre d'origine. De plus, l'article 10, § 5, alinéa 2, prévoit que le Roi "peut établir une distinction selon que les instruments financiers sont ou non exclusivement admis à la négociation sur un marché réglementé belge".

Selon la fonctionnaire déléguée l'objectif est, en premier lieu, de permettre au Roi de déterminer, dans le prolongement de l'article 26 de la directive transparence, les mesures conservatoires que la Belgique pourrait prendre en tant qu'État membre d'accueil. Il serait, en deuxième lieu, d'habiliter le Roi à mettre en œuvre l'article 21, paragraphe 3, de la même directive et de préciser ainsi les pouvoirs particuliers de la CBFA dans le cas où les valeurs mobilières sont seulement négociées en Belgique, comme pays d'accueil, et non dans l'État d'origine.

L'article 10, § 5, en projet, doit être fondamentalement revu en ce sens. À défaut, il habiliterait le Roi à prendre des dispositions en violation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive transparence et méconnaîtrait le rôle centralisateur reconnu, par principe, à l'État membre d'origine.

Article 10, § 6, en projet

1. En vertu de l'article 10, § 6, en projet, le Roi, pourrait notamment étendre l'obligation de rendre publique toute information privilégiée à des émetteurs ayant leur siège statutaire en Belgique et dont les instruments financiers sont admis à la négociation

⁽³⁶⁾ Exposé des motifs, p. 72.

⁽³⁷⁾ Ibid.

sur un marché étranger, lorsque ces émetteurs ne sont pas soumis à des obligations équivalentes dans le pays où est situé ce marché. Selon l'exposé des motifs, l'objectif de cette disposition serait de "neutraliser les conséquences non désirées qui résulteraient d'une éventuelle transposition non cohérente des obligations (en matière d') information privilégiée par l'État membre de cotation d'une part et l'État membre du siège de l'émetteur d'autre part".

2. De plus, l'article 10, § 6, en projet, habiliterait le Roi à "définir des règles pour les marchés réglementés étrangers qu'il désigne".

Cette double habilitation pose problème dans le cadre de l'harmonisation partielle effectuée par la directive abus de marché.

En vertu de l'article 6, paragraphe 7, de cette directive, les autorités compétentes doivent pouvoir prendre toutes mesures favorisant la diffusion des informations privilégiées conformément aux paragraphes 1 à 5 de cet article, pour autant que ces mesures soient "nécessaires en vue d'assurer une bonne information du public".

L'article 10, § 6, en projet, doit mieux refléter ces précisions. En particulier, la Belgique ne saurait adopter les mesures envisagées au seul vu d'un jugement de valeur sur la cohérence de la transposition des directives communautaires par un autre État membre.

3. Par ailleurs, dans l'hypothèse visée par l'article 10, § 6, en projet, l'article 10, sous b), de la même directive précise que les États membres veillent, sur leur territoire, au respect des obligations de divulgation concernant des instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé d'un autre État membre.

Ce n'est que dans l'hypothèse où un instrument financier est coté en bourse sur le territoire national que les États peuvent établir des règles pour des actes accomplis à l'étranger. Ce cas de figure n'est toutefois pas visé par l'article 10, § 6, en projet.

4. La formulation de cette disposition doit donc être revue.

Article 10, § 8, en projet

Il y a lieu d'être attentif au fait que la loi sur le concordat judiciaire sera remplacée par la loi sur la continuité des entreprises, à propos de laquelle le Conseil d'État a émis l'avis 40.985/2, donné le 18 septembre 2006.

Articles 46 à 56Observations générales

1. L'article 46 de l'avant-projet tend à remplacer l'article 34 de la loi du 2 août 2002.

L'article 34, § 1^{er}, en projet, définit les pouvoirs dont dispose la CBFA notamment "pour exercer sa mission de contrôle visée à l'article 33". Cet article habilite, de manière générale, la CBFA à "contrôle(r) l'application des dispositions du (...) chapitre" aux marchés secondaires d'instruments financiers. Or, ce chapitre comportera des dispositions transposant plusieurs directives. L'intention du Gouvernement est d'ailleurs d'"adapter les pouvoirs d'investigation de la CBFA tels que prévus par (la loi du 2 août 2002), afin de les mettre en conformité avec les dispositions de la directive transparence et avec celles d'autres directives européennes à caractère financier, à savoir la directive (...) abus de marché et la directive (...) MiFID" ³⁸.

L'article 34, § 2, en projet, vise, dans le même sens, le "respect des règles en matière d'abus de marché, des obligations d'information incombant aux émetteurs et des règles relatives aux marchés réglementés, aux systèmes multilatéraux de négociation (...)".

L'article 24, paragraphe 4, de la directive transparence, l'article 12, paragraphe 2, de la directive abus de marché et l'article 50, paragraphe 2, de la directive MiFID énumèrent les pouvoirs qui doivent être reconnus aux autorités de régulation nationales. L'énumération de ces pouvoirs constitue un minimum que les États membres

⁽³⁸⁾ Exposé des motifs, p. 12.

peuvent encore renforcer. Néanmoins, compte tenu du caractère hétérogène du chapitre en question de la loi du 2 août 2002, et de l'article 34 en particulier, il appartient au Gouvernement d'examiner si cet article ne donne pas à la CBFA des pouvoirs qui, au total, excéderaient quand même les pouvoirs "nécessaires" que chaque directive permet de conférer à l'autorité compétente au regard du service financier correspondant. Le Gouvernement doit spécialement s'assurer que ces pouvoirs ne sont pas susceptibles de faire double emploi avec ceux exercés par les autorités compétentes d'autres États membres. Si tel était le cas, ils seraient, du fait de ce double emploi, susceptibles de constituer une entrave disproportionnée à la libre circulation des capitaux et des services financiers. La section de législation n'a pu, dans le délai imparti, procéder à cette vérification.

2. Selon l'article 35, § 1^{er}, première phrase, en projet, la CBFA ne peut exercer ses pouvoirs d'investigation dans des habitations privées ³⁹.

La section de législation observe que la distinction entre habitations privées et locaux professionnels est largement dépourvue de pertinence. En substance, ces locaux bénéficient de la protection du domicile.

Comme elle l'a déjà souligné ⁴⁰, le droit au respect du domicile n'est pas uniquement garanti par l'article 15 de la Constitution, mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et

(39) Cette précision figure aussi dans les articles 80, alinéa 1^{er}, 82, alinéa 1^{er}, 1/, et 83, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet. De ce point de vue, ces dispositions sont redondantes.

(40) Avis de la section de législation 38.220/1, donné le 21 avril 2005, sur un avant-projet de loi devenu la loi du 22 février 2006 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et à la distribution d'assurances (Doc. parl., Chambre, 2004/2005 n/ 1993/1, pp. 39 à 50) et avis 39.529/2, donné le 4 janvier 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés (Doc. parl., Chambre, 2005/2006, n/ 2344/1, pp. 204 à 223) et la loi du 13 juin 2006 modifiant l'article 220 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers et les articles 121, § 1^{er}, 1/ et 122 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (Doc. parl., Chambre, 2005/2006, n/ 2345/1, pp. 204 à 223).

politiques. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de "domicile" doit faire l'objet d'une conception étendue dans ce contexte et qu'elle porte notamment sur les locaux professionnels et commerciaux ⁴¹. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit au respect du "domicile" peut également être invoqué par des personnes morales ⁴².

Dans la mesure où la disposition en projet contribue à la transposition d'une directive, il y a lieu de relever aussi que la jurisprudence de la Cour de justice est désormais fixée en ce sens que « la protection de la vie privée prévue à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (...) doit être respectée et la protection du domicile est étendue aux locaux commerciaux des sociétés » ⁴³.

Par ailleurs, la Cour d'arbitrage a souligné que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8, paragraphe 1^{er}, de la CEDH" ⁴⁴. Elle en déduit que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et qu'elles doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ⁴⁵. Même si la Cour d'arbitrage s'est prononcée de la sorte dans un contexte pénal, sa jurisprudence fait néanmoins ressortir l'intérêt qu'elle attache à l'intervention d'un magistrat impartial et indépendant en matière de perquisitions. Il n'y a, dès lors, pas de raison pour que cette garantie ne s'applique pas aux perquisitions effectuées en dehors d'un contexte pénal. Au demeurant, il ressort des articles 39 et

(41) Arrêts de la CEDH du 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, n/ 13710/88, Série A, 251-B, et du 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe c. France, n/ 11471/85, Série A, 256-A, -B et - C.; voir également D. Yernault, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", RTDH, 1994, pp. 117 et suivants.

(42) Arrêt de la CEDH du 16 avril 2002, Sociétés Colas Est e.a. c. France, n/ 37971/97, Rec. 2002-II.

(43) Arrêt de la Cour du 30 mars 2006, Strintzis Lines Shipping/Commission, C-110/04 P, Rec. p. I-44, point 33.

(44) Arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 décembre 1998, n/ 140/98, B.1.

(45) Ibidem, B 2.

suivants de la loi du 2 août 2002, que les pouvoirs d'investigations de la CBFA sont susceptibles de s'inscrire dans un tel contexte.

Même si la proportionnalité de l'ingérence dans les locaux d'une personne morale est susceptible d'être plus facilement admise qu'en ce qui concerne les atteintes au domicile d'une personne physique ⁴⁶, il découle de ce qui précède que les articles 46 à 56 doivent être revus en tenant compte du caractère largement artificiel de la distinction entre habitations privées et locaux professionnels.

3. Les articles 50 à 56 introduisent dans la loi du 2 août 2002 des dispositions nouvelles qui confèrent des pouvoirs extrêmement importants à l'auditeur qui, selon l'article 70 de la loi en vigueur, est chargé d'instruire les dossiers "lorsque la CBFA constate, dans l'exercice de ses missions légales, qu'il existe des indices sérieux de l'existence d'une pratique susceptible de donner lieu à une sanction administrative".

Les articles 52, 53, 54 et 55 disposent que les pouvoirs nouveaux attribués à l'auditeur ne peuvent être exercés que "moyennant l'autorisation préalable d'un juge d'instruction".

En revanche, une telle autorisation n'est pas prévue s'agissant de la possibilité d'opérer une saisie provisoire comme prévue à l'article 50 et de la possibilité de solliciter un opérateur d'un réseau de télécommunication ou le fournisseur d'un service de télécommunication certains renseignements particuliers comme prévu à l'article 51.

S'agissant de pouvoirs très importants, les auteurs de l'avant-projet de loi doivent se justifier quant à l'absence d'intervention du juge d'instruction dans les cas visés aux articles 50 et 51.

Une observation analogue vaut pour l'article 46 (article 34, § 1^{er}, 1/, en projet).

⁽⁴⁶⁾ Voir en ce sens arrêt Niemietz c. Allemagne, précité, par. 31.

Article 46

1. L'article 34, § 1, 1/, sous b), en projet dispose que la CBFA

"(...) peut procéder à des inspections et expertises sur place, prendre connaissance et copie sur place de tout document, fichier et enregistrement et avoir accès à tout système informatique".

En vertu de l'article 35, § 1^{er}, en projet, la CBFA peut exercer ses pouvoirs dans tous locaux à la seule exception des habitations privées.

L'assimilation entre habitations privées et locaux professionnels emporte plusieurs conséquences.

En premier lieu, l'article 34, § 1^{er}, première phrase, en projet, permet aux "services opérationnels" de la CBFA de procéder aux enquêtes et expertise sur place, d'y prendre connaissance de tout document et d'en relever des copies, sans l'intervention de l'auditeur visé à l'article 70 de la loi du 2 août 2002 ⁴⁷. Compte tenu de l'ingérence que constituent ces actes d'investigation et des conséquences graves qu'ils peuvent avoir pour les intéressés, il est indispensable que ces mesures soient décidées par une autorité offrant des garanties particulières. Or, dans l'exposé des motifs, le Gouvernement lui-même opère une distinction, de ce point de vue, entre les services opérationnels et l'auditeur susmentionnés. En effet, ce dernier présenterait la garantie que les actes d'investigation envisagés par ces services seront "exercé(s) avec la prudence nécessaire" et que leur utilité sera appréciée "avec la distance nécessaire et dans le respect du principe de proportionnalité". Sous réserve de l'observation générale 3 formulée sous les articles 46 à 56, les mesures visées à l'article 34, § 1^{er}, 1/, sous b), en projet, devraient donc être décidées par l'auditeur.

⁽⁴⁷⁾ Comparez avec les articles 80 à 85, également projetés.

En deuxième lieu, l'avant-projet devrait être complété par la mention d'un certain nombre de garanties pour l'accomplissement des devoirs visés à l'article 34, § 1^{er}, 1/, sous b), en projet ⁴⁸. Au vu de l'ampleur des motifs de nature à justifier ces devoirs et du contexte dérogatoire décrit ci-dessus, ces garanties devraient au moins consister dans la présence de la personne physique ou d'un représentant de la personne morale concernée ⁴⁹ et dans l'établissement d'un inventaire des documents consultés ou copiés.

2. L'article 34, § 1^{er}, 2/, sous c), en projet, appelle une observation identique à celle faite ci-dessus au sujet de l'article 34, § 1^{er}, 1/, sous b), en projet.

Article 48

Le dernier alinéa de l'article 48 dispose que

"Les règles observées par la CBFA lors de l'audition de personnes sont énoncées dans le règlement d'ordre intérieur visé à l'article 59, alinéa 1^{er}".

L'article 59, alinéa 1^{er} de la loi du 2 août 2002 prévoit que

"(...) ce règlement contient les règles essentielles relatives au fonctionnement des organes et à l'organisation et au fonctionnement des chambres, départements et services de la CBFA et des comités consultatifs (...)".

L'exposé des motifs relatif à l'article 48 précise pour sa part, que le règlement d'ordre intérieur précisera "les règles de procédure" à respecter lors de la convocation d'une personne par la CBFA. En outre, il indique que "ces règles de procédure seront définies en tenant compte des dispositions actuelles des articles 47bis et 28quinquies, § 2 du Code d'instruction criminelle qui concernent l'audition de personnes".

⁽⁴⁸⁾ Avis de la section de législation 38.220/1, précité.

⁽⁴⁹⁾ Cette présence est au demeurant nécessaire si l'inspection sur place débouche sur une saisie provisoire (voir l'article 50, rétablissant un article 81 dans la loi du 2 août 2002).

Il y aurait lieu d'adapter l'article 59, alinéa 1^{er} de la loi du 2 août 2002, pour y intégrer les précisions contenues dans l'exposé des motifs relatif à l'article 48 dans la mesure où le texte actuel impose un règlement d'ordre intérieur qui a un objectif purement organisationnel.

Article 50

L'article 80, alinéa 1^{er}, en projet, dispose que la saisie provisoire doit être ordonnée par une décision motivée. Le Gouvernement devrait préciser, dans l'exposé des motifs, comment cette obligation de motiver doit se concilier avec l'article 71, § 1^{er}, de la loi du 2 août 2002, en vertu duquel l'auditeur informe seulement les intéressés de l'instruction au terme de celle-ci. En effet, la connaissance de la pratique en cause est indispensable pour vérifier la nécessité de la saisie.

En outre, il ressort de l'exposé des motifs que la saisie provisoire ne devrait intervenir qu'en cas d'indice sérieux d'infraction ⁵⁰. Cette précision doit figurer dans le texte car elle constitue une garantie pour l'administré. L'attention est, au demeurant, attirée sur la contradiction entre cette précision et les formules employées à l'article 35, § 1^{er}, 1/, en projet.

De plus, la garantie que constitue la remise d'un procès-verbal comportant l'inventaire des actifs saisis ne saurait être subordonnée à la demande expresse de l'intéressé.

Enfin, l'article 50 prévoit que la mesure de saisie "peut être ordonnée pour une durée ne dépassant pas 48 heures". Ce délai peut-il être renouvelé ? Qu'advient-il des objets saisis au terme de la période de 48 heures ?

Ces points doivent être précisés.

⁽⁵⁰⁾ Exposé des motifs, p. 87.

Article 51

L'article 51 rétablit un article 81 dans la loi du 2 août 2002. Il confère à l'auditeur le pouvoir de requérir, par décision écrite et motivée, les entreprises de télécommunication l'identité de leurs abonnés ou les données relatives aux services de télécommunication auxquels ceux-ci sont abonnés. L'introduction de ce pouvoir constitue la transposition de l'article 12, paragraphe 2, sous d) de la directive abus de marché et de l'article 50, paragraphe 2, sous d) de la directive MiFID.

Un tel pouvoir constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et dans le droit au secret de la correspondance ⁵¹. Il doit être conforme à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aussi, la base légale doit être suffisamment accessible et prévoir, avec une précision suffisante, dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités pourront recourir à ce genre de méthodes d'investigation ⁵².

Ainsi, une identification des abonnés et des services de télécommunication ne saurait être ordonnée sans des indices donnant à penser que l'on pourra obtenir par ce moyen la découverte ou la vérification de faits ou de circonstances importants pour la détermination d'un manquement aux prescriptions pertinentes de la loi du 2 août 2002 ⁵³. Cela d'autant plus que de telles investigations pourraient, en définitive, concerner des interlocuteurs non impliqués dans lesdits manquements. Dans cette perspective, le Gouvernement précise, dans son exposé des motifs, qu'"il sera tenu compte de la proportionnalité des mesures par rapport à la vie privée des personnes, ainsi que de leur

⁽⁵¹⁾ Arrêt de la CEDH du 29 mars 2005, Matheron c. France, n/ 57752/00, paragraphe 27 et les références citées.

⁽⁵²⁾ Arrêt CEDH du 16 février 2000, Amann c. Suisse, n/ 27798/95, paragraphe 61. L'arrêt CEDH du 24 avril 1990, Kruslin c. France (n/ 11801/85, paragraphe 33) estime que les écoutes et autres formes d'interception des télécommunications représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance.

⁽⁵³⁾ Voir, mutatis mutandis, arrêt CEDH du 18 février 2003, Prado Bugallo c. Espagne, n/ 58496/00, paragraphe 29.

subsidiarité par rapport à d'autres actes d'investigation"⁵⁴. Les exigences de proportionnalité et de subsidiarité doivent figurer dans le dispositif.

Il est, en outre, renvoyé aux à l'observation générale 3 formulée sous les articles 46 à 56 ⁵⁵.

Article 52

L'article 52 insère un nouvel article 82 dans la loi du 2 août 2002. Il s'agit essentiellement d'un article récapitulatif qui énumère des pouvoirs dont l'exercice par l'auditeur nécessite l'autorisation préalable d'un juge d'instruction. Ces pouvoirs sont :

- la saisie pour une durée indéterminée d'actifs financiers liés à une infraction examinée; l'exercice de cette compétence est précisée à l'article 83, en projet;
- la réquisition auprès d'entreprises de télécommunication d'informations sur les télécommunications, en ce compris un repérage téléphonique; ce pouvoir est décrit à l'article 84 en projet;
- l'imposition d'une interdiction temporaire d'exercer une activité professionnelle; ce pouvoir est organisé par l'article 85, en projet.

L'introduction dans la loi du 2 août 2002 de pouvoirs de saisie, de réquisition de données sur les télécommunications et d'ordonner une interdiction professionnelle constitue la transposition de l'article 12, paragraphe 2, sous d), g) et h), de la directive abus de marché, ainsi que de l'article 50, paragraphe 2, sous d), f) et g), de la directive MiFID.

⁽⁵⁴⁾ Exposé des motifs, p. 88.

⁽⁵⁵⁾ Voir aussi l'avis 37.766/1/2, donné le 4 novembre 2004, sur un avant-projet devenu la loi du 27 décembre 2004 portant des dispositions diverses.

Les articles 12, paragraphe 1 et 50, paragraphe 1, des directives susmentionnées précisent que l'exercice des pouvoirs ci-dessus par les autorités compétentes peut être subordonné à l'intervention des autorités judiciaires.

Dans le prolongement de ces dispositions, les articles 82 à 85, en projet, subordonnent les mesures ci-dessus à une autorisation préalable du juge d'instruction.

Comme l'admet le Gouvernement dans son exposé des motifs, il s'agit d'une garantie pour l'exercice de droits fondamentaux, tels que le droit à la vie privée et le droit au travail ⁵⁶.

Cette garantie ne dispense toutefois pas le législateur d'enserrer l'intervention de l'auditeur et du magistrat instructeur dans un ensemble de garanties matérielles. Il est, à cet égard renvoyé aux observations sur les articles précédents, ainsi qu'aux remarques qui vont suivre.

Le Gouvernement relève, en outre, que le contrôle judiciaire sera "encore renforcé par le fait que le projet de loi II prévoit une possibilité de recours auprès de la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions prises par l'auditeur en matière de saisie et d'interdiction professionnelle" ⁵⁷.

L'article 3 de l'avant-projet de loi II modifie en effet l'article 121 de la loi du 2 août 2002. Le futur article 121, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 6/, organisera effectivement un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions ci-dessus.

De manière générale, toutefois, l'organisation d'un recours juridictionnel ne dispense pas le législateur de prendre les mesures nécessaires afin de prévenir toute atteinte aux droits fondamentaux. Il en va d'autant plus ainsi que ce recours devra, en principe, être précédé d'une réclamation à l'auditeur (article 121, § 2, alinéa 5, tel qu'il serait introduit par l'article 3 de l'avant-projet de loi II) et qu'il ne sera pas suspensif (article 121, § 6, tel qu'il résultera de l'article 3 susmentionné).

⁽⁵⁶⁾ Exposé des motifs, p. 90.

⁽⁵⁷⁾ Ibidem.

Article 54

L'article 54, en projet, rétablit un article 84 dans la loi du 2 août 2002. Il indique comment l'auditeur peut exiger :

- un repérage des données de télécommunication tant en ce qui concerne l'appelant ou l'expéditeur que le destinataire;
- la localisation de l'origine ou de la destination de ces télécommunications.

Pour éviter les abus, il est indispensable de fixer une limite à la durée d'exécution de ces mesures ⁵⁸.

Articles 61 et 62

L'avant-projet de loi contient un nombre important d'habilitations données au Roi pour préciser, compléter ou adapter certaines dispositions y contenues.

Le Conseil d'État formule à cet égard une double remarque .

⁽⁵⁸⁾ Voir, mutatis mutandis, les arrêts *Kruslin c. France*, note infrapaginale 52 ci-dessus, (paragraphe 35) et *Prado Bugallo c. Espagne*, note infrapaginale 53 ci-dessus, (paragraphe 30). Voir aussi arrêt CEDH du 31 mai 2005, *Vetter c. France*, n° 59842/00, paragraphe 26.

D'une part, il est impératif que les arrêtés royaux d'exécution de la loi entrent en vigueur à la même date que la loi elle-même. Tout décalage dans le temps entre l'entrée en vigueur de la loi et celle des arrêtés royaux pour sa mise en œuvre est en effet de nature à créer l'insécurité juridique dans le chef des destinataires de la loi.

D'autre part, il y a lieu de lever l'ambiguïté résultant de la rédaction de certaines dispositions de l'avant-projet de loi qui peuvent donner à penser que certains titres ou articles de la loi peuvent faire l'objet d'une entrée en vigueur différente de celles des autres parties de l'avant-projet de loi. C'est le cas par exemple de l'article 29 de l'avant-projet qui, à différents endroits, parle de " la date d'entrée en vigueur du titre II de la présente loi " (§ 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, alinéa 1^{er}) ou prévoit des obligations de publication à charge des émetteurs "au plus tard dix jours de cotation après l'entrée en vigueur du titre II de la présente loi " (§ 2, alinéa 2).

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	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. P. GILLIAUX, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.055/2
VAN 31 JANUARI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 4 januari 2007 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 I "op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt en houdende diverse bepalingen", heeft 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 voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Juridisch kader

Algemene context

De Europese Gemeenschap heeft het noodzakelijk geacht eenheid te brengen in het juridisch kader ter bestrijding van alle misbruiken op de financiële markten. Die misbruiken brengen immers schade toe aan de werking van de markten; ze leiden tot concurrentievervalsing en ondermijnen het vertrouwen van de investeerders. Ze zijn er mede de oorzaak van dat de kosten voor de financiering van ondernemingen toenemen. Ten slotte leiden de discrepanties tussen de regels van de lidstaten inzake de manipulatie van de markten in kwestie, zelf tot rechtsonzekerheid.

In het verlengde van het Actieplan voor de financiële diensten (APFD), dat op 11 mei 1999 door de Commissie is voorgesteld, is de Europese Gemeenschap dus de weg opgegaan van de oprichting van een geharmoniseerd kader van de regelgeving betreffende de financiële diensten.

Voor de totstandkoming van dat kader is een grote regelgevende activiteit ontwikkeld. Zo heeft de Europese Gemeenschap inzonderheid de volgende richtlijnen aangenomen :

- richtlijn 2001/108/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke

.../...

en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), betreffende beleggingen van icbe's ¹;

- richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) met het oog op de reglementering van beheermaatschappijen en vereenvoudigde prospectussen ²;
- richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten ³;
- richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG van de Raad, 97/7/EG en 98/27/EG ⁴;
- richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (hierna te noemen de "marktmisbruikrichtlijn") ⁵ deze richtlijn zou ten dele omgezet worden bij de artikelen 46 tot 56 van het voorontwerp van wet, wat betreft de bevoegdheden waarover de nationale autoriteit voor het toezicht op de markten moet beschikken;
- richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn 2001/34/EG (hierna te noemen "de prospectusrichtlijn") ⁶;

(1) Publicatieblad L 41 van 13.02.2002, blz. 35.

(2) Publicatieblad L 41 van 13.02.2002, blz. 20.

(3) Publicatieblad L 168 van 27.06.2002, blz. 43.

(4) Publicatieblad L 271 van 9.10.2002, blz. 16.

(5) Publicatieblad L 96 van 12.04.2003, blz. 16.

(6) Publicatieblad L 345 van 31.12.2003, blz. 64.

- richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (hierna te noemen de "MiFID-richtlijn" ⁷⁾ ⁸⁾; de artikelen 46 tot 56 van het voorontwerp van wet hebben ook op deze richtlijn betrekking, wat betreft de omzetting van de bepalingen aangaande de bevoegdheden van de nationale toezichthoudende instantie;
- richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod ⁹⁾;
- 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 (hierna te noemen "de transparantierichtlijn" ¹⁰⁾; de omzetting van deze richtlijn is het onderwerp van het eerste deel van het voorliggende voorontwerp van wet.

Dat wetgevingsarsenaal wordt aangevuld door verscheidene richtlijnen betreffende de prudentiële regeling van de sector.

Voorts dient bijzondere aandacht te worden besteed aan het ontwerp van richtlijn van de Commissie tot vaststelling van concrete uitvoeringsvoorschriften van een aantal bepalingen van de transparantierichtlijn ¹¹⁾, welk ontwerp aangenomen is maar nog niet bekendgemaakt is.

⁽⁷⁾ MiFID staat voor "Markets in Financial Instruments Directive".

⁽⁸⁾ Publicatieblad L 145 van 30.04.2004, blz. 1.

⁽⁹⁾ Publicatieblad L 142 van 30.04.2004, blz. 12.

⁽¹⁰⁾ Publicatieblad L 390 van 31.12.2004, blz. 38.

⁽¹¹⁾ http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/measures_vote_nl.pdf.

Krachtlijnen van de transparantierichtlijn

De bedoeling van de transparantierichtlijn bestaat erin de aantrekkingskracht van de Europese financiële markt te vergroten door ervoor te zorgen dat betere informatie wordt verstrekt aan de investeerders teneinde hen in staat te stellen hun gelden efficiënter te beleggen. Ten gevolge daarvan zou de economie een grotere dynamiek moeten krijgen.

De transparantierichtlijn steunt op een onderscheid tussen "lidstaat van herkomst" en "lidstaat van ontvangst".

Als "lidstaat van herkomst" - die de verplichtingen dient na te komen die hem als zodanig worden opgelegd - wordt aangemerkt :

- wanneer de statutaire zetel van een instelling die effecten uitgeeft, in een lidstaat gevestigd is, die lidstaat;
- wanneer de uitgevende instelling in een derde land gevestigd is, de lidstaat waar de effecten voor de eerste maal aan het publiek worden aangeboden of waar het eerst toelating tot de handel op een gereguleerde markt wordt aangevraagd ¹² (artikel 2, lid 1, i), van de transparantierichtlijn, artikel 10 en artikel 2, lid 1, m), onder iii), van de prospectusrichtlijn).

Als "lidstaat van ontvangst" wordt aangemerkt elke andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst waar de effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten (artikel 2, lid 1, j), van de transparantierichtlijn).

De lidstaat van herkomst is ertoe gehouden verplichtingen inzake financiële informatieverstrekking op te leggen aan drie categorieën actoren :

- de uitgevende instellingen waarvan effecten op een gereguleerde markt zijn toegelaten;

⁽¹²⁾ In de gevallen die niet passen binnen de hiervoor aangegeven mogelijkheden, is de lidstaat van herkomst die welke door de uitgevende instelling wordt gekozen.

- de aandeelhouders;
- de natuurlijke of rechtspersonen die stemrecht bezitten of over financiële instrumenten beschikken die een weerslag hebben op de stemrechten.

Uit artikel 3 van de transparantierichtlijn volgt dat de lidstaat van herkomst aan die actoren strengere verplichtingen mag opleggen dan die welke in de voormelde richtlijn voorkomen. Die mogelijkheid wordt evenwel niet geboden aan de andere lidstaten, die "lidstaten van ontvangst" worden genoemd. Het is hun dus niet langer toegestaan de toelating van de effecten tot de handel op hun gereguleerde markten te beperken door aan de uitgevende instellingen extra informatieverplichtingen op te leggen. Door die regel, die de "lidstaat van herkomst-regel" wordt genoemd, zou het mogelijk moeten zijn de hinderpalen voor de toelating van de effecten tot de handel op de gereguleerde markten van een andere lidstaat weg te nemen.

De instellingen die effecten uitgeven, zijn er in de eerste plaats toe gehouden periodieke informatie te verschaffen over de financiële toestand van de uitgevende instelling en over die van door haar gecontroleerde ondernemingen. Die informatie omvat ook een staat met prognoses. Zo dient de uitgevende instelling een jaarlijks financieel verslag te publiceren (artikel 4 van de richtlijn), alsook halfjaarlijkse financiële verslagen (artikel 5) en tussentijdse verklaringen van het bestuursorgaan, inzonderheid aangaande belangrijke gebeurtenissen en transacties (artikel 6).

Voorts wordt bij de transparantierichtlijn een verplichting tot het verstrekken van "actuele informatie" opgelegd. Kortom, wanneer zich door de verwerving of de overdracht van effecten een wijziging voordoet in de structuur van belangrijke deelnemingen die een weerslag heeft op de verdeling van de stemrechten, is de houder van die effecten ertoe verplicht de uitgevende instelling op de hoogte te brengen van het percentage van stemrechten dat die operatie tot gevolg heeft. Die instelling is ertoe gehouden die informatie te publiceren (artikelen 9, 10, 12 en 13).

De lidstaat van herkomst moet toezien op de naleving van de voormelde regels en van de striktere regels die hij zou hebben ingevoerd. Daartoe wijst elke lidstaat een bevoegde autoriteit aan om op de toepassing van de richtlijn toe te zien. Die autoriteit is in principe de centrale autoriteit opgericht overeenkomstig de prospectusrichtlijn.

.../...

Voorafgaande opmerking

De Raad van State is in het bezit gesteld van een concordantietabel van de transparantierichtlijn en het voorontwerp van wet. Die tabel behoort bij het voorontwerp van wet te worden gevoegd en aangevuld te worden met de vermelding van de wijze waarop de relevante bepalingen van de overige richtlijnen (MiFID-richtlijn en transparantierichtlijn) eveneens bij het voorontwerp worden omgezet.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

In artikel 2 wordt aangegeven dat bij de wet de voormelde richtlijn 2004/109/EG, de voormelde richtlijn 2003/6/EG en de voormelde richtlijn 2004/39/EG in Belgisch recht worden omgezet.

Zoals blijkt uit de concordantietabel en uit de opmerkingen die hierna worden gemaakt, zal de omzetting evenwel eerst dan volledig zijn als vele uitvoeringsbesluiten uitgevaardigd zijn.

Teneinde de rechtszekerheid van de economische operatoren te garanderen, dient in de wet dan ook te worden aangegeven dat het slechts om een gedeeltelijke omzetting gaat.

Artikel 3, § 1, 11/

In deze bepaling wordt gedefinieerd wat moet worden verstaan onder "instellingen voor collectieve belegging die niet van het closed-end-type zijn". Het gaat om instellingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen, inzonderheid om die "waarvan het uitsluitend doel de collectieve belegging is van bij het publiek aangetrokken financiële middelen met toepassing van het beginsel van de risicospreiding".

.../...

Zoals die voorwaarde verwoord is, is ze restrictiever dan die welke voorkomt in artikel 2, lid 1, g), van de richtlijn, waarin niet vereist wordt dat de collectieve belegging van financiële middelen het enige doel is van de instelling.

Artikel 4

Het derde en het vierde lid bevatten een opdracht van bevoegdheid aan de Koning, inzonderheid teneinde titel II van deze wet "geheel, gedeeltelijk of aangepast" uit te breiden tot en sommige bepalingen van de uitvoeringsbesluiten ervan "geheel, gedeeltelijk of aangepast", toepasselijk te maken op belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een multilaterale handelsfaciliteit of daarop worden verhandeld.

Zoals die opdracht van bevoegdheid aan de Koning verwoord is, gaat ze in tegen een legitiem streven naar voldoende juridische voorspelbaarheid. In de wet dient te worden aangegeven of de belangrijke deelnemingen waarvan hiervoor sprake was al dan niet onder titel II van de wet vallen.

Daarentegen kan aan de Koning de bevoegdheid worden gedelegeerd om de regels van titel II eventueel aan te passen of te moduleren gelet op de specificiteit van de deelnemingen in kwestie.

Artikel 6

Paragraaf 1

In artikel 6, § 1, tweede lid, wordt bepaald dat de kennisgeving eveneens verplicht is wanneer als gevolg van een verwerving het aantal stemrechten 10 %, 15 %, 20 % enzovoort, telkens per schijf van 5 procentpunten, bereikt of overschrijdt van het totaal van de bestaande stemrechten".

De woorden "bereikt of overschrijdt" zijn dubbelzinnig en een bron van rechtsonzekerheid. Ze kunnen de indruk wekken dat een dubbele verklaring vereist is, ten eerste wanneer een drempel bereikt wordt en ten tweede wanneer die drempel overschreden wordt.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat zulks niet de bedoeling van de stellers van het voorontwerp van wet is.

Teneinde elke dubbelzinnigheid te vermijden, wordt voorgesteld om artikel 6, § 1, tweede lid, als volgt te redigeren :

"(...) het aantal stemrechten 10 %, 15 %, 20 % enzovoort, telkens per schijf van 5 procentpunten, bereikt van het totaal van de bestaande stemrechten".

Aldus zou de redactie van het tweede lid identiek zijn aan die van het eerste lid, in fine, waarin sprake is van stemrechten "die ... 5 % of meer bereiken van het totaal van de bestaande stemrechten".

Teneinde elke rechtsonzekerheid te vermijden, zou bovendien vooraan in het tweede lid het woord "bijkomende" geschrapt moeten worden.

Paragrafen 3 en 4

De opmerking die hiervoor over paragraaf 1 is gemaakt, geldt eveneens voor de paragrafen 3 en 4, waarin sprake is van het percentage van de stemrechten dat de drempelwaarden bepaald in artikel 6, § 1, van het voorontwerp van wet "bereikt, overschrijdt of onderschrijdt".

Paragraaf 5

1. Paragraaf 5 bevat een enuntiatieve opsomming ("inzonderheid") van de gevallen waarin een natuurlijke persoon of rechtspersoon geacht wordt onrechtstreeks stemrechtverlenende effecten van een emittent te verwerven, over te dragen of te houden.

In de memorie van toelichting daarentegen staat dat "in § 5 wordt toegelicht wat onder «onrechtstreeks» moet worden begrepen".

Er is gebrek aan overeenstemming tussen de tekst en de memorie van toelichting. In de tekst immers wordt een enuntiatieve opsomming gegeven van de situaties waarin sprake is van "onrechtstreeks" houden van stemrechtverlenende effecten van een emittent, terwijl in de memorie van toelichting lijkt te worden aangegeven dat de lijst exhaustief is.

De stellers van het voorontwerp van wet zouden deze tegenstelling moeten wegwerken, door het dispositief in overeenstemming te brengen met de memorie van toelichting. Tegen eenieder die de kennisgevingsplicht niet naleeft, kunnen immers de in artikel 23 van het voorontwerp opgesomde maatregelen worden getroffen en kunnen de in de artikelen 26 tot 28 bepaalde strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties worden uitgevaardigd.

De rechtszekerheid vereist evenwel dat de personen op wie de kennisgevingsplicht rust waarvan hierboven sprake is en aan wie een tekortkoming kan worden toegerekend, duidelijk worden bepaald. Dit vereiste geldt inzonderheid in het licht van artikel 7, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, wat betreft de strafrechtelijke sancties die kunnen worden

.../...

opgelegd. Bij gebrek immers van een nauwkeurige bepaling van de personen op wie de kennisgevingsplicht betrekking heeft, zou het strafbare feit waarvan sprake is in artikel 26, eerste lid, 1/, van het voorontwerp niet duidelijk omschreven zijn ¹³.

Een duidelijke wetgeving is onmisbaar, te meer daar artikel 6 betrekking heeft op de houders van effecten van een emittent waarvan de waarden verhandeld worden op de Belgische en een andere gereguleerde gemeenschappelijke markt ¹⁴.

2. Daar het gaat om een strafbaar feit dat alleen door een bepaalde categorie van natuurlijke personen of rechtspersonen kan worden begaan, vormt het specificeren van degenen die een verplichting moeten nakomen op straffe van een strafrechtelijke sanctie bovendien een hoofdbestanddeel van het strafbare feit. Deze specificering moet derhalve geschieden in de wet, overeenkomstig de artikelen 12 en 14 van de Grondwet.

Paragrafen 1, 5 en 6

De gezamenlijke lezing van de artikelen 9 en 10 van de transparantierichtlijn impliceert dat verschillende personen a priori verplicht kunnen zijn

⁽¹³⁾ Arresten van het EHRM van 25 mei 1993, Kokkinakis tegen Griekenland, nr. 14307/88, Serie A, 260-A, paragraaf 52, en van 22 maart 2001, K.-H.W. tegen Duitsland, nr. 37201/97, Jurispr. 2001-II, paragraaf 45.

⁽¹⁴⁾ De afdeling wetgeving wijst er bovendien op dat het Comité van Europese effectenregelgevers (hierna het "CESR" genoemd, dat staat voor "Committee of European Securities Regulators") ervan uitgaat dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon, die kennisgevingsplichtig is krachtens de artikelen 9 en 10 van de transparantierichtlijn, aan een derde de taak kan opdragen om deze kennisgeving in zijn naam te verrichten. Het CESR is evenwel van oordeel dat de natuurlijke persoon of de rechtspersoon hierdoor niet vrijgesteld is van zijn verplichtingen, en dus evenmin van zijn verantwoordelijkheid ter zake (CESR, Technical Advice on Possible Implementing Measures of the Transparency Directive, juni 2005, punten 178, 180 en 186 (beschikbaar op het internetadres http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/prospectus/cesr-05-407_en.pdf). Het CESR is opgericht bij een besluit 2001/527/EG van de Commissie van 6 juni 2001 tot instelling van het Comité van Europese effectenregelgevers (Publicatieblad L 191 van 13 juli 2007, blz. 43).

tot kennisgeving van het percentage stemrechten dat ze bezitten ten gevolge van een verwerving of overdracht.

Zo bepaalt artikel 9, lid 1, van de transparantierichtlijn dat de aandeelhouder die aandelen van een uitgevende instelling verwerft of overdraagt, ertoe gehouden is in sommige omstandigheden het percentage van de stemrechten dat hij ten gevolge van deze operatie bezit mede te delen. Volgens artikel 2, lid 1, e), onder ii), van dezelfde richtlijn is de aandeelhouder inzonderheid de persoon die aandelen bezit in eigen naam, maar voor rekening van een andere persoon. Hieruit volgt dat de naamleener gehouden is tot de kennisgeving waarvan hierboven sprake is. Bovendien legt artikel 10, onder g), van de transparantierichtlijn eveneens een kennisgevingsplicht op aan de persoon die het recht heeft stemrechten uit te oefenen wanneer een derde deze rechten houdt in eigen naam, maar voor rekening van deze eerste persoon. Uit de artikelen 9, lid 1, en 10, onder g), van de transparantierichtlijn vloeit dus voort dat aldus twee personen ertoe gehouden zijn de eigenlijke effectenhouder en de tussenpersoon in kennis te stellen.

Artikel 6, §§ 1 en 5, eerste lid, 2/, van het voorontwerp voorziet in de kennisgevingsplicht, zowel voor de gecontroleerde onderneming die stemverlenende effecten verwerft als voor de moederonderneming. Volgens artikel 12, lid 3, van de transparantierichtlijn echter "(wordt) een onderneming (...) vrijgesteld van de verplichting de kennisgeving ... te verrichten, indien de kennisgeving wordt verricht door de moederonderneming". Artikel 6, §§ 1 en 5, eerste lid, 2/, van het voorontwerp wijkt derhalve af van het bepaalde in de richtlijn doordat het een annulatie inzake kennisgevingsplicht voorschrijft.

Uit de commentaar bij artikel 6, § 6, blijkt echter dat deze bepaling "tevens de machtiging (vormt) voor de omzetting van artikel 12.3 van de Transparantierichtlijn"¹⁵. De gemachtigde ambtenaar heeft harerzijds bevestigd dat het de Regering niet om te doen is hier strengere verplichtingen op te leggen dan in de richtlijn¹⁶. De vrijstelling waarin het voornoemde artikel 12, lid 3, voorziet, zou in een uitvoeringsbesluit moeten worden opgenomen.

⁽¹⁵⁾ Memorie van toelichting, bladzijde 30.

⁽¹⁶⁾ Wat wel mag overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de transparantierichtlijn.

De aan de Koning bij artikel 6, § 6, van het voorontwerp verleende machtiging stelt Hem evenwel niet in staat de personen die bij de wet kennisgevingsplichtig zijn ¹⁷, van de kennisgeving vrij te stellen.

Het is derhalve noodzakelijk de combinatie van bepalingen te herzien waarin artikel 6, §§ 1 en 5, eerste lid, 2/, van het voorontwerp voorziet.

Paragraaf 7

Artikel 6, § 7, van het voorontwerp beoogt artikel 13, lid 1, van de transparantierichtlijn om te zetten. Krachtens deze bepaling "(zijn) de kennisgevingsvereisten (...) ook van toepassing op een natuurlijke persoon of juridische entiteit die, rechtstreeks of middellijk, financiële instrumenten houdt die het recht verlenen om, uitsluitend op eigener beweging, uit hoofde van een formele overeenkomst, reeds uitgegeven aandelen waaraan stemrechten zijn verbonden".

Uit artikel 11, lid 1, van het ontwerp van uitvoeringsrichtlijn blijkt dat "effecten, alsook opties, futures, swaps, rentetermijncontracten en andere derivatencontracten als bedoeld in deel C van bijlage I bij richtlijn 2004/39/EG" de bedoelde instrumenten zijn.

Met het oog op de rechtszekerheid, waarop hierboven reeds is gewezen ¹⁸, staat het aan de Koning om niet alleen de voorwaarden voor gelijkstelling van de bedoelde instrumenten met stemverlenende effecten vast te stellen, zoals beoogd wordt bij artikel 6, § 7, van het voorontwerp, maar ook om de betrokken soorten financiële instrumenten vast te stellen ¹⁹.

Artikel 7

1. Artikel 7, eerste lid, bepaalt dat "de regels inzake kennisgeving als bedoeld in artikel 6, (...) ook van toepassing (zijn) wanneer een natuurlijke persoon of

⁽¹⁷⁾ Vergelijk met artikel 7, derde lid, van het voorontwerp.

⁽¹⁸⁾ Zie de opmerking over paragraaf 5 van artikel 6.

⁽¹⁹⁾ Zie trouwens artikel 13, lid 2, onder a) en b), van de transparantierichtlijn.

rechtspersoon (...) stemrechten verwerft, overdraagt of het recht heeft die uit te oefenen inzonderheid in een van de" vijf gevallen die het opsomt.

Deze bepaling geeft aanleiding tot een soortgelijke opmerking als die welke over artikel 6, § 5, is gemaakt.

2. Artikel 7, eerste lid, 2/, zet artikel 10, c), van de richtlijn onvolledig om doordat er niet in wordt vermeld dat de pandhouder in geval van inpandgeving van effecten moet aangeven dat hij de bedoeling heeft de stemrechten uit te oefenen. De stellers van het voorontwerp dienen hierover in de memorie van toelichting nadere uitleg te verstrekken.

3. Artikel 7, tweede lid, van het voorontwerp machtigt de Koning te voorzien in een bijzondere regeling bij de beëindiging van de volmacht (artikel 7, eerste lid, 5/). Volgens de gemachtigde ambtenaar is deze bepaling te verklaren door artikel 8, lid 2, van de ontworpen uitvoeringsrichtlijn. Volgens dit artikel is kennisgeving niet noodzakelijk bij de beëindiging van de volmacht, mits, bij de toekenning ervan, in de oorspronkelijke kennisgeving reeds duidelijk wordt gemaakt wat "de (...) situatie is wat de stemrechten betreft, wanneer de gevolmachtigde de stemrechten niet meer naar eigen goeddunken mag uitoefenen".

Het zou goed zijn deze uitleg in de memorie van toelichting op te nemen.

Artikel 10

1. Artikel 10, § 3, tweede lid, van het voorontwerp machtigt de Koning te bepalen "welke procedure de marktmaker dient na te leven om van de vrijstelling bedoeld in het eerste lid gebruik te maken". Deze bepaling strekt ertoe een wetgevend kader in te voeren voor de omzetting van de toekomstige uitvoeringsrichtlijn. Deze machtiging zou desondanks problemen kunnen doen rijzen indien artikel 6, lid 2, van het ontwerp van uitvoeringsrichtlijn onveranderd blijft. Het regelt geen loutere procedurekwestie. Het zou gepaster zijn de Koning te machtigen de noodzakelijke maatregelen uit te vaardigen voor

.../...

de controle op de marktmakers door de bevoegde overheden en hierbij vast te stellen waaruit deze controle in hoofdzaak bestaat.

2. In artikel 10, § 4, is sprake van de "handelsportefeuille(s), als gedefinieerd in artikel 2, punt 6, van richtlijn 93/6/EEG". Om de tekst te verduidelijken en overeenstemming te bereiken met artikel 249, derde lid, Verdrag EG, moet dit begrip in de tekst van het voorontwerp worden gepreciseerd.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de andere bepalingen van het voorontwerp waarin wordt verwezen naar richtlijnen om situaties in het Belgische recht te regelen.

Artikel 13

Artikel 13 van het voorontwerp van wet bepaalt dat "de Koning (...) op advies van de CBFA de inhoud van de kennisgevingen (bepaalt) die moeten worden verricht".

De aldus aan de Koning verleende machtiging is zeer ruim, terwijl de richtlijn in artikel 12, lid 1, ervan bepaalt welke informatie bij de kennisgevingen moet worden verstrekt.

Ter wille van de correcte omzetting van de richtlijn en van de juridische voorspelbaarheid dient deze informatie in de wet te worden opgenomen, wat niet belet de Koning te machtigen om de aldus voorgeschreven informatie nader te bepalen.

Artikel 14

1. Artikel 14, derde lid, machtigt de Koning om de nadere regels te bepalen voor de openbaarmaking en de opslag van de informatie die de emittent van de aandeelhouders heeft ontvangen. Deze bepaling zet artikel 21 van de transparantierichtlijn onvoldoende om.

Wegens het belang dat de gemeenschapswetgever hecht aan de verspreiding van informatie, die bestemd is voor geheel het Europese publiek en niet alleen voor de zakenmilieus ²⁰, moet de Belgische wetgever zelf bepalen wat deze openbaarmaking in hoofdzaak inhoudt.

2. Bovendien huldigt artikel 21, lid 2, van de transparantierichtlijn het beginsel zelf van de opslag en de minimumnormen waaraan deze opslag moet voldoen. Uit de memorie van toelichting blijkt evenwel ²¹ dat

"elke verwijzing naar openbaarmaking door de emittent in dit wetsontwerp (zoals bvb. in het eerste lid van dit artikel) noodzakelijkerwijze ook een overmaking van de openbaar gemaakte informatie met het oog op de opslag ervan, behelst".

Deze precisering moet voorkomen in de tekst zelf van de wet en deze moet op zijn minst ook de voornoemde minimumnormen vermelden. Van deze opslag hangt immers de kwaliteit af van de verspreide informatie en de deugdelijkheid van de controles die zullen worden verricht.

Artikel 15

1. Volgens het tweede lid van artikel 15, § 1, moet de emittent, in voorkomend geval, melding maken van het totale aantal in stemrechtverlenende effecten converteerbare obligaties, het totale aantal rechten om in te schrijven op nog niet uitgegeven stemrechtverlenende effecten en het totale aantal stemrechten dat bij de uitoefening van die rechten kan worden verkregen, alsook het totale aantal aandelen zonder stemrecht.

De transparantierichtlijn voert een systeem van kennisgeving en openbaarmaking in ten aanzien van de "aandeelhouders of natuurlijke personen of

⁽²⁰⁾ CESR, o.c., punt 16 en volgende.

⁽²¹⁾ Memorie van toelichting, blz. 43.

juridische entiteiten die houder zijn van stemrechten of van financiële instrumenten die recht geven op het verwerven van bestaande aandelen met stemrecht" (overweging nr. 2).

Het thans onderzochte voorontwerp van wet betreft eveneens de aandeelhouders en de houders van stemrechtverlenende effecten, alsook de certificaten die deze aandelen en stemrechtverlenende effecten vertegenwoordigen (artikel 3, § 1, 1/, en § 2, van het voorontwerp).

Doordat in de bewuste bepaling staat dat de emittent eveneens "het totale aantal aandelen zonder stemrecht" openbaar moet maken, overschrijdt ze het kader van de omzetting van de transparantierichtlijn, niettegenstaande aan deze aandelen soms stemrecht verbonden is (zie de gevallen bepaald in artikel 481, 2/ of 3/, van het Wetboek van Vennootschappen).

Desondanks gaat het om een occasioneel stemrecht, en niet om een blijvend stemrecht, en heeft het bijgevolg geen impact op het kapitaal van de emittent.

2. Artikel 15, § 3, verleent aan de Koning de bevoegdheid om de nadere regels te bepalen voor de opslag van de informatie die de emittenten openbaar moeten maken wat betreft het totale kapitaal en het totale aantal stemrechten dat verkregen kan worden door een vermeerdering of vermindering van het kapitaal. Deze bepaling geeft aanleiding tot een soortgelijke opmerking als die welke gemaakt is over artikel 14, derde lid, van het voorontwerp.

Artikel 17

1. Artikel 17 voorziet op een algemene wijze in het gebruik van het Nederlands, het Frans of een "taal die gangbaar is in internationale financiële kringen en door de CBFA wordt aanvaard". Dit laatste vereiste stemt niet overeen met artikel 20 van de transparantierichtlijn. In dat artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen het gebruik van "een taal die door de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst wordt aanvaard (in casu het Nederlands en het Frans)" en het gebruik van "een taal die in internationale financiële kringen pleegt te worden gebruikt", zonder dat voor het gebruik van de

.../...

laatstgenoemde taal uitdrukkelijk een vorm van aanvaarding wordt voorgeschreven. Met andere woorden, artikel 20 waarborgt automatisch het recht om welke taal ook te gebruiken die in internationale financiële kringen pleegt te worden gebruikt en maakt het de bevoegde autoriteiten niet mogelijk om middels aanvaarding een keuze te maken.

Daarenboven kan niet worden gesteund op artikel 3 van de transparantierichtlijn²² om terug te komen op het onderscheid tussen de door de lidstaat aanvaarde taal en de taal die in internationale kringen pleegt te worden gebruikt. Uit punt 24 van de aanhef van die richtlijn blijkt dat de vrijheid om een taal te gebruiken die in internationale financiële kringen pleegt te worden gebruikt noodzakelijk is voor de integratie van de beursmarkten. Het gaat hierbij weliswaar om een van de hoofddoelstellingen die in casu nagestreefd worden door de Europese Gemeenschap²³.

Het feit dat in artikel 17 alle vermeldingen geschrapt moeten worden die betrekking hebben op de bevoegdheid van de CBFA om vooraf het gebruik van een taal te aanvaarden die gangbaar is in internationale financiële kringen, betekent nog niet dat de CBFA haar bevoegdheid ontnomen wordt om achteraf controle uit te oefenen op de geldigheid van de taal waarin de openbaarmaking is geschied.

2. In artikel 17 wordt bepaald in welke taal de kennisgeving moet worden opgesteld en in welke taal deze moet worden openbaar gemaakt.

Het is evenwel niet duidelijk of de openbaarmaking dient te worden gedaan in de taal waarin ook de kennisgeving is gedaan, dan wel of de emittent een andere taal mag gebruiken dan die welke gebruikt wordt door de kennisgevingsplichtige persoon.

De tekst zou op dat punt moeten worden verduidelijkt.

3. Het eerste en het tweede lid van artikel 17 zijn eveneens onverenigbaar

⁽²²⁾ Dat artikel biedt de lidstaten van herkomst de mogelijkheid om striktere voorwaarden op te leggen dan die welke in de richtlijn worden bepaald.

⁽²³⁾ Zie de algemene context die uit het voorgaande blijkt.

met artikel 20, lid 2, van de transparantierichtlijn, in zoverre deze betrekking hebben op het geval waarbij de effecten zowel tot de handel toegelaten zijn op een gereguleerde markt in België, dat als lidstaat van herkomst optreedt, als in een of meerdere lidstaten van ontvangst.

Wat de openbaarmaking door de emittenten betreft van de inlichtingen waarvan de houders van effecten kennis gegeven hebben, wordt in artikel 17, eerste lid, van het voorontwerp bepaald dat gebruik kan worden gemaakt van het Nederlands, het Frans of een andere internationaal gangbare taal. Het is evenwel zo dat in artikel 20, lid 2, bepaald wordt dat die gereguleerde informatie in principe openbaar gemaakt wordt in een taal die aanvaard wordt door de lidstaat van herkomst en, volgens de keuze van de emittent, hetzij in een taal die aanvaard wordt in een lidstaat van ontvangst, hetzij in de voornoemde internationaal gangbare taal. Bij artikel 20, lid 2, van de transparantierichtlijn wordt bijgevolg voorgeschreven om zowel een taal te gebruiken die aanvaard wordt in de lidstaat van herkomst, als een andere taal. De alternatieve taalkeuze bepaald in artikel 17, eerste lid, van het voorontwerp is onverenigbaar met deze bepaling. Bovendien is het zo dat, in zoverre artikel 17 een versoepeling inhoudt van de regel waarin voorzien wordt door artikel 20, lid 2, van de voornoemde richtlijn, het bepaalde in het derde lid, artikel 3 van die richtlijn niet als rechtvaardiging ervoor kan gelden.

4. Het tweede lid van artikel 17 zou moeten worden verduidelijkt, aangezien daarin wordt gesteld dat wanneer "de eventueel geldende Belgische rechtsregels" niet hoeven te worden nageleefd, de emittent de in artikel 15 bedoelde informatie openbaar moet maken "in een taal die gangbaar is in internationale financiële kringen en door de CBFA wordt aanvaard". Als de stellers van het voorontwerp van wet daarmee op het Engels doelen, dient te worden gepreciseerd dat de informatie ook in het Nederlands of het Frans openbaar kan worden gemaakt.

5. Het verband tussen het derde en het tweede lid van artikel 17 zou duidelijker moeten blijken. Dat artikel lijkt immers eveneens van toepassing te zijn op de gevallen waarbij aandelen niet zijn toegelaten tot de verhandeling op een Belgische gereguleerde markt.

6. Artikel 17, derde lid, van het voorontwerp voorziet in een beperking die onverenigbaar is met artikel 20, lid 3, van de transparantierichtlijn, aangezien daarin enkel sprake is van "de informatie bedoeld in artikel 15".

7. Het voorontwerp van wet voorziet niet in een omzetting van artikel 20, lid 4, van de transparantierichtlijn.

Artikel 18

Dit artikel biedt een emittent de mogelijkheid om lagere statutaire drempels te hanteren dan die welke wettelijk bepaald zijn of drempels die liggen tussen de wettelijke quota als bepaald in artikel 6 van het onderhavig voorontwerp van wet.

Op deze manier beogen de stellers van het voorontwerp van wet te voorzien in een systeem dat analoog is aan dat waarin voorzien wordt door artikel 5 van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, en in een wijziging van artikel 121 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna de "wet van 2 maart 1989"), die thans van kracht is.

De vrijheid van de emittent is evenwel niet absoluut, aangezien volgens het tweede lid van het ontworpen artikel 18 "de Koning (...), op advies van de CBFA, (bepaalt) welke quota in de statuten kunnen worden opgenomen".

Hoewel deze beperking perfect aannemelijk is, neemt zulks niet weg dat deze een essentieel element uitmaakt van de nieuw ingevoerde wetgeving. In deze wetgeving zou dan ook, met het oog op de vanzelfsprekendheid van de juridische voorspelbaarheid, bepaald moeten worden welke quota in de statuten vermeld kunnen worden, zoals overigens al gedaan wordt in artikel 5 van de wet van 2 maart 1989 en artikel 515 van het Wetboek van Vennootschappen, waarin de toegestane minimumquota vastgesteld worden, namelijk 3 %.

De delegatie aan de Koning waarin wordt voorzien in het tweede lid is dus niet gegrond.

Artikel 21

1. In artikel 21 van het voorontwerp wordt niet verduidelijkt welke maatregelen de CBFA kan treffen ten aanzien van een houder van een deelneming of van een emittent die blijft tekortschieten in zijn verplichtingen, ondanks de maatregelen die genomen zijn door de reguleringsinstantie van de lidstaat van herkomst of bij ontstentenis van zulke maatregelen. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt verwezen naar de artikelen 23 en 24 van dat voorontwerp "voor een overzicht van de maatregelen die de CBFA kan nemen" in dat verband ²⁴. Zulk een verwijzing zou in de tekst van het voorontwerp zelf moeten staan.

Hoe dan ook behoort voorts de aandacht van de Regering gevestigd te worden op het volgende punt.

In artikel 26, lid 2, van de transparantierichtlijn wordt bepaald dat de reguleringsinstantie van de lidstaat van ontvangst, bij wijze van conservatoire maatregelen, geen striktere eisen inzake verschaffing of kennisgeving van informatie mag opleggen dan die waarin voorzien is door deze richtlijn en door artikel 6 van de marktmisbruikrichtlijn. Als in de memorie van toelichting of in de tekst zelf slechts verwezen zou worden naar de artikelen 23 en 24, zou de CBFA kunnen voorbijgaan aan deze beperking. Aldus blijkt inzonderheid uit artikel 23, § 2, 3/ en 4/, van het voorontwerp dat de CBFA de houders van deelnemingen a priori kan bevelen kennis te geven van de schommelingen in hun effectenportefeuilles overeenkomstig artikel 6, § 1, eerste lid of artikel 7, waarin striktere eisen worden opgelegd dan die welke in de richtlijn worden bepaald.

De dubbelzinnigheid dient hoe dan ook te worden weggewerkt.

⁽²⁴⁾ Memorie van toelichting, blz. 49.

2. Voorts wordt in artikel 21 van het voorontwerp in geen enkele procedurele waarborg voorzien ten voordele van de houder van een deelneming. Bovendien worden in artikel 70 en volgende van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna de "wet van 2 augustus 2002") de procedureregels bepaald die moeten worden gevolgd voor het opleggen van administratieve sancties. Ze hebben niet *a priori* betrekking op de conservatoire maatregelen die in dezen in het vooruitzicht worden gesteld.

Krachtens het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is het evenwel zo dat de overheid die van plan is een ernstige maatregel te treffen naar aanleiding van het gedrag van een persoon, deze persoon moet inlichten over de beoogde maatregel, hem de mogelijkheid moet bieden zijn standpunt toe te lichten en aldus alle andere nuttige informatie moet verzamelen vooraleer ze een beslissing kan nemen met volledige kennis van zaken ²⁵. In de rechtspraak wordt evenwel voorzien in het geval van de dringende noodzaak ²⁶. Deze dringende noodzaak dient evenwel op concrete wijze te worden beoordeeld, waarbij inzonderheid rekening gehouden moet worden met de moderne communicatiemiddelen.

De algemene beginselen die erkend worden in de rechtsorde van de Europese Gemeenschap zijn bovendien bindend voor de lidstaten wanneer deze Europese regelgeving ²⁷ toepassen, en de rechten van de verdediging maken deel uit van deze

(25) Zie bijvoorbeeld het arrest van de Raad van State van 27 oktober 2003, NV Spiminvest e.a., nr. 124.706, en van het arrest van 13 juli 2004, Hondermarcq, nr. 133.843.

(26) Ibidem.

(27) Arrest van het Hof van 17 oktober 1989, Dow Benelux NV/Commissie, 85/87, Jurispr. H.v.J., blz. 137, punt 7, inzake de rechten van de verdediging; zie eveneens, meer in het algemeen : arrest van het Hof van 13 juli 1989, 5/88, Wachauf, Jurispr. H.v.J., blz. 2609, punt 19, arrest van het Hof van 18 mei 2000, Rombi en Arkopharma, C-107/97, Jurispr. H.v.J., blz. I-3367, punt 65, arrest van het Hof van 13 april 2000, Karlsson, C-292/97, Jurispr. H.v.J., blz. I-2737, punt 37, en arrest van het Hof van 27 juni 2006, Parlement/Raad, C-540/03, nog niet bekendgemaakt in Jurispr. H.v.J., punt 105.

beginselen²⁸. Het is nu wel zo dat krachtens dit beginsel de rechten van de verdediging moeten worden nageleefd, zelfs indien zulks niet uitdrukkelijk wordt bepaald, in elke procedure die ingesteld kan worden ten aanzien van een persoon en die zou kunnen uitmonden in een handeling die deze persoon nadeel berokkent²⁹.

Bovendien betekent het feit dat er spoed gemoeid is bij het nemen van een beslissing a priori nog niet dat de rechten van de verdediging niet hoeven te worden nageleefd. Daaruit vloeit voort dat, behalve in geval van bijzondere omstandigheden, die naar behoren dienen bewezen te zijn, een grievende beslissing pas kan worden genomen nadat de betrokkene de mogelijkheid gekregen heeft om zijn standpunt op nuttige wijze kenbaar te maken³⁰.

België moet deze beginselen naleven door de transparantierichtlijn om te zetten en de geschikte procedureregels vast te leggen teneinde de rechten van de emittenten en de houders van deelnemingen te waarborgen.

De omstandigheid dat artikel 39 van de wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt een bepaling

(28) Voornoemd arrest Dow Benelux NV; arrest van het Hof van 12 december 2002, Distillerie Fratelli Cipriani SpA, C-395/00, Jurispr. H.v.J., blz. I-11877, punt 50; arrest van het Gerecht van 14 november 2006, Nanjing Metalink International Co. Ltd/Commissie, T-138/02, nog niet bekendgemaakt in Jurispr. H.v.J., punt 56. Zie eveneens, onder de omschrijving van het begrip "grondbeginsel" : arrest van het Hof van 29 juni 1994, Fiskano AB/Commissie, C-135/92, Jurispr. H.v.J., blz. I-2885, punt 39, en arrest van het Hof van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a., C-32/95 P, Jurispr. H.v.J., blz. I-5373, punt 24; arrest van het Gerecht van 16 december 2004, De Nicola/BEI, T-120/01 en T-00/01, JurAmbt blz. I-A-365 en II-1671, punt 121.

(29) Arresten van het Gerecht van 15 juni 2000 F/Commissie, T-211/98, JurAmbt, blz. I-A-107 en II-471, punt 28, en arrest van het Gerecht van 18 oktober 2001, X/BEI, T-333/99, JurAmbt, blz. I-A-199 en II-921, punt 183.

(30) Arrest van het Gerecht van 15 juni 2000 F/Commissie, T-211/98, JurAmbt., blz. I-A-107 en II-471, punt 32; arrest van het Gerecht van 18 oktober 2001, X-BEI, T-333-99, JurAmbt, blz. I-A-199 en II-921, punt 183, en arrest van het Gerecht van 16 december 2004, De Nicola/BEI, T-120/01 en T-300/01, JurAmbt, blz. I-A-365 en II-1671, punt 123.

analoog aan artikel 21 van het voorontwerp bevat, doet nochtans geen afbreuk aan hetgeen voorafgaat.

3. In het laatste lid van artikel 21 van het voorontwerp van wet wordt in de Franse tekst gesproken over "(mesures)insuffisantes" die getroffen zijn door de lidstaat van herkomst, terwijl in artikel 26 van de richtlijn sprake is van "mesures inadéquates". Het zou beter zijn deze laatste term te bezigen, aangezien hij ruimer is dan die welke gebruikt wordt in het voorontwerp van wet.

Artikel 23

1. In artikel 23 worden de bevoegdheden bepaald waarover de CBFA beschikt met het oog op "de naleving van titel II". Aangezien in titel II, hoofdstuk IV, de situatie geregeld wordt waarbij België de lidstaat van ontvangst is, dient in artikel 23, § 2, 5/, de precisering overgenomen te worden volgens welke de onderzoeksbevoegdheden enkel op het nationaal grondgebied uitgeoefend mogen worden. Deze precisering wordt gegeven in artikel 24, lid 4, onder i), van de transparantierichtlijn en is de uitdrukking van de territorialiteit van de uitoefening van de openbare macht.

2. Artikel 23, § 2, 6/, stemt overeen met artikel 18*bis* van de wet van 2 maart 1989, dat thans van kracht is, met dien verstande dat in die laatste wet bepaald wordt dat de mededeling van documenten en stukken ter plaatse geschiedt.

De stellers van het voorontwerp van wet zouden moeten verduidelijken waar die mededeling dient gedaan te worden in het bestek van artikel 23, § 2, 6/.

3. In artikel 23, § 2, 7/ en 8/, wordt aan de CBFA de bevoegdheid verleend om de schorsing te bevelen en de verhandeling van effecten op een Belgische gereguleerde markt te verbieden.

De gemachtigde ambtenaar heeft betoogd dat dat artikel ertoe strekt artikel 24, lid 4, onder d) en e), van de transparantierichtlijn om te zetten. Zij heeft ook aangevoerd dat, in tegenstelling tot artikel 24, lid 4, onder b), van dezelfde richtlijn, in die beide bepalingen niet wordt gesteld dat de bevoegde overheid "de uitgevende instelling (dient) te hebben gehoord" vooraleer deze de maatregelen inzake schorsing of verbod treft.

Uit hetgeen voorafgaat, behoort te worden afgeleid dat die beide maatregelen geen administratieve sancties zijn als bedoeld in artikel 70 en volgende van de wet van 2 augustus 2002.

De betrokken emittent dient evenwel zijn opmerkingen kenbaar te kunnen maken om de redenen die reeds uiteengezet zijn in verband met artikel 21 van het voorontwerp³¹. Het feit dat in artikel 24, lid 4, onder d) en e), van de transparantierichtlijn niet uitdrukkelijk voorzien wordt in een voorafgaande hoorzitting, betekent nog niet dat België mag afzien van het organiseren van een bepaalde vorm van contradictoire procedure, aangezien het in het gemeenschapsrecht gebruikelijk is dat de rechten van de verdediging zelfs nageleefd moeten worden bij ontstentenis van een uitdrukkelijke bepaling. Tot slot kan de ontstentenis van een contradictoire procedure in de administratieve fase ook niet gerechtvaardigd worden door de omstandigheid dat beroep kan worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel, krachtens artikel 3, 1/, van het voorontwerp van wet II tot opheffing van artikel 8 van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, en tot wijziging van artikel 121 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna "voorontwerp van wet II")³².

4. De strekking van artikel 24, lid 4, onder b), tweede zin, van de transparantierichtlijn houdt in dat de uitgevende instelling gehoord moet worden over de redenen waarom ze nagelaten heeft informatie openbaar te maken overeenkomstig een

(31) Zie de opmerking geformuleerd in punt 1 onder artikel 21 hiervoor.

(32) Over dat voorontwerp van wet handelt advies 42.056/2, dat vandaag gegeven is.

bevel van de reguleringsinstantie. Artikel 23, § 4, van het voorontwerp zou het opzet van de erin bedoelde opmerkingen beter tot uiting brengen indien het in die zin gesteld was. Het zou aldus nauwer aansluiten bij de bedoeling die blijkt uit de memorie van toelichting. Volgens die memorie doet artikel 23, § 4, immers "geen afbreuk aan het bevel zelf, zodat het bijvoorbeeld mogelijk blijft een dwangsom op te leggen" ³³.

Artikel 27

Het voorontwerp voorziet in geen enkele maatregel waarmee de cumulatie vermeden wordt van administratieve en strafrechtelijke sancties die uitgesproken worden voor dezelfde feiten, hetgeen indruist tegen het beginsel non bis in idem. De Raad van State verwijst in dat verband naar algemene opmerking VI van advies 33.182/2, gegeven op 29 april 2002, over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de voornoemde wet van 2 augustus 2002 ³⁴. De afdeling wetgeving heeft tot slot van die opmerking gesteld dat de bepaling waarin voorzien wordt door artikel 73 van die wet van 2 augustus 2002

"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" ³⁵.

Artikel 29

Het laatste lid van paragraaf 2 van artikel 29 bepaalt het volgende :

"De Koning kan (...) een uiterste tijdstip bepalen waartegen de emittenten (...) hun statuten moeten aanpassen om ze in overeenstemming te brengen met de met toepassing van artikel 18 genomen besluiten. (...)".

(33) Memorie van toelichting, blz. 54.

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

(35) De Raad van State heeft deze opmerking eveneens geformuleerd in advies 41.471/2, gegeven op 6 november 2006, over een voorontwerp van wet "op de openbare overnamebiedingen".

Het zou juister zijn deze bepaling als volgt te stellen :

"De Koning kan (...) een uiterste datum bepalen waartegen de emittenten (...), naargelang van het geval, hun statuten moeten hebben bevestigd of aangepast (...)".

Het is immers denkbaar dat wanneer de statuten reeds een bepaling bevatten die de houders van effecten van de beursgenoteerde vennootschap verplichten haar ter kennis te brengen dat ze 3% van het kapitaal bezitten, die statuten niet aangepast hoeven te worden. Dat is het geval wanneer de wetgever of de Koning kiest voor eenzelfde drempel als die welke thans van kracht is.

Hoofdstuk VI - Wijzigingen van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten

Algemene opmerkingen betreffende hoofdstuk VI

1. Er moet zorgvuldig nagegaan worden of sommige bepalingen van de wet van 2 augustus 2002, andere dan die welke opgesomd worden in de artikelen 42 tot 56 van het voorliggende voorontwerp van wet, niet aangepast hoeven te worden.

Zo bijvoorbeeld wordt in punt 4/ van artikel 121, § 1, van de wet van 2 augustus 2002 verwezen naar "artikel 16, § 4, van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen". Het moet zo worden herzien dat erin verwezen wordt naar de "wet van ... op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen", en in casu naar artikel 27 ervan.

2. De aandacht van de stellers van het voorontwerp wordt erop gevestigd dat titel III van het voorontwerp aangevuld moet worden met verschillende bepalingen tot wijziging van andere wetten, waarin onder meer verwezen wordt naar bepalingen van de wet van 2 maart 1989 die bij het voorontwerp worden opgeheven.

.../...

Binnen de termijn die de Raad van State is toegemeten, beperkt hij zich ertoe bij wijze van voorbeeld naar de volgende bepalingen te verwijzen :

- artikel 25 van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen;
- artikel 11, § 2, 6/, van de wet van 22 mei 2001 betreffende de werknemersparticipatie in het kapitaal en in de winst van de vennootschappen;
- artikel 220, tweede lid, van de wet van 4 december 1990 op de financiële markten;
- artikel 8/2 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, ingevoegd bij de wet van 1 juni 2005.

Artikel 42

Ontworpen artikel 10, § 2

Het ontworpen artikel 10, § 2, derde en vierde lid, geeft aanleiding tot dezelfde bezwaren als die welke reeds gemaakt zijn bij artikel 17 van het voorontwerp met betrekking tot de bevoegdheid van de CBFA om te aanvaarden dat een taal wordt gehanteerd die gangbaar is internationale financiële kringen.

Ontworpen artikel 10, § 4

In het ontworpen artikel 10, § 4, vierde lid, 1/, moeten de criteria op basis waarvan België gezagshalve kan worden aangeduid als lidstaat van herkomst doordat de emittent geen keuze heeft gemaakt, vastgesteld worden door de wetgever gezien de grote gevolgen van zulk een keuze. De bevoegdheidsoverdracht waarvan sprake is des te minder aanvaardbaar daar de transparantierichtlijn ter zake geen enkele bepaling bevat. Bovendien, en in tegenstelling tot de indruk die gewekt wordt in de memorie van toelichting ³⁶, komt die kwestie ook niet aan bod in het ontwerp van uitvoeringsrichtlijn

⁽³⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 72.

van 14 november 2006, maar beperkt het zich ertoe in artikel 2 ervan de bekendmaking op te leggen van de keuze gemaakt door de emittent.

Ontworpen artikel 10, § 5

Luidens de memorie van toelichting³⁷ machtigt het ontworpen artikel 10, § 5, eerste lid, de Koning om sommige bepalingen die aangenomen zijn voor de emittenten waarvoor België de lidstaat van herkomst is, van toepassing te verklaren op de emittenten waarvoor België de lidstaat van ontvangst is. Bovendien bepaalt artikel 10, § 5, tweede lid, dat de Koning "een onderscheid (kan) maken naargelang de financiële instrumenten al dan niet uitsluitend zijn toegelaten tot de verhandeling op een Belgische gereguleerde markt".

Volgens de gemachtigde ambtenaar is het in de eerste plaats de bedoeling ervoor te zorgen dat de Koning, in het verlengde van artikel 26 van de transparantierichtlijn, de bewarende maatregelen kan bepalen die België als lidstaat van ontvangst zou kunnen nemen. In de tweede plaats zou het de bedoeling zijn de Koning te machtigen artikel 21, lid 3, van dezelfde richtlijn ten uitvoer te leggen en aldus de bijzondere bevoegdheden van de CBFA te omschrijven in de gevallen waarin de effecten enkel in België, als staat van ontvangst, verhandeld worden, en niet in de staat van herkomst.

Het ontworpen artikel 10, § 5, moet grondig in die zin worden herzien. Zo niet zou de Koning daarmee gemachtigd worden bepalingen uit te vaardigen met schending van artikel 3, lid 2, van de transparantierichtlijn en zou daarmee voorbijgegaan worden aan de centraliserende rol die in beginsel aan de lidstaat van herkomst is toegekend.

⁽³⁷⁾ Ibid.

Ontworpen artikel 10, § 6

1. Krachtens het ontworpen artikel 10, § 6, zou de Koning onder meer de verplichting om iedere voorkennis openbaar te maken kunnen uitbreiden tot emittenten met statutaire zetel in België waarvan de financiële instrumenten zijn toegelaten tot de verhandeling op een buitenlandse gereguleerde markt, wanneer deze emittenten niet aan gelijkwaardige verplichtingen zijn onderworpen in het land waar die markt is gelegen. Luidens de memorie van toelichting is deze bepaling bedoeld om "de ongewenste gevolgen op te vangen die zouden voortvloeien uit een eventuele niet-consistente omzetting van de verplichtingen (inzake) voorkennis door de lidstaat van notering enerzijds en de lidstaat van de zetel van de emittent anderzijds".

2. Bovendien zou het ontworpen artikel 10, § 6, de Koning machtigen om "regels (te) bepalen voor door Hem aangeduide buitenlandse gereguleerde markten".

Die dubbele machtiging doet problemen rijzen in het kader van de gedeeltelijke harmonisering die doorgevoerd is door de marktmisbruikrichtlijn.

Krachtens artikel 6, lid 7, van die richtlijn moeten de bevoegde autoriteiten alle maatregelen kunnen nemen tot bevordering van de verspreiding van voorkennis overeenkomstig de leden 1 tot 5 van dat artikel, voor zover die maatregelen "nodig zijn opdat het publiek juist geïnformeerd wordt".

Die preciseringen moeten beter naar voren komen in het ontworpen artikel 10, § 6. België zal meer in het bijzonder de bewuste maatregelen niet kunnen nemen louter op basis van een waardeoordeel over de consistentie van de omzetting van de communautaire richtlijnen door een andere lidstaat.

3. Bovendien bepaalt artikel 10, onder b), van dezelfde richtlijn dat, in het geval bedoeld in het ontworpen artikel 10, § 6, de lidstaten er op hun grondgebied op toezien dat de verplichtingen inzake openbaarmaking met betrekking tot financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt van een andere lidstaat, worden nageleefd.

.../...

Alleen wanneer een financieel instrument genoteerd is op de beurs op het nationaal grondgebied, mogen staten regels bepalen voor handelingen verricht in het buitenland. Dat geval wordt evenwel niet beoogd in het ontworpen artikel 10, § 6.

4. De formulering van deze bepaling moet bijgevolg worden herzien.

Ontworpen artikel 10, § 8

Er mag niet uit het oog worden verloren dat de wet op het gerechtelijk akkoord vervangen zal worden door de wet op de continuïteit van de ondernemingen, waarover de Raad van State op 18 september 2006 advies 40.985/2 heeft uitgebracht.

Artikelen 46 tot 56

Algemene opmerkingen

1. Artikel 46 van het voorontwerp strekt tot vervanging van artikel 34 van de wet van 2 augustus 2002.

Het ontworpen artikel 34, § 1, omschrijft de bevoegdheden waarover de CBFA beschikt, onder meer "voor de uitvoering van haar toezichtsoopdracht bedoeld in artikel 33". Dat artikel machtigt de CBFA op algemene wijze "(toe te zien) op de toepassing van de bepalingen van (het) hoofdstuk" op de secundaire markten voor financiële instrumenten. Dat hoofdstuk zal echter bepalingen bevatten waarbij verscheidene richtlijnen worden omgezet. Het is overigens de bedoeling van de regering "om de in (de) wet (van 2 augustus 2002) opgenomen onderzoeksbevoegdheden van de CBFA aan te passen aan de Transparantierichtlijn, en aan andere financiële Europese richtlijnen, meer in het bijzonder (de) (...) (Marktmisbruikrichtlijn) en (de) (...) (MiFID-richtlijn)" ³⁸.

⁽³⁸⁾ Memorie van toelichting blz. 12.

In het ontworpen artikel 34, § 2, is er in dezelfde zin sprake van "de naleving van de regels inzake marktmisbruik, de informatieverplichtingen van emittenten en de regels inzake gereguleerde markten, multilaterale handelsfaciliteiten (...)".

Artikel 24, lid 4, van de transparantierichtlijn, artikel 12, lid 2, van de marktmisbruikrichtlijn en artikel 50, lid 2, van de MiFID-richtlijn sommen de bevoegdheden op die toegekend moeten worden aan de nationale reguleringsinstanties. De opsomming van die bevoegdheden is een minimum, dat door de lidstaten nog kan worden aangevuld. Gezien evenwel het heterogene karakter van het desbetreffende hoofdstuk van de wet van 2 augustus 2002, en van artikel 34 in het bijzonder, moet de regering nagaan of dit artikel de CBFA geen bevoegdheden toekent die, gezamenlijk beschouwd, toch wel verder gaan dan de "nodige" bevoegdheden die krachtens elke richtlijn aan de bevoegde autoriteit mogen worden toegekend ten aanzien van de overeenstemmende financiële dienst. De Regering moet zich er inzonderheid van vergewissen dat die bevoegdheden de bevoegdheden uitgeoefend door de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten niet kunnen overlappen. Indien dat het geval zou zijn, zouden ze, door deze overlapping, een buitensporige belemmering kunnen vormen voor het vrije verkeer van kapitaal en van financiële diensten. De afdeling wetgeving heeft binnen de termijn die haar is toegemeten zulks niet kunnen nagaan.

2. Luidens het ontworpen artikel 35, § 1, eerste zin, kan de CBFA haar onderzoeksbevoegdheden niet uitoefenen in privéwoningen ³⁹.

De afdeling wetgeving wijst erop dat het onderscheid tussen privéwoningen en beroepslokalen grotendeels irrelevant is. In wezen vallen die lokalen onder de bescherming van de woning.

⁽³⁹⁾ Die precisering staat ook in de ontworpen artikelen 80, eerste lid, 82, eerste lid, 1/, en 83, § 1, eerste lid. Uit dat oogpunt zijn deze bepalingen overbodig.

Zoals ze reeds heeft onderstreept ⁴⁰, wordt het recht op eerbiediging van de woning niet enkel gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt evenwel dat het begrip "woning" in deze context ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ⁴¹. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bovendien geoordeeld dat het recht op eerbiediging van de "woning" ook aangevoerd kan worden door rechtspersonen ⁴².

Voor zover de ontworpen bepaling bijdraagt tot de omzetting van een richtlijn, moet er ook op gewezen worden dat de rechtspraak van het Hof van Justitie thans in deze zin vaststaat dat de bescherming van het privéleven vastgelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, in acht genomen

(40) Advies van de afdeling wetgeving 38.220/1, gegeven op 21 april 2005 over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 22 februari 2006 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen (Gedr. St., Kamer, 2004/2005, nr. 1993/1, blz. 39 tot 50) en advies 39.529/2, gegeven op 4 januari 2006, over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt (Gedr. St., Kamer 2005/2006, nr. 2344/1, blz. 204 tot 223) en de wet van 13 juni 2006 tot wijziging van artikel 220 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten en van de artikelen 121, § 1, 1/, en 122 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (Gedr. St., Kamer, 2005/2006, nr. 2345/1, blz. 204 tot 223).

(41) Arresten van het EHRM van 16 december 1992, Niemietz tegen Duitsland, nr. 13710/88, Serie A, 251-B, en van 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe tegen Frankrijk, nr. 11471/85, Serie A, 256-A, -B en -C.; zie ook D. Yernault, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", RTDH, 1994, blz. 117 e.v.

(42) Arrest van het EHRM van 16 april 2002, Sociétés Colas Est e.a. tegen Frankrijk, nr. 37971/97, *Jurispr.* 2002-II.

moet worden en de bescherming van de woning uitgebreid wordt tot de bedrijfslokalen van de vennootschap ⁴³.

Bovendien heeft het Arbitragehof onderstreept dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, (...) een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor der Rechten van de Mens" ⁴⁴. Het Hof leidt daaruit af dat slechts in uitzonderlijke gevallen van die regels kan worden afgeweken en die afwijkingen verantwoord dienen te worden door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben ⁴⁵. Ook al heeft het Arbitragehof zich aldus uitgesproken in een strafrechtelijke context, uit de rechtspraak van dit Hof blijkt niettemin het belang dat het hecht aan het optreden van een onpartijdig en onafhankelijk magistraat bij huiszoekingen. Er is dan ook geen reden waarom die waarborg niet zou gelden voor huiszoekingen verricht in een niet-strafrechtelijke context. Uit de artikelen 39 en volgende van de wet van 2 augustus 2002 blijkt overigens dat de CBFA haar onderzoeksbevoegdheden mogelijk ook in zulk een context zal uitoefenen.

Ook al wordt de evenredigheid van inmenging in de lokalen van een rechtspersoon misschien gemakkelijker aanvaard dan bij huisvredebreuk bij een woning van een natuurlijk persoon ⁴⁶, uit het bovenstaande volgt dat de artikelen 46 tot 56 herzien moeten worden en daarbij rekening gehouden moet worden met het feit dat het onderscheid tussen privéwoningen en bedrijfslokalen in ruime mate kunstmatig is.

3. Bij de artikelen 50 tot 56 worden in de wet van 2 augustus 2002 nieuwe bepalingen ingevoerd waarbij aan de auditeur die luidens artikel 70 van de geldende wet belast wordt met het onderzoek van de dossiers "indien de CBFA in de uitoefening van

(43) Arrest van het Hof van 30 maart 2006, *Strintzis Lines Shipping/Commissie*, C-110/04 P, *Jurispr.* blz. I-44, punt 33.

(44) Arrest van het Arbitragehof van 16 december 1998, nr. 140/98, B.1.

(45) *Ibidem*, B.2.

(46) Zie in die zin het voornoemde arrest *Niemietz tegen Duitsland*, § 31.

zijn (lees: haar) wettelijke opdrachten ernstige aanwijzingen vaststelt van het bestaan van een praktijk die aanleiding kan geven tot een administratieve sanctie" uiterst belangrijke bevoegdheden worden verleend.

De artikelen 52, 53, 54 en 55 bepalen dat de nieuwe bevoegdheden die aan de auditeur worden toegekend, alleen "mits voorafgaande toestemming van een onderzoeksrechter" uitgeoefend mogen worden.

Er is daarentegen niet in zulk een toestemming voorzien waar het gaat om de mogelijkheid van voorlopige inbeslagneming zoals bepaald in artikel 50, en de mogelijkheid om aan een operator van een telecommunicatienetwerk of de verstrekker van een telecommunicatiedienst bepaalde specifieke inlichtingen te vragen zoals bepaald in artikel 51.

Aangezien het om zeer belangrijke bevoegdheden gaat, moeten de stellers van het voorontwerp van wet wettigen waarom in de gevallen genoemd in de artikelen 50 en 51 geen onderzoeksrechter optreedt.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 46 (ontworpen artikel 34, § 1, 1/).

Artikel 46

1. Het ontworpen artikel 34, § 1, 1/, b), bepaalt :

"(de CBFA) kan ter plaatse inspecties en expertises verrichten, ter plaatse kennis nemen en een kopie maken van elk document, gegevensbestand en registratie, en toegang hebben tot elk informaticasysteem".

Krachtens het ontworpen artikel 35, § 1, kan de CBFA haar bevoegdheden uitoefenen in alle lokalen, behalve in privéwoningen.

De gelijkstelling tussen privéwoningen en beroepslokalen heeft verscheidene gevolgen.

.../...

Ten eerste biedt het ontworpen artikel 34, § 1, eerste zin, de "operationele diensten" van de CBFA de mogelijkheid ter plaatse inspecties en expertises te verrichten en er kennis te nemen en kopieën te maken van elk document, zonder toedoen van de auditeur genoemd in artikel 70 van de wet van 2 augustus 2002⁴⁷. Gelet op de inmenging die deze onderzoeksdaaden inhouden en de ernstige gevolgen die ze voor de betrokkenen kunnen hebben, is het noodzakelijk dat die maatregelen worden genomen door een autoriteit die bijzondere waarborgen biedt. In de memorie van toelichting maakt de Regering, vanuit dat oogpunt, echter zelf een onderscheid tussen de bovengenoemde operationele diensten en de bovengenoemde auditeur. Laatstgenoemde zou immers de garantie bieden dat de onderzoeksdaaden die deze diensten willen stellen "met de nodige omzichtigheid (zullen worden) aangewend" en dat het nut ervan zal worden beoordeeld "met de nodige afstand en met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel". Onder voorbehoud van de algemene opmerking 3, gemaakt onder de artikelen 46 tot 56, zouden de maatregelen genoemd in het ontworpen artikel 34, § 1, 1/, onder b), dus door de auditeur moeten worden genomen.

Ten tweede zou het voorontwerp moeten worden aangevuld met de vermelding van een aantal waarborgen met betrekking tot het vervullen van de taken genoemd in het ontworpen artikel 34, § 1, 1/, onder b)⁴⁸. Gelet op de talrijke redenen die deze taken kunnen wettigen en de afwijkende context die hierboven is beschreven, zouden die waarborgen op zijn minst moeten bestaan in de aanwezigheid van de natuurlijke persoon of een vertegenwoordiger van de betrokken rechtspersoon⁴⁹ en in het opstellen van een inventaris van de ingekeken of gekopieerde documenten.

2. De opmerking die hierboven is gemaakt bij het ontworpen artikel 34, § 1, 1/, onder b), geldt ook voor het ontworpen artikel 34, § 1, 2/, onder c).

⁽⁴⁷⁾ Vergelijk met de eveneens ontworpen artikelen 80 tot 85.

⁽⁴⁸⁾ Voormeld advies nr. 38.220/1 van de afdeling wetgeving.

⁽⁴⁹⁾ Die aanwezigheid is overigens noodzakelijk als de inspectie ter plaatse leidt tot een voorlopige inbeslagneming (zie artikel 50, dat een artikel 81 in de wet van 2 augustus 2002 herstelt).

Artikel 48

Het laatste lid van artikel 48 bepaalt :

"In het inrichtingsreglement bedoeld in artikel 59, eerste alinea, worden de regels opgenomen die de CBFA in acht neemt bij het verhoren van personen".

Artikel 59, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 bepaalt :

"(...) Dit reglement bevat de essentiële regels betreffende de werking van de organen en de organisatie en de werking van de kamers, departementen en diensten van de (CBFA) en van de adviescomités (...)".

In de memorie van toelichting betreffende artikel 48 staat in dat verband dat in het "inrichtingsreglement" zal worden gepreciseerd welke "procedureregels" in acht moeten worden genomen als de CBFA iemand oproept. Voorts staat in de memorie dat "bij de vaststelling van deze procedureregels (...) rekening (zal) worden gehouden met de bestaande voorschriften van artikelen 47*bis* en 28*quinqies*, § 2, van het Wetboek van Strafvordering inzake het verhoor van personen".

Artikel 59, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 zou moeten worden aangepast, waarbij in dat artikel de in de memorie van toelichting vermelde preciseringen betreffende artikel 48 zouden moeten worden opgenomen, aangezien de huidige tekst een "inrichtingsreglement" oplegt dat een louter organisatorische doelstelling heeft.

Artikel 50

Het ontworpen artikel 80, eerste lid, bepaalt dat de voorlopige inbeslagneming bij gemotiveerde beslissing moet worden bevolen. De Regering zou in de memorie van toelichting moeten verduidelijken hoe die motiveringsplicht te verenigen valt met artikel 71, § 1, van de wet van 2 augustus 2002, krachtens hetwelk de auditeur, pas na zijn onderzoek, diegenen inlicht op wie het onderzoek betrekking heeft. De kennis van de betrokken praktijk is immers onontbeerlijk om na te gaan of de inbeslagneming noodzakelijk is.

Bovendien blijkt uit de memorie van toelichting dat de voorlopige inbeslagneming alleen zou kunnen worden bevolen bij ernstige aanwijzingen van een inbreuk⁵⁰. Die verduidelijking moet in de tekst worden opgenomen, want ze vormt een waarborg voor de burger. Voorts wordt de aandacht gevestigd op de tegenstrijdigheid tussen die verduidelijking en de bewoordingen van het ontworpen artikel 35, § 1, 1/.

Bovendien zou de waarborg die wordt geboden door de afgifte van een proces-verbaal dat een inventaris van de in beslag genomen zaken bevat, niet afhankelijk mogen worden gesteld van het uitdrukkelijke verzoek van de betrokkene.

Tot slot bepaalt artikel 50 dat de inbeslagneming "kan worden bevolen voor een tijdsduur die 48 uur niet mag overschrijden". Kan die termijn worden verlengd? Wat gebeurt er met de in beslag genomen zaken na die 48 uur?

Die punten moeten worden verduidelijkt.

Artikel 51

Artikel 51 herstelt een artikel 81 in de wet van 2 augustus 2002. Het verleent de auditeur de bevoegdheid om, bij schriftelijke en gemotiveerde beslissing, telecombedrijven om mededeling te verzoeken van de identiteit van hun abonnees of van de gegevens over de telecommunicatiediensten waarop zij geabonneerd zijn. De invoering van die bevoegdheid vormt de omzetting van artikel 12, lid 2, onder d), van de marktmisbruikrichtlijn en van artikel 50, lid 2, onder d), van MiFID.

Dit soort bevoegdheid vormt een inmenging in het recht op de eerbiediging van het privéleven en in het recht op het briefgeheim⁵¹. Die bevoegdheid moet in overeenstemming zijn met artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

⁽⁵⁰⁾ Memorie van toelichting, blz. 87.

⁽⁵¹⁾ Arrest van het EHRM van 29 maart 2005, Matheron tegen Frankrijk, nr. 57752/00, paragraaf 27, en de aangehaalde literatuurplaatsen.

De rechtsgrond moet ook voldoende toegankelijk zijn en voldoende nauwkeurig bepalen in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de autoriteiten een beroep kunnen doen op dit soort van onderzoeksmethoden ⁵².

Zo zou een identificatie van de abonnees en van de telecommunicatiediensten niet mogen worden bevolen zonder dat er aanwijzingen zijn die doen vermoeden dat men via die weg feiten of omstandigheden kan ontdekken of nagaan die belangrijk zijn om een overtreding van de relevante voorschriften van de wet van 2 augustus 2002 te kunnen vaststellen ⁵³, te meer daar zulke onderzoeksmethoden uiteindelijk betrekking kunnen hebben op gesprekspartners die niet bij de genoemde overtredingen betrokken zijn. In die context verduidelijkt de Regering in haar memorie van toelichting dat "rekening (zal) worden gehouden met de proportionaliteit van de maatregelen ten aanzien van de persoonlijke levenssfeer en met de subsidiariteit ten opzichte van andere onderzoeksdaden" ⁵⁴. De vereisten inzake proportionaliteit en subsidiariteit moeten in het dispositief komen.

Voorts wordt verwezen naar de algemene opmerking 3, gemaakt onder de artikelen 46 tot 56 ⁵⁵.

Artikel 52

Bij artikel 52 wordt een nieuw artikel 82 in de wet van 2 augustus 2002 ingevoegd. Het gaat vooral om een samenvattend artikel, dat een opsomming bevat van

(52) Arrest van het EHRM van 16 februari 2000, Amann tegen Zwitserland, nr. 27798/95, paragraaf 61. In het arrest van het EHRM van 24 april 1990, Kruslin tegen Frankrijk (nr. 11801/85, paragraaf 33), wordt geoordeeld dat het afluisteren en andere vormen van het onderscheppen van telecommunicatieberichten een ernstige inbreuk vormen op de eerbiediging van het privéleven en het briefgeheim.

(53) Zie, mutatis mutandis, arrest van het EHRM van 18 februari 2003, Prado Bugallo tegen Spanje, nr. 58496/00, paragraaf 29.

(54) Memorie van toelichting, blz. 88.

(55) Zie ook advies 37.766/1/2 van 4 november 2004 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 27 december 2004 houdende diverse bepalingen.

bevoegdheden die de auditeur alleen kan uitoefenen met voorafgaande toestemming van een onderzoeksrechter. Die bevoegdheden zijn :

- de inbeslagneming voor onbepaalde duur van financiële activa die verband houden met een onderzochte inbreuk; de uitoefening van die bevoegdheid wordt verduidelijkt in het ontworpen artikel 83;
- de opvordering bij telecombedrijven van informatie over telecommunicatieverkeer, met inbegrip van het opsporen van telecommunicatie; die bevoegdheid wordt omschreven in het ontworpen artikel 84;
- het opleggen van een tijdelijk beroepsverbod; die bevoegdheid wordt georganiseerd in het ontworpen artikel 85.

De invoering in de wet van 2 augustus 2002 van bevoegdheden inzake inbeslagneming, opvordering van informatie over telecommunicatieverkeer en het bevelen van een beroepsverbod vormt de omzetting van artikel 12, lid 2, onder d), g) en h), van de marktmisbruikrichtlijn, alsook van artikel 50, lid 2, onder d), f) en g), van MiFID-richtlijn.

In de artikelen 12, lid 1 en 50, lid 1, van de voormelde richtlijnen staat dat de uitoefening van de bovengenoemde bevoegdheden door de bevoegde autoriteiten afhankelijk kan worden gesteld van een beroep op de gerechtelijke autoriteiten.

In navolging van die bepalingen stellen de ontworpen artikelen 82 tot 85 de bovengenoemde maatregelen afhankelijk van een voorafgaande toestemming van de onderzoeksrechter.

Zoals de Regering in haar memorie van toelichting erkent, gaat het om een waarborg voor de uitoefening van grondrechten, zoals het recht op privacy en het recht op arbeid ⁵⁶.

⁽⁵⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 90.

Die waarborg ontslaat de wetgever evenwel niet van de verplichting om het optreden van de auditeur en de instruerend magistraat te omsluiten in een geheel van materiële waarborgen. In dat verband wordt verwezen naar de opmerkingen over de vorige artikelen, alsook naar de hierna volgende opmerkingen.

De Regering merkt voorts op dat de rechterlijke controle "nog versterkt (zal worden) door in wetsontwerp II te voorzien in een hogere beroepsmogelijkheid bij het Hof van Beroep te Brussel tegen beslissingen van de auditeur inzake inbeslagneming en beroepsverbod"⁵⁷.

Artikel 3 van het voorontwerp van wet II wijzigt immers artikel 121 van de wet van 2 augustus 2002. Het toekomstige artikel 121, § 1, eerste lid, 6/, zal effectief een beroep bij het hof van beroep te Brussel tegen de bovengenoemde beslissingen organiseren.

In het algemeen ontslaat de organisatie van een rechterlijk beroep de wetgever echter niet van de verplichting om de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van enige schending van de grondrechten. Dat geldt des te meer, daar dit beroep in principe zal moeten worden voorafgegaan door een bij de auditeur ingediend bezwaarschrift (artikel 121, § 2, vijfde lid, zoals dat zou worden ingevoegd bij artikel 3 van het voorontwerp van wet II), en dat beroep geen schorsende werking zal hebben (artikel 121, § 6, zoals het zou worden ingevoegd bij het voormelde artikel 3).

Artikel 54

Het ontworpen artikel 54 herstelt een artikel 84 in de wet van 2 augustus 2002. In dat artikel staat hoe de auditeur het volgende kan vorderen :

- het laten opsporen van telecommunicatiegegevens, zowel van degene die de oproep doet of de gegevens verzendt als van degene die ze ontvangt;
- het lokaliseren van de oorsprong of de bestemming van die telecommunicatie.

⁽⁵⁷⁾ Ibidem.

Om misbruik te voorkomen, moet de uitvoering van die maatregelen in de tijd worden beperkt ⁵⁸.

Artikelen 61 en 62

Het voorontwerp van wet bevat een groot aantal machtigingen aan de Koning om sommige daarin vervatte bepalingen te preciseren, aan te vullen of aan te passen.

Daarbij heeft de Raad van State twee opmerkingen.

Enerzijds is het absoluut noodzakelijk dat de koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet op dezelfde datum in werking treden als de wet zelf. Elk tijdsverschil tussen de inwerkingtreding van de wet en die van de koninklijke besluiten tot uitvoering ervan kan immers rechtsonzekerheid doen ontstaan bij degenen voor wie de wet bestemd is.

Anderzijds moet de onduidelijkheid worden weggewerkt die voortvloeit uit de redactie van sommige bepalingen van het voorontwerp van wet die de indruk kunnen wekken dat sommige titels of artikelen van de wet op een ander ogenblik in werking kunnen treden dan die van de andere delen van het voorontwerp van wet. Dat is bijvoorbeeld het geval met artikel 29 van het voorontwerp, waarin op verscheidene plaatsen sprake is van "de datum van inwerkingtreding van titel II van deze wet" (§ 1, eerste lid, en § 2, eerste lid) of aan de emittenten verplichtingen worden opgelegd inzake openbaarmaking "uiterlijk 10 handelsdagen na de inwerkingtreding van titel II van deze wet" (§ 2, tweede lid).

⁽⁵⁸⁾ Zie, mutatis mutandis, arrest Kruslin tegen Frankrijk, voetnoot 52 hierboven (paragraaf 35) en arrest Prado Bugallo tegen Spanje, voetnoot 53 hierboven (paragraaf 30). Zie ook arrest van het EHRM van 31 mei 2005, Vetter tegen Frankrijk, nr. 59842/00, paragraaf 26.

De kamer was samengesteld uit

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. GILLIAUX, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS