RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 67.887/1
van 28 september 2020

over

een voorontwerp van wet ‘tot het invoeren van een mechanisme voor de screening van buitenlandse directe investeringen’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 67.887/1
du 28 septembre 2020

sur

un avant-projet de loi ‘visant à instaurer un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers’

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Op 23 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie en Consumenten verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot het invoeren van een mechanisme voor de screening van buitenlandse directe investeringen'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 17 september 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 september 2020.

*

Le 23 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Économie et des Consommateurs à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'visant à instaurer un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 17 septembre 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 28 septembre 2020.

*

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,[1] alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het invoeren van een mechanisme voor de screening van buitenlandse directe investeringen. Daartoe wordt in het Wetboek van economisch recht (WER) een nieuw boek IV/1 ingevoegd. Met het voorontwerp wordt mede uitvoering gegeven aan verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019 'tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie'.

De ontworpen regeling is van toepassing op investeringen "vanwege elke buitenlandse investeerder die een zeggenschap wil verwerven in of het eigendom of beheer verwerft van onderdelen van of een joint venture afsluit met een entiteit die in België haar hoofdactiviteit uitoefent of waarvan de maatschappelijke zetel in België gevestigd is" alsook "vanwege een entiteit die haar statutaire zetel of hoofdactiviteit in de Europese Unie heeft, maar waarop op directe of indirecte wijze zeggenschap wordt uitgeoefend door een entiteit die haar hoofdzetel heeft of haar hoofdactiviteit uitoefent buiten de Europese Unie". Zij is niet van toepassing op investeringen met het oog op het uitoefenen van een directe economische activiteit (artikel 6 van het voorontwerp). Het toepassingsgebied van de ontworpen regeling wordt verder beperkt op basis van de mogelijke gevolgen van de betrokken investering (artikel 7 van het voorontwerp).

De beoogde screening heeft tot doel de openbare orde en de veiligheid te vrijwaren, hetgeen wordt getoetst aan de hand van de te voorkomen risico's die worden opgesomd in het ontworpen artikel I.6/1, tweede lid, WER (artikel 3 van het voorontwerp).

Het voorontwerp voorziet in de oprichting van een Investeringsscreeningscommissie (ISC). In deze commissie hebben, in bepaalde gevallen, ook de gemeenschappen en de gewesten een vertegenwoordiger (artikel 9 van het voorontwerp).

Investeringen die onder het toepassingsgebied van het ontworpen boek vallen, moeten in beginsel voorafgaandelijk worden aangemeld bij de ISC, die na een eerste toetsingsonderzoek kan beslissen een screeningsonderzoek te openen. De ISC brengt, na in voorkomend geval bijsturingen te zijn overeengekomen met de investeerder, advies uit aan de minister bevoegd voor Economie. De beslissing over de investering wordt genomen door die minister of, indien vertegenwoordigers van de gemeenschappen of de gewesten een

[1] Aangezien het gaat om een voorontwerp van wet wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

andersluidende opinie in het advies van de ISC laten optekenen, door de Ministerraad (artikelen 12 tot 21 van het voorontwerp).

In geval van niet-aanmelding kan ook ambtshalve een screeningsonderzoek worden opgestart en met terugwerkende kracht een beslissing over de investering worden genomen (artikel 11 van het voorontwerp).

Tegen de beslissing van de minister of de Ministerraad staat een vernietigingsberoep open bij het Marktenhof. Het voorontwerp voorziet in administratieve geldboetes die, afhankelijk van de inbreuk, maximum 10% en 30% van de investering bedragen. Over beroepen daartegen oordeelt het Marktenhof met volle rechtsmacht (artikelen 23 tot 25 van het voorontwerp).

De Koning wordt ermee belast om de inwerkingtreding van de ontworpen wet te bepalen (artikel 29 van het voorontwerp).

BEVOEGDHEID

3.1. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt vermeld dat de ontworpen regeling kan worden ingepast in "de residuaire bevoegdheid van de federale overheid inzake veiligheid en openbare orde", waaronder "de bescherming van de kritieke infrastructuur". Dit standpunt kan worden bijgetreden.[2] Wel kan de in de ontworpen wet vervatte generieke regeling inzake veiligheid en openbare orde geen afbreuk doen aan de vaststelling dat de gemeenschappen en de gewesten binnen hun materiële bevoegdheden zelf ook bepaalde categorieën veiligheidsbelangen kunnen beschermen die samenvallen met elementen die in het om advies voorgelegde voorontwerp van wet de basis vormen voor de beoordeling van de nationale veiligheid en openbare orde.[3] In dat verband wordt er, eveneens in de memorie van toelichting, op gewezen dat met betrekking tot de ontworpen regeling het evenredigheidsbeginsel in acht werd genomen en dat deze geen disproportionele impact heeft op de bevoegdheden van andere overheden aangezien er "enkel [kan] worden ingegrepen op deze directe buitenlandse investering die gevolgen heeft voor de veiligheid of de openbare orde". In het kader van de evenredigheid wordt er tevens op gewezen dat in een samenwerkingsakkoord wordt voorzien en dat de gewesten en gemeenschappen vertegenwoordigd zijn in de Investeringsscreeningscommissie.

[2] Vgl. adv.RvS 48.989/VR van 9 december 2010 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 1 juli 2011 'betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuren' (*Parl.St*. Kamer, 2010-11, nr. 53-1357/001, 53-54).

[3] Zo kunnen het belang van de continuïteit van vitale processen, het voorkomen dat bepaalde strategische of gevoelige kennis in buitenlandse handen valt, alsook het verzekeren van een strategische onafhankelijkheid, in aanmerking komen als relevante motieven die passen binnen materiële gewest- of gemeenschapsbevoegdheden (zie ook adv.RvS 63.130/3 van 16 mei 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (*Parl.St*. Vl.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 833-835).

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

3.2. De ontworpen regeling kan op het eerste gezicht verenigbaar worden geacht met het evenredigheidsbeginsel. Deze vaststelling staat er evenwel niet aan in de weg dat zij een belangrijke weerslag kan hebben op de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten. Dit geldt in het bijzonder indien deze reeds in een vergelijkbaar stelsel inzake de controle van buitenlandse investeringen hebben voorzien of een dergelijke stelsel tot stand zouden willen brengen.[4] In dat geval rijst immers de vraag hoe die stelsels zich tot elkaar verhouden.[5]

Het Grondwettelijk Hof merkte in arrest nr. 36/2019 van 28 februari 2019 het volgende op:

> "Zelfs in de aangelegenheden waarin de bijzondere wetgever een vorm van overleg of van samenwerking tussen de verschillende overheden niet voorschrijft, kan de inachtneming van de federale loyauteit vereisen dat er een overleg plaatsheeft wanneer de respectieve bevoegdheden van die overheden met elkaar verweven zijn en wanneer de door hen, elk in haar eigen bevoegdheden, genomen maatregelen een weerslag kunnen hebben op het door de anderen gevoerde beleid"[6]

Ook de Raad van State merkte in het verleden reeds op dat wanneer "de aangelegenheid die hij wenst te regelen dermate verweven is met de aangelegenheid die onder de bevoegdheid van een andere wetgever valt, [...] hij zijn bevoegdheid slechts [kan] uitoefenen na vooraf die andere wetgever te hebben geraadpleegd[7]"[8].

Hieromtrent om nadere toelichting verzocht deelde de gemachtigde het volgende mee:

> "De tekst die de regering u voorlegt is het resultaat van een politiek onderhandelingsproces met Gewesten en Gemeenschappen gezien een partner in de federale regering dit voorafgaandelijk met de Gewesten wenste door te spreken.
>
> Diverse gewesten stonden heel kritisch tegenover deze verordening en de implementatie ervan in België. Net als het bedrijfsleven, dat ook in een parallel proces geraadpleegd en betrokken werd, wensten ze het investeringsklimaat in België niet te hypothekeren. Vandaar dat ze absoluut in het besluitvormingsproces voor de

---

[4] Zie in het bijzonder de artikelen III.59 en III.60 van het reeds genoemde Bestuursdecreet van 7 december 2018.

[5] Het is overigens niet ondenkbeeldig dat onder de verschillende stelsels tot een andere conclusie wordt gekomen. Zo zou een directe buitenlandse investering in een van de Vlaamse havenbedrijven mogelijk niet als een bedreiging voor de nationale veiligheid en de openbare orde in de zin van het om advies voorgelegde voorontwerp van wet worden beschouwd, terwijl die wel problematisch wordt bevonden in het licht van "de strategische belangen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest".

[6] GwH 28 februari 2019, nr. 36/2019, B.13.

[7] *Voetnoot in de geciteerde tekst:* GwH 23 januari 2019, nr. 1/2019, B.16 http://www.const-court.be/public/n/2019/2019-001n.pdf en GwH 21 december 2017, nr. 145/2017, B.60.2.

[8] Adv.RvS 65.033/1 van 15 februari 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 22 maart 2019 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne, het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, het besluit van de Vlaamse Regering van 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen en het besluit van de Vlaamse Regering van 21 juni 2013 betreffende dierlijke bijproducten en afgeleide producten', opm. 16. Zie ook adv.RvS 62.492-62.496/VR/1 van 30 april 2018 over een aantal voorstellen van wet tot wijziging van de wet van 29 juni 1983 'betreffende de leerplicht', opm. 8.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

investeringen in hun gewest of gemeenschap wensten betrokken te worden en bvb. de termijnen zo kort mogelijk werden gehouden.

Het zal u bekend zijn dat in bvb. het Vlaamse regeerakkoord de ambitie ingeschreven staat om een dergelijke screening autonoom te regelen. Iedereen begreep evenwel dat ons land geen 3 of 4 dergelijke screeningsprocedures kan instellen en dat een sui generis oplossing diende gevonden te worden waarbij de Gewesten maximaal betrokken werden, echter zonder te tornen aan de residuaire bevoegdheden aangaande openbare orde en nationale veiligheid die aan de federale overheid toekomen. De gefedereerde autoriteiten wensten die betrokkenheid in het besluitvormingsproces zo ver mogelijk door te duwen en, teneinde vat te hebben op de regeling, te verankeren in een samenwerkingsakkoord. Het uitgewerkte samenwerkingsakkoord dat hier voorligt, dient dus gelezen te worden in die zin dat het verdere uitvoeringsmodaliteiten omvat waarbij rekening wordt gehouden met de fundamentele doelstelling van het screeningsmechanisme om de nationale veiligheid en de openbare orde te beschermen. De deelname van Gewesten en Gemeenschappen is met andere woorden facultatief en accessoir van aard ten opzichte van de volle bevoegdheid die in dit kader aan de federale overheid toekomt.

Daarnaast werden gedurende de discussies op vraag van de Gewesten de "greenfield"-investeringen uit de scope gehaald wat hun aanwezigheid in het besluitvormingsproces sterker zou kunnen gemotiveerd hebben. Dit type investering valt ook niet onder de scope van de verordening en dus stelde dat voor de federale overheid geen probleem. Teneinde bepaalde Gewestelijke bevoegdheden op economische ontwikkeling te erkennen, werd hen een verregaande adviesbevoegdheid toegekend maar bleef de eindbeslissing op elk niveau van het beslissingsproces bij de federale overheid. Dit alles had tot doel een sui generis kader uit te werken waarbij het fundamentele uitgangspunt van dit ontwerp (nl. het vrijwaren van de openbare orde en nationale veiligheid) centraal blijft staan."

Over de betrokkenheid van de deelstaten verklaarde de gemachtigde verder:

"Sinds de publicatie van de Verordening werden er verschillende informele en brede vergaderingen gehouden met vertegenwoordigers van de verschillende gewesten en gemeenschappen, zowel op politiek als administratief niveau. Vervolgens werd dit ontwerp verder aangepast en besproken met de verschillende federale regeringspartijen waarna het hele dossier werd verwezen naar een interfederale interkabinettenwerkgroep waarbij er een uitgebreide vertegenwoordiging was van de regeringen van alle Gemeenschappen en Gewesten. Na dit uitgebreide overleg heeft de federale Ministerraad het ontwerp bij besluit op 17 juli naar de Raad van State, afdeling Wetgeving verwezen voor advies".

3.3. Het ontwerp bevat diverse bepalingen waarin wordt voorzien in een betrokkenheid of een vertegenwoordiging van de gemeenschappen en de gewesten. Sommige van die bepalingen nopen tot het maken van de hierna volgende opmerkingen.

3.3.1. In het ontworpen artikel IV.3/1, § 5, tweede en derde lid, WER (artikel 9 van het voorontwerp), wordt de ISC ertoe verplicht om een advies te vragen "aan de betrokken en bevoegde gewesten en/of gemeenschappen" en wordt bepaald dat de diensten waaraan advies wordt gevraagd dienen te adviseren "binnen de gevraagde termijn door de ISC die minimum vijftien dagen telt". Overeenkomstig het ontworpen artikel IV.3/1, § 5, vijfde lid, WER, kan de Algemene Dienst Inlichting en Veiligheid voor het uitbrengen van zijn advies "beroep doen op de gewestelijke diensten die bevoegd zijn voor de controle op de uitvoer, de overbrenging, de

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweeërlei gebruik". In het ontworpen artikel IV.17/1, § 2, WER (artikel 28 van het voorontwerp), wordt bepaald dat de gewesten en de gemeenschappen in het kader van de informatieplicht die voortvloeit uit artikel 7 van de voornoemde verordening (EU) 2019/452, informatie dienen te leveren aan de ISC wat betreft buitenlandse directe investeringen met het oog op het rechtstreeks uitoefenen van een economische activiteit, die niet onder het toepassingsgebied van het ontworpen boek vallen.

Bij deze bepalingen moet worden opgemerkt dat de steller van het voorontwerp de autonomie van de verschillende beleidsniveaus in acht moet nemen. De federale wetgever kan niet eenzijdig - bij wege van een gewone wet - een gedwongen medewerking opleggen aan gewesten, gemeenschappen of daarvan afhangende besturen of diensten onder de vorm van een binnen een bepaalde termijn na te komen adviesverplichting. De medewerking van deze laatste kan dus indien nodig enkel facultatief zijn en moet alsdan op zo een wijze worden geregeld dat, indien de betrokken gewest- of gemeenschapsoverheden dat verzuimen, zulks niet verhindert dat de bevoegde federale overheid de voorgenomen maatregelen kan nemen.

Een gelijkaardige redenering geldt ten aanzien van de bepalingen van het voorontwerp waarin de totstandkoming van de voorgenomen regeling mede afhankelijk wordt gemaakt van de tussenkomst of instemming van vertegenwoordigers van andere overheden dan de federale overheid. Dit is het geval in het ontworpen artikel IV.2/1, § 2, WER (artikel 7 van het voorontwerp), dat bepaalt dat de Koning de lijst, bedoeld in paragraaf 1 van dat artikel, slechts kan aanpassen en nadere regels kan bepalen die per sector van toepassing zijn "na overleg en akkoord in het Overlegcomité". Dit is ook het geval in het ontworpen artikel IV.4/1, § 1, tweede lid, WER (artikel 11 van het voorontwerp), waarin wordt bepaald dat de Koning "op unaniem voorstel van de voltallige ISC, samengesteld uit een vertegenwoordiging van de federale overheidsdiensten en alle deelstaten, tijdelijk en omwille van uitzonderlijke omstandigheden" de aanmeldingsdrempel van 25% van de stemrechten kan verlagen tot 10%".

3.3.2. De regeling die in het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, WER (artikel 9 van het voorontwerp), is vervat inzake de samenstelling van de ISC, lijkt niet uit te sluiten dat de vertegenwoordigers van andere overheden dan de federale overheid in bepaalde gevallen over een meerderheid van de stemmen beschikken. Het beginsel van de autonomie van de verschillende overheden in het federale België brengt evenwel met zich mee dat het niet aanwijzen of niet voordragen van de betrokken leden door de bevoegde gewestoverheid geen invloed kan hebben op de regelmatigheid van de samenstelling, noch op de geldigheid van de door de ISC genomen beslissingen of uitgebrachte adviezen. Bovendien kan, voor zover de ISC beslissingsbevoegdheid bezit, aan de vertegenwoordigers van andere overheden geen beslissende stem worden toegekend. Hoewel de ISC in het kader van de investeringsscreening in beginsel een adviesbevoegdheid heeft, heeft een negatief advies reeds tot gevolg dat de Ministerraad dient tussen te komen en dat de minister bevoegd voor Economie niet alleen kan beslissen.[9] Bovendien heeft de ISC ook eigen bevoegdheden in het kader van de verordening (EU) 2019/452 en beslist de ISC tevens over het opleggen van de administratieve geldboetes waarin het ontworpen artikel IV.15/1 WER (artikel 25 van het voorontwerp) voorziet.

[9] Zie meer in het bijzonder het ontworpen artikel IV.11/1, § 2, WER (artikel 19 van het voorontwerp).

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

3.3.3. Uit wat *sub* 3.3.1 en 3.3.2 is opgemerkt, volgt dat de ontworpen regeling aan een bijkomend onderzoek zal moeten worden onderworpen en waar nodig zal moeten worden aangepast, wat de betrokken onderdelen betreft. Indien de steller van het voorontwerp desalniettemin van oordeel zou zijn dat de noodzakelijke aanpassingen niet verzoenbaar blijken te zijn met het gewenste opzet dat volgens hem ten grondslag ligt aan het stelsel van de screening van directe buitenlandse investeringen, moet overwogen worden om deze regeling mede vorm te geven door middel van een samenwerkingsakkoord. In dat geval dienen minstens de elementen die niet eenzijdig door de federale wetgever kunnen worden geregeld, het voorwerp uit te maken van het samenwerkingsakkoord[10] en zal er uiteraard moeten over worden gewaakt dat het geheel van de eenzijdig vastgestelde wettelijke regels naar behoren is afgestemd op het betrokken samenwerkingsakkoord.

Indien daarenboven in de toekomst mocht blijken dat het aannemen van maatregelen ter uitvoering van de ontworpen wet zou inhouden dat bevoegdheden eigen aan de federale overheid en aan de gewesten of de gemeenschappen gezamenlijk dienen te worden uitgeoefend, en dat niet meer uitsluitend de enkele federale bevoegdheid op het gebied van de openbare veiligheid zou worden uitgeoefend, zal daaromtrent evenzeer een samenwerkingsakkoord moeten worden gesloten.

Wanneer het, tot slot, de bedoeling van de federale wetgever zou zijn om aan de gewesten en de gemeenschappen meer dan een loutere facultatieve vertegenwoordiging te verlenen in de ISC, dient in beginsel toepassing te worden gemaakt van artikel 92*ter* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Dit impliceert dat de aanwijzing van de betrokken vertegenwoordigers het voorwerp dient uit te maken van een koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, genomen na akkoord van de bevoegde regeringen. Eventueel zou daartoe ook met de gewesten een samenwerkingsakkoord kunnen worden gesloten.

3.3.4. De vraag rijst of de federale wetgever, naast de gemeenschappen en de gewesten, niet tevens rekening dient te houden met de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie, die op het grondgebied van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad over wetgevende bevoegdheden beschikken.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent dat met deze overheden "geen rekening [is] gehouden [...] aangezien het slechts om een miniem aantal zaken zou gaan".

Gelet op het voorwerp van de ontworpen regeling is het relevante criterium evenwel niet het mogelijke aantal dossiers, maar wel of deze overheden bevoegdheden uitoefenen

[10] Het dient dan wel te gaan om een samenwerkingsakkoord dat niet louter "facultatief en accessoir" van aard is, zoals de tekst van het aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, meegedeelde "samenwerkingsakkoord" blijkbaar is geconcipieerd. Ondanks het gegeven dat in het beschikkend gedeelte van het voorontwerp bij herhaling wordt gerefereerd aan een samenwerkingsakkoord (zie het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, zesde lid, WER, onder artikel 9 van het voorontwerp, het ontworpen artikel IV.11/1, § 5, WER, onder artikel 19 van het voorontwerp, en het ontworpen artikel IV.17/1, § 1, tweede lid, WER, onder artikel 28 van het voorontwerp), doet de adviesaanvraag er immers van blijken dat het slechts om "een mogelijk ontwerp van samenwerkingsakkoord" gaat dat bovendien enkel is voorzien van de handtekening van de adviesaanvrager. Aangezien het duidelijk niet gaat om een samenwerkingsakkoord waarover reeds overeenstemming bestaat, heeft de afdeling Wetgeving de tekst ervan niet in haar onderzoek betrokken.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

die de wetgever relevant acht voor de bescherming van de veiligheid en de openbare orde. Het is op basis van die beoordeling dat, met respect voor het gelijkheidsbeginsel, moet worden bepaald of de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie op een zelfde manier moeten worden behandeld als de gemeenschappen en de gewesten. In voorkomend geval kan de memorie van toelichting worden vervolledigd met een verantwoording van een eventuele ongelijke behandeling op dat vlak.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

4. In het ontworpen artikel I.6/1, tweede lid, WER, wordt bepaald aan de hand van welke te voorkomen risico's de nationale veiligheid en openbare orde worden getoetst. Veeleer dan in een hoofdstuk met definities die eigen zijn aan het in te voegen boek IV/1 WER, hoort dergelijke bepaling thuis in het ontworpen boek IV/1 zelf.

Artikel 4

5. Artikel 4 van het voorontwerp strekt ertoe een boek IV/1, "Mechanisme voor de screening van buitenlandse directe investeringen", in het WER in te voegen. De artikelen 6 tot 28 van het voorontwerp beogen vervolgens de artikelen IV.1/1 tot IV.17/1 in het aldus in het WER in te voegen boek in te schrijven. Ter wille van een meer consequente nummering van de ontworpen bepalingen van het WER, die immers alle deel uitmaken van boek IV/1 van dat wetboek, wordt de nummering die nu in het voorontwerp wordt gehanteerd (IV.1/1, IV.2/1, IV.3/1, …) het best aangepast (IV/1.1, IV/1.2, IV/1.3, …). In dat geval zullen uiteraard ook de interne verwijzingen die in het voorontwerp voorkomen moeten worden aangepast.

Artikel 6

6. Aan het einde van het ontworpen artikel IV.1/1, 1°, WER, wordt, wat de "buitenlandse investeerder" betreft, melding gemaakt van "een entiteit die in België haar hoofdactiviteit uitoefent of waarvan de maatschappelijke zetel in België gevestigd is". In het ontworpen artikel I.6/1, eerste lid, 5°, WER (artikel 3 van het voorontwerp), wordt in de definitie van het begrip "buitenlandse investeerder" gerefereerd aan "een entiteit die in België gevestigd is of waarvan de hoofdzetel in België gevestigd is". Vraag is of de redactie van het ontworpen artikel IV.1/1, 1°, WER, niet het best wordt aangepast, rekening houdend met de definitie die van het begrip "buitenlandse investeerder" wordt gegeven in het ontworpen artikel I.6/1, eerste lid, 5°, WER.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Artikel 7

7. In de inleidende zin van het ontworpen artikel IV.2/1, § 1, 2°, WER, stemmen de Nederlandse ("technologieën […] en grondstoffen die van essentieel belang zijn voor:") en de Franse tekst ("les technologies […] et les intrants essentiels pour:") niet geheel overeen.[11] Dit dient te worden verholpen.

Artikel 9

8. In het ontworpen artikel IV.3/1 WER wordt niet enkel voorzien in de oprichting en een omschrijving van de bevoegdheden van de ISC, maar wordt ook de samenstelling ervan geregeld op het vlak van de vertegenwoordiging van verschillende federale overheidsdiensten en ministeries. Er wordt tevens bepaald dat de ISC wordt voorgezeten door "een specifiek met deze opdracht belaste leidend ambtenaar van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie" (ontworpen artikel IV.3/1, § 3, eerste lid, WER).

Luidens artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning. Daaruit volgt dat de regeling van de organisatie en de werking van de bestuursdiensten zaak is van de Koning. Van dit beginsel kan de wetgever slechts afwijken wanneer daartoe een dwingende reden bestaat, wanneer een hogere rechtsnorm daartoe zou verplichten of wanneer dit ingrijpen zijn reden vindt in het vrijwaren van de rechten van de burger.

Het zou bijgevolg meer in overeenstemming met deze beginselen zijn dat de Koning de samenstelling van de ISC regelt, minstens wat de vertegenwoordigers van de federale overheidsdiensten betreft. In voorkomend geval kan de wetgever daarbij in algemene termen voorschrijven dat moet worden voorzien in een vertegenwoordiging van de voor de ontworpen regeling relevante overheidsdiensten.

9. In het ontworpen artikel IV.3/1, § 2, 3°, WER, wordt bepaald dat de ISC bevoegd is voor "het opleggen van boetes voor de niet-naleving van bepalingen in dit boek zoals bedoeld in artikel IV.15/1". In het ontworpen artikel IV.4/1, § 3, WER (artikel 11 van het voorontwerp), wordt evenwel bepaald dat bij "het niet-naleven van de meldingsplicht [...] de minister bevoegd voor Economie, naast het opleggen van een geldboete zoals bedoeld in artikel IV.15/1, [kan] beslissen om na de formele afsluiting van de investeringstransactie alsnog ambtshalve een screeningsprocedure op te starten". In de daaropvolgende paragraaf 4 wordt tevens verwezen naar de geldboete die kan worden opgelegd, zonder dat wordt bepaald door wie dat kan gebeuren.

Blijkbaar is de ISC niet de enige instantie die boetes kan opleggen in de zin van het ontworpen artikel IV.15/1 WER. In ieder geval zou er geen twijfel over mogen bestaan welke geldboetes kunnen worden opgelegd door welke persoon of instantie. De tekst van het voorontwerp zou op dat punt moeten worden geëxpliciteerd.

[11] In het ontworpen artikel IV.2/1, § 1, 3°, WER, wordt het onderscheid gemaakt tussen de begrippen "kritieke inputs" ("intrants essentiels") en "grondstoffen" ("matières premières").

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

10. In het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, tweede tot vierde lid, WER, wordt de wijze waarop vertegenwoordigers van de gemeenschappen en de gewesten deelnemen aan de activiteiten van de ISC op uiteenlopende wijze tot uitdrukking gebracht. Terwijl in het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, tweede lid, WER, melding wordt gemaakt van een "deelname aan de besprekingen en het besluitvormingsproces van de ISC", komen in het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, derde en vierde lid, WER, respectievelijk de woorden "deel uitmaken" en "deelnemen aan de beraadslagingen van de ISC" voor. Naar het zeggen van de gemachtigde zou evenwel telkens een identieke wijze van deelname aan de activiteiten van de ISC worden beoogd. Om die reden dient voor een meer uniforme omschrijving van die deelname te worden geopteerd in de voornoemde leden van het ontworpen artikel IV.3/1, § 3, WER.

11. In de Franse tekst van het ontworpen artikel IV.3/1, § 5, eerste lid, WER, zijn de woorden "onder meer", die in de Nederlandse tekst van die bepaling voorkomen, niet weergegeven. Beide teksten zouden meer eenvormig moeten worden gemaakt op dat punt.

12. De Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.3/1, § 6, eerste lid, WER, dient aan te vangen als volgt: "De ISC kan natuurlijke personen op grond van …".

13. In het ontworpen artikel IV.3/1, § 7, tweede lid, WER, wordt bepaald dat de in paragraaf 9 van dat artikel bedoelde ambtenaren en leden van de ISC "informatie ten kantore van de doelonderneming waarin wordt geïnvesteerd [kunnen] opvragen".

De gemachtigde verduidelijkte dat deze bepaling geen verplichting inhoudt in hoofde van de doelonderneming om bepaalde gegevens over te maken, noch voor de betrokken ambtenaren en leden van de ISC het recht inhoudt om de kantoren van de doelondernemingen te betreden. Hij deelde voorts mee:

> "Er wordt hier een loutere mogelijkheid geboden aan de ambtenaar in kwestie. In verdere stadia binnen het screeningsmechanisme worden andere mogelijkheden geboden om de samenwerking tussen de onderneming en de ISC te regelen".

Het verdient aanbeveling om de veeleer beperkte draagwijdte van de ontworpen bepaling duidelijker tot uitdrukking te brengen in de tekst van het voorontwerp, dan wel om die draagwijdte nader te duiden in de memorie van toelichting.

14. In het ontworpen artikel IV.3/1, § 8, eerste lid, WER, dient nog melding te worden gemaakt van het vereiste niveau van veiligheidsmachtiging van de in dat lid bedoelde personen. De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

> "Het klopt dat dit nog verduidelijkt moet worden. Aangezien er nog geen volledige zekerheid was welk niveau er op Europees niveau verwacht werd, werd dit voorlopig open gelaten. Normaliter zal dit het niveau 'Geheim' worden binnen het Belgische wettelijke kader voor veiligheidsmachtigingen".

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Artikel 11

15. In het ontworpen artikel IV.4/1, § 1, eerste lid, WER, wordt melding gemaakt van het verwerven van zeggenschap "op passieve wijze". De gemachtigde lichtte dat begrip toe als volgt:

> "Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een buitenlandse investeerder bij een overname ook (op indirecte of passiever wijze) zeggenschap verwerft over een niet-rechtstreeks betrokken entiteit via een deelname van de overgenomen onderneming."

Met het oog op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de precieze draagwijdte van de beoogde zeggenschap duidelijker tot uitdrukking te brengen in de tekst van de ontworpen bepaling of minstens in de memorie van toelichting.

16. In het ontworpen artikel IV.4/1, § 2, WER, wordt bepaald dat gevolmachtigden voor de buitenlandse investeerder kunnen optreden mits een schriftelijke machtiging, in welk geval zij "handelen [...] als de investeerder zelf en [...] zij ertoe gehouden [zijn] alle medewerking en informatie aan de ISC te verlenen".

Er kunnen vragen rijzen met betrekking tot de exacte draagwijdte en de gevolgen van deze bepaling. Indien immers de gevolmachtigde effectief volledig wordt gelijkgesteld met de investeerder zou dat bijvoorbeeld kunnen leiden tot de interpretatie waarbij aan de gevolmachtigde met toepassing van het ontworpen artikel IV.15/1, § 1, 2°, WER (artikel 25 van het voorontwerp), een geldboete zou kunnen worden opgelegd ten belope van maximum 10% van het investeringsbedrag indien de buitenlandse investeerder "de inlichtingen niet verstrekt binnen de termijn gesteld in de beslissing tot het eisen van inlichtingen", terwijl de gevolmachtigde de vereiste inlichtingen mogelijk zelf niet heeft ontvangen van de investeerder.

De gemachtigde verklaarde weliswaar dat het "niet de bedoeling [is] dat de geldboetes een verantwoordelijkheid zouden zijn van de vertegenwoordiger of lastgever", maar het lijkt niettemin zinvol om hieromtrent geen rechtsonzekerheid te laten bestaan in de tekst van de ontworpen regeling en om deze op dat punt te verduidelijken.

Artikel 12

17. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.5/1, § 2, eerste lid, WER, wordt de ISC ertoe verplicht om er de aanmeldende partijen onverwijld van in kennis te stellen "dat zij over het volledig dossier beschikt, alsook de datum waarop". Teneinde onzekerheid omtrent de betrokken datum te vermijden, zou de Nederlandse tekst op dit punt beter worden afgestemd op de Franse tekst waarin wordt bepaald dat de aanmeldende partijen onverwijld in kennis moeten worden gesteld "du fait qu'elle dispose du dossier complet, ainsi que de la date de réception".

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

18. In het ontworpen artikel IV.5/1, § 4, WER, duiden de woorden "[d]e Koning bepaalt" op een verplichting van de Koning om op te treden ter uitvoering van de ontworpen bepaling. Volgens de gemachtigde zou het *in casu* evenwel de bedoeling zijn om aan de Koning de bevoegdheid te laten om erover te oordelen of hij ter zake zal optreden of niet. Wanneer evenwel een machtiging aan de Koning facultatief is en niet noodzakelijk ten uitvoer moet worden gebracht opdat de ontworpen regeling toepassing kan vinden, wordt dit bij voorkeur uitdrukkelijk in de normatieve tekst tot uiting gebracht door te schrijven "De Koning kan ..." en niet "De Koning bepaalt ...". Het verdient aanbeveling om de redactie van het ontworpen artikel IV.5/1, § 4, WER, in die zin aan te passen.

Artikel 13

19. In het ontworpen artikel IV.6/1, § 8, WER, wordt melding gemaakt van "de betrokken Belgische onderneming waarin de buitenlandse investering zich zou voltrekken". Vraag is of met dergelijke formulering voldoende rekening wordt gehouden met het gegeven dat de ontworpen regeling ook zal kunnen gelden ten aanzien van Belgische hoofdactiviteiten van buitenlandse ondernemingen. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, wordt de redactie van de aangehaalde zinsnede vanuit dat oogpunt het best aangepast. In dat geval zal moeten worden nagegaan of ook de redactie van andere bepalingen waarin eveneens aan "de betrokken Belgische ondernemingen" wordt gerefereerd [12], dient te worden aangepast.

Artikel 14

20. In zover zulks overeenstemt met de bedoeling van de steller van het voorontwerp wordt in het ontworpen artikel IV.7/1, § 3, WER, de zinsnede ", stellen zij deze onverwijld ter beschikking van de ISC wanneer deze verzocht wordt" het best vervangen door de zinsnede ", stellen zij deze onverwijld ter beschikking van de ISC indien deze daarom verzoekt".

Artikel 18

21. In het ontworpen artikel IV.10/1, § 1, tweede lid, WER, wordt met de woorden "[d]it advies" allicht gedoeld op zowel het "positief advies", bedoeld in het ontworpen artikel IV.10/1, § 1, eerste lid, 1°, WER, als het "negatief advies", bedoeld in het ontworpen artikel IV.10/1, § 1, eerste lid, 3°, WER. Niettemin worden de woorden "[d]it advies", in het ontworpen artikel IV.10/1, § 1, tweede lid, WER, het best vervangen door een meer precieze en duidelijke omschrijving. Daarenboven wordt aan het einde van hetzelfde lid verwezen naar "de adviezen zoals bedoeld in artikel IV.3/1, § 4", terwijl in de laatstgenoemde bepaling niet als zodanig melding wordt gemaakt van "adviezen". Ook deze laatste verwijzing wordt derhalve het best aangepast.

[12] Zoals in het ontworpen artikel IV.7/1, § 4, eerste en vierde lid, en § 7, WER (artikel 14 van het voorontwerp), het geval is. In het ontworpen artikel IV.14/1, § 4, WER (artikel 23 van het voorontwerp), wordt melding gemaakt van "de buitenlandse investeerder en de betrokken Belgische onderneming of entiteit waarin de buitenlandse directe investering wordt gepland of is voltooid".

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

22. In het ontworpen artikel IV.10/1, § 3, derde lid, WER, wordt het aan de Ministerraad overgelaten om een beslissing te nemen zoals bedoeld in de ontworpen artikelen IV.11/1 en IV.12/1, WER,[13] met betrekking tot de toelaatbaarheid van de investering.

De Grondwet legt weliswaar het bestaan van de Ministerraad vast doch, behoudens uitzonderingen, niet de bevoegdheden ervan. Krachtens artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht bij de Koning en niet bij de Ministerraad. De wetgever kan de Ministerraad geen eigen bevoegdheden verlenen: hij moet die verlenen aan de Koning, overeenkomstig artikel 105 van de Grondwet.

Wel kan de wetgever het vormvereiste voorschrijven dat een bepaalde beslissing slechts tot stand kan komen na, bijvoorbeeld, overleg in de Ministerraad.

Deze opmerking geldt eveneens ten aanzien van het ontworpen artikel IV.11/1, §§ 2, tweede lid, en 3, WER (artikel 19 van het voorontwerp).

Artikel 19

23. Terwijl in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.11/1, § 1, tweede lid, WER, melding wordt gemaakt van de "overeengekomen" ("convenues") bijsturende maatregelen en voorwaarden, heeft de Franse tekst van die bepaling het over maatregelen van die aard die zijn "opgelegd" ("imposées"). Rekening houdend met hetgeen in andere bepalingen van het voorontwerp wordt vermeld op het vlak van de wijze van totstandkoming van de betrokken maatregelen en voorwaarden, lijkt het veeleer aanbeveling te verdienen dat de Franse tekst van het ontworpen artikel IV.11/1, § 1, tweede lid, WER, op dat punt wordt afgestemd op de Nederlandse tekst.

24. Aan het einde van de Franse tekst van het ontworpen artikel IV.11/1, § 2, eerste lid, WER, schrijve men ", si cet investissement est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité" in plaats van ", si ce contrôle est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité".

25. In het ontworpen artikel IV.11/1, § 2, tweede lid, WER, wordt bepaald dat de Ministerraad de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij (FPIM) kan verzoeken een vervangende investering uit te voeren om de sociale en economische gevolgen op te vangen.

De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

> "Aangezien het hier gaat om een louter verzoek vanuit de Ministerraad om een mogelijke vervangende investering te doen, lijkt hier geen afstemming vereist. Er zou eventueel wel kunnen verwezen worden naar de wettelijke basis (wet 2 april 1962)".

[13] Zie resp. de artikelen 19 en 20 van het voorontwerp.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Afgezien van de opmerking die *sub* 22 wordt gemaakt met betrekking tot delegaties van bevoegdheid aan de Ministerraad, kan uit de door de gemachtigde verstrekte verduidelijking worden afgeleid dat het betrokken verzoek een veeleer vrijblijvend karakter heeft met betrekking tot hetwelk aldus de vraag kan rijzen of het wel nodig of nuttig is om daarin in de ontworpen regeling te voorzien. Indien de betrokken bepaling toch in het voorontwerp wordt behouden zou het, ter wille van de duidelijkheid, aanbeveling verdienen dat de erin aan de FPIM opgedragen taak wordt gesitueerd binnen het wettelijk kader waarin de wet van 2 april 1962 'betreffende de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen' voorziet op het vlak van de opdrachten van de FPIM en waarin onder meer wordt bepaald dat de FPIM en haar gespecialiseerde dochtervennootschappen verplicht zijn om "alle opdrachten te vervullen die hun bij bijzondere wetten of bij in Ministerraad overlegde koninklijke besluiten worden toevertrouwd".[14]

26. In het ontworpen artikel IV.11/1, § 5, WER, wordt melding gemaakt van "investeringen in rechtspersonen waarvoor gemeenschappen en gewesten bevoegd zijn en/of die onder de controle van de gewesten en gemeenschappen staan". Het is niet duidelijk welke rechtspersonen hier precies mee bedoeld worden. In een enge interpretatie betreft het enkel rechtspersonen waarbij er een nauwe organieke band bestaat met de gemeenschappen of de gewesten.[15] De bepaling kan echter ook zo gelezen worden dat het alle rechtspersonen betreft die de gemeenschappen en de gewesten op grond van hun materiële bevoegdheden kunnen reguleren.[16] Ter wille van de rechtszekerheid zou het aanbeveling verdienen dat, minstens in de memorie van toelichting, zou worden aangegeven welke investeringen precies worden bedoeld in de betrokken bepaling.

Artikel 23

27. Waar in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.14/1, § 5, WER, telkens van de "verzoeker" melding wordt gemaakt, worden in de Franse tekst van die bepaling blijkbaar de termen "demandeur" en "requérant" door elkaar gebruikt. Ter wille van de redactionele eenvormigheid zou ook in de Franse tekst moeten worden geopteerd voor één enkele term, namelijk die van "requérant".

28. In het ontworpen artikel IV.14/1, § 7, tweede lid, WER, wordt bepaald dat "[o]ngeacht de bepalingen in de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, [...] de partijen geen toegang [krijgen] tot de geclassificeerde informatie in het dossier".

[14] Zie artikel 2, § 3, tweede lid, van de wet van 2 april 1962.

[15] Bijvoorbeeld rechtspersonen opgericht op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'.

[16] Bijvoorbeeld private energie-ondernemingen of bedrijven actief in de mediasector.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Aan de gemachtigde werd, onder meer in het licht van het beginsel van de wapengelijkheid, bijkomende toelichting gevraagd met betrekking tot de aangehaalde bepaling. De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

> "De complexe samenhang tussen geclassificeerde informatie en de rechten van verdediging – en breder het gebruik in de rechtsgang – is al langer een probleem waar vooralsnog weinig zeer concrete en afdoende oplossingen voor zijn. In casu moet ook rekening worden gehouden met de fundamentele doelstelling van het screeningsmechanisme om de nationale veiligheid en de openbare orde te beschermen en lijkt het ook daarom niet disproportioneel of onredelijk nadelig voor de verdediging dat zij niet beschikt over de geclassificeerde informatie uit het dossier".

Ook al zou de zienswijze kunnen worden bijgetreden dat een volledige inzage in alle dossierstukken problematisch kan zijn in het licht van de doelstelling van de ontworpen regeling, met name de bescherming van de veiligheid en de openbare orde, rijst de vraag of er geen beter evenwicht kan worden gevonden tussen de verschillende belangen die ter zake spelen. Zo zou de wetgever het aan de rechter kunnen overlaten om, eventueel rekening houdend met door de wetgever vastgelegde criteria, te beslissen om bepaalde elementen uit het dossier alsnog ter kennis te brengen van de partijen, teneinde op die manier de wapengelijkheid te waarborgen.

Dergelijke werkwijze zou in lijn komen te liggen van de regeling inzake overheidsopdrachten, waarbij het weliswaar het zakengeheim en niet de veiligheid en de openbare orde is waarvan de bescherming wordt beoogd. Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde daaromtrent als volgt[17]:

> "Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 [...] juncto artikel 15, lid 2, van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 [...], moet aldus worden uitgelegd dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in de zin van voornoemd artikel 1, lid 1, de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moet waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het staat aan deze instantie om te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en, in het geval van een beroep bij een rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van artikel 234 EG, met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt".

Overigens heeft ook de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, reeds geoordeeld dat "[t]en aanzien van het recht op toegang tot de rechter [...] enkel die maatregelen die de rechten van verdediging beperken legitiem [zijn] die absoluut noodzakelijk zijn".[18]

[17] HvJ 14 februari 2008, C-450/06, *Varec SA / Belgische Staat.*

[18] RvS 19 oktober 2017, nr. 239.465, *X*, 8.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

De steller van het voorontwerp zal erover oordelen of, in het licht van wat voorafgaat, effectief moet worden vastgehouden aan de absolute uitsluiting in hoofde van de partijen van toegang tot de geclassificeerde informatie in het dossier waarin het ontworpen artikel IV.14/1, § 7, tweede lid, WER, voorziet.

Artikel 25

29. In het ontworpen artikel IV.15/1, §§ 1 en 2, WER, wordt in de mogelijkheid voorzien om in bepaalde gevallen een administratieve geldboete op te leggen. In de gevallen bedoeld in paragraaf 1 kan dat indien de investeerder verplichtingen miskent "uit onachtzaamheid"; in de gevallen bedoeld in paragraaf 2 kan een administratieve geldboete daarentegen worden opgelegd bij zowel een opzettelijke overtreding als bij een onachtzaamheid.

De vraag rijst of dergelijk onderscheid niet tot ongewenste lacunes leidt. Zo zal de buitenlandse investeerder die "de inlichtingen niet verstrekt binnen de termijn gesteld in de beslissing tot het eisen van inlichtingen" (ontworpen artikel IV.15/1, § 1, 2°, WER) enkel gesanctioneerd kunnen worden indien hij die inlichtingen niet verstrekt "uit onachtzaamheid". Een bewuste weigering om de inlichtingen te verstrekken, zal bijgevolg niet kunnen worden gesanctioneerd. De sanctie in geval van het verstrekken van "onjuiste, verdraaide of misleidende gegevens", die wordt beoogd in het ontworpen artikel IV.15/1, § 2, 1°, WER, betreft immers een andere hypothese.

Het lijkt raadzaam om, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel, de voornoemde bepalingen nog aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

30. Naar analogie van de Franse tekst van de inleidende zin van het ontworpen artikel IV.15/1, § 1, WER, vervange men in de Nederlandse tekst van die inleidende zin de woorden "een geldboete" door de woorden "een administratieve geldboete".

31. In de Franse tekst van het ontworpen artikel IV.15/1, § 3, WER, moet op een correcte wijze worden verwezen naar de beoogde categorie bepalingen van boek XV, "Application de la loi", van het WER. Nu wordt immers melding gemaakt van "des dispositions générales d'ex du Livre XV du Code de droit économique".

Artikel 28

32. In het ontworpen artikel IV.17/1, § 1, eerste lid, WER, wordt de ISC aangeduid als nationaal contactpunt voor de toepassing van artikel 11 van de reeds genoemde verordening (EU) 2019/452 van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2019.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

De ISC wordt opgericht binnen de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie (ontworpen artikel IV.3/1, § 1, WER). Het is derhalve meer in overeenstemming met artikel 37 van de Grondwet om de Koning te belasten met het aanwijzen van de dienst of het orgaan die als nationaal contactpunt optreden.[19] Het komt de wetgever immers niet toe zich te mengen in de organisatie van de uitvoerende macht, wat krachtens het genoemde grondwetsartikel een zelfstandige bevoegdheid van de Koning is.

*

[19] Zie in die zin o.m. artikel 163, § 2, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en artikel 15 van het ontwerp van wet 'betreffende een evenredigheidsbeoordeling voorafgaand aan de invoering of de wijziging van een beroepsreglementering', *Parl.St.* Kamer 2019-2020, nr. 55-1340/1, 49.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique [1] et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'instaurer un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers. À cet effet, un nouveau livre IV/1 est inséré dans le Code de droit économique (CDE). L'avant-projet pourvoit également à l'exécution du règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 'établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union'.

Le régime en projet s'applique aux investissements « réalisés par tout investisseur étranger qui souhaite acquérir le contrôle ou la propriété ou la gestion de parties d'une entité qui exerce son activité principale en Belgique ou dont le siège social est établi en Belgique, ou par tout investisseur étranger qui conclut une entreprise commune avec une telle entité » ainsi qu'à ceux « réalisés par une entité dont le siège statutaire ou l'activité principale se situe dans l'Union européenne, mais qui est contrôlée, directement ou indirectement, par une entité qui a son siège principal ou qui exerce son activité principale en dehors de l'Union européenne ». Il ne s'applique pas aux investissements destinés à l'exercice d'une activité économique directe (article 6 de l'avant-projet). Le champ d'application de la réglementation en projet est par ailleurs limité en se basant sur les conséquences éventuelles de l'investissement concerné (article 7 de l'avant-projet).

Le filtrage visé a pour but de sauvegarder l'ordre public et la sécurité qui sont évalués au moyen des risques à prévenir, énumérés à l'article I.6/1, alinéa 2, CDE, en projet (article 3 de l'avant-projet).

L'avant-projet crée une Commission de filtrage des investissements (CFI). Dans certains cas, les communautés et les régions ont également un représentant dans cette commission (article 9 de l'avant-projet).

Les investissements qui relèvent du champ d'application du livre en projet doivent en principe être préalablement notifiés à la CFI qui, après avoir effectué un premier examen de vérification, peut décider de procéder à un examen de filtrage. Après avoir convenu, le cas échant, d'ajustements avec l'investisseur, la CFI donne un avis au ministre qui a l'Économie dans ses attributions. La décision concernant l'investissement est prise par ce ministre ou, si les représentants des communautés ou des régions font acter une opinion contraire dans l'avis de la CFI, par le Conseil des Ministres (articles 12 à 21 de l'avant projet).

[1] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

En l'absence de notification, un examen de filtrage peut également être lancé d'office et une décision concernant l'investissement peut être prise avec effet rétroactif (article 11 de l'avant-projet).

La décision du ministre ou du Conseil des ministres peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour des marchés. L'avant-projet prévoit des amendes administratives qui, en fonction de l'infraction, s'élèvent à maximum 10% et 30% de l'investissement. La Cour des marchés statue en pleine juridiction sur les recours formés contre ces amendes (articles 23 à 25 de l'avant-projet).

Le Roi est chargé de fixer l'entrée en vigueur de la loi en projet (article 29 de l'avant-projet).

COMPÉTENCE

3.1. L'exposé des motifs de l'avant-projet mentionne que le régime en projet peut s'inscrire dans « la compétence résiduelle de l'autorité fédérale en matière de sécurité et d'ordre public », dont relève « [la protection des] infrastructures critiques ». On peut se rallier à ce point de vue [2]. Toutefois, le régime générique en matière de sécurité et d'ordre public, contenu dans la loi en projet, ne saurait remettre en cause la constatation que les communautés et les régions, dans les limites de leurs compétences matérielles, peuvent également elles-mêmes protéger certaines catégories d'intérêts de sécurité qui coïncident avec des éléments sur lesquels se fonde l'appréciation de la sécurité nationale et de l'ordre public dans l'avant-projet de loi soumis pour avis [3]. À cet égard, l'exposé des motifs relève également que le régime en projet respecte le principe de proportionnalité et n'a pas d'impact disproportionné sur les pouvoirs des autres autorités dès lors qu'« il peut (…) uniquement être agi à l'encontre de l'investissement direct étranger ayant un impact sur la sécurité ou l'ordre public ». Dans le cadre de la proportionnalité, il est également relevé qu'un accord de coopération est prévu et que les régions et les communautés sont représentées au sein de la Commission de filtrage des investissements.

3.2. Le régime en projet peut de prime abord être réputé compatible avec le principe de proportionnalité. Toutefois, cette constatation ne s'oppose pas à ce qu'il puisse avoir un impact important sur les compétences des communautés et des régions. Cette observation vaut en particulier si ces dernières ont déjà prévu un système comparable en matière de contrôle

[2] Comparer avec l'avis C.E. 48.989/VR du 9 décembre 2010 sur un avant-projet devenu la loi du 1er juillet 2011 'relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques' (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-11, n° 53-1357/001, pp. 53-54).

[3] Ainsi, l'intérêt de la continuité des processus vitaux, la prévention du passage de certaines connaissances stratégiques ou sensibles entre des mains étrangères ainsi que l'assurance d'une indépendance stratégique peuvent être retenus comme motifs pertinents qui s'inscrivent dans les compétences matérielles régionales ou communautaires (voir également l'avis C.E. 63.130/3 du 16 mai 2018 sur un avant-projet devenu le « Bestuursdecreet » (décret de gouvernance) du 7 décembre 2018 (*Doc. parl*, Parl. fl., 2017-18, n° 1656/1, pp. 833-835).

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

d'investissements étrangers ou voudraient mettre un tel système en place [4]. Dans ce cas, la question se pose en effet de savoir comment ces systèmes s'articulent entre eux [5].

Dans l'arrêt n° 36/2019 du 28 février 2019, la Cour constitutionnelle a observé ce qui suit :

> « Même dans les matières dans lesquelles le législateur spécial n'a pas imposé la mise en œuvre d'une forme de concertation ou de coopération entre les différentes autorités, le respect de la loyauté fédérale peut exiger qu'une concertation ait lieu lorsque les compétences respectives de ces autorités sont imbriquées l'une dans l'autre et que les mesures adoptées par elles, chacune dans ses propres compétences, peuvent avoir un effet sur les politiques menées par les autres » [6].

Le Conseil d'État a également déjà observé dans le passé que lorsque « la matière qu'il entend régler est à ce point imbriquée dans la matière qui relève de la compétence d'un autre législateur, il ne peut exercer sa compétence qu'après avoir préalablement consulté cet autre législateur [7] » [8].

Invité à fournir des précisions sur ce point, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « De tekst die de regering u voorlegt is het resultaat van een politiek onderhandelingsproces met Gewesten en Gemeenschappen gezien een partner in de federale regering dit voorafgaandelijk met de Gewesten wenste door te spreken.
>
> Diverse gewesten stonden heel kritisch tegenover deze verordening en de implementatie ervan in België. Net als het bedrijfsleven, dat ook in een parallel proces geraadpleegd en betrokken werd, wensten ze het investeringsklimaat in België niet te hypothekeren. Vandaar dat ze absoluut in het besluitvormingsproces voor de investeringen in hun gewest of gemeenschap wensten betrokken te worden en bvb. de termijnen zo kort mogelijk werden gehouden.
>
> Het zal u bekend zijn dat in bvb. het Vlaamse regeerakkoord de ambitie ingeschreven staat om een dergelijke screening autonoom te regelen. Iedereen begreep evenwel dat ons land geen 3 of 4 dergelijke screeningsprocedures kan instellen en dat een sui generis oplossing diende gevonden te worden waarbij de Gewesten maximaal

---

[4] Voir notamment les articles III.59 et III.60 du « Bestuursdecreet » (décret de gouvenance) du 7 décembre 2018 précité.

[5] Il n'est d'ailleurs pas inimaginable que les différents systèmes aboutissent à une autre conclusion. Ainsi, un investissement direct étranger dans une des entreprises portuaires flamandes pourrait éventuellement ne pas être considéré comme une menace pour la sécurité nationale et l'ordre public au sens de l'avant-projet de loi soumis pour avis, alors que cet investissement est effectivement jugé problématique au regard des « intérêts stratégiques de la Communauté flamande ou de la Région flamande ».

[6] C.C., 28 février 2019, n° 36/2019, B.13.

[7] *Note dans le texte cité :* C.C., 23 janvier 2019, n° 1/2019, B.16 et C.C., 21 décembre 2017, n° 145/2017, B.60.2.

[8] Avis C.E. 65.033/1 du 15 février 2019 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement flamand du 22 mars 2019 'tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne, het besluit van de Vlaamse Regering van 12 december 2008 tot uitvoering van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid, het besluit van de Vlaamse Regering van 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen en het besluit van de Vlaamse Regering van 21 juni 2013 betreffende dierlijke bijproducten en afgeleide producten', observation 16. Voir également l'avis C.E. 62.492-62.496/VR/1 du 30 avril 2018 sur un certain nombre de propositions de loi modifiant la loi du 29 juin 1983 'concernant l'obligation scolaire', observation 8.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

betrokken werden, echter zonder te tornen aan de residuaire bevoegdheden aangaande openbare orde en nationale veiligheid die aan de federale overheid toekomen. De gefedereerde autoriteiten wensten die betrokkenheid in het besluitvormingsproces zo ver mogelijk door te duwen en, teneinde vat te hebben op de regeling, te verankeren in een samenwerkingsakkoord. Het uitgewerkte samenwerkingsakkoord dat hier voorligt, dient dus gelezen te worden in die zin dat het verdere uitvoeringsmodaliteiten omvat waarbij rekening wordt gehouden met de fundamentele doelstelling van het screeningsmechanisme om de nationale veiligheid en de openbare orde te beschermen. De deelname van Gewesten en Gemeenschappen is met andere woorden facultatief en accessoir van aard ten opzichte van de volle bevoegdheid die in dit kader aan de federale overheid toekomt.

Daarnaast werden gedurende de discussies op vraag van de Gewesten de 'greenfield'-investeringen uit de scope gehaald wat hun aanwezigheid in het besluitvormingsproces sterker zou kunnen gemotiveerd hebben. Dit type investering valt ook niet onder de scope van de verordening en dus stelde dat voor de federale overheid geen probleem. Teneinde bepaalde Gewestelijke bevoegdheden op economische ontwikkeling te erkennen, werd hen een verregaande adviesbevoegdheid toegekend maar bleef de eindbeslissing op elk niveau van het beslissingsproces bij de federale overheid. Dit alles had tot doel een sui generis kader uit te werken waarbij het fundamentele uitgangspunt van dit ontwerp (nl. het vrijwaren van de openbare orde en nationale veiligheid) centraal blijft staan ».

Á propos de l'implication des entités fédérées, le délégué a encore déclaré ce qui suit :

« Sinds de publicatie van de Verordening werden er verschillende informele en brede vergaderingen gehouden met vertegenwoordigers van de verschillende gewesten en gemeenschappen, zowel op politiek als administratief niveau. Vervolgens werd dit ontwerp verder aangepast en besproken met de verschillende federale regeringspartijen waarna het hele dossier werd verwezen naar een interfederale interkabinettenwerkgroep waarbij er een uitgebreide vertegenwoordiging was van de regeringen van alle Gemeenschappen en Gewesten. Na dit uitgebreide overleg heeft de federale Ministerraad het ontwerp bij besluit op 17 juli naar de Raad van State, afdeling Wetgeving verwezen voor advies ».

3.3. Le projet contient diverses dispositions prévoyant l'implication ou la représentation des communautés et des régions. Certaines de ces dispositions donnent lieu aux observations suivantes.

3.3.1. L'article IV.3/1, § 5, alinéas 2 et 3, CDE, en projet (article 9 de l'avant-projet), impose à la CFI de demander un avis « aux [r]égions et/ou [c]ommunautés concernées et compétentes » et dispose que les services auxquels un avis est demandé doivent le donner « dans le délai demandé par la CFI, qui comptera un minimum de quinze jours ». Conformément à l'article IV.3/1, § 5, alinéa 5, CDE, en projet, le Service général du renseignement et de la sécurité peut, pour rendre son avis, « avoir recours aux services régionaux chargés de contrôler les exportations, les transferts, le courtage et le transit de biens à double usage ». L'article IV.17/1, § 2, CDE, en projet (article 28 de l'avant-projet) énonce que les régions et les communautés, dans le cadre de l'obligation d'information qui découle de l'article 7 du règlement (UE) 2019/452 précité, doivent fournir à la CFI des informations relatives aux

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

investissements directs étrangers destinés à l'exercice direct d'une activité économique, qui ne relèvent pas du champ d'application du livre en projet.

En ce qui concerne ces dispositions, il faut observer que l'auteur de l'avant-projet doit respecter l'autonomie des différents niveaux de pouvoir. Le législateur fédéral ne peut imposer unilatéralement – par le biais d'une loi ordinaire – une collaboration forcée aux régions, aux communautés ou aux administrations ou services qui en dépendent sous la forme d'une obligation d'avis à respecter dans un délai déterminé. Leur collaboration ne peut donc, si nécessaire, être que facultative et doit alors être réglée de manière telle que si les autorités régionales ou communautaires concernées s'abstiennent de collaborer, leur abstention n'empêche pas l'adoption des mesures envisagées par l'autorité fédérale compétente.

Un raisonnement analogue s'applique à l'égard des dispositions de l'avant-projet qui subordonnent l'élaboration du régime envisagé notamment à l'intervention ou l'assentiment de représentants d'autorités autres que l'autorité fédérale. Tel est le cas à l'article IV.2/1, § 2, CDE, en projet (article 7 de l'avant-projet), qui dispose que le Roi ne peut adapter la liste visée au paragraphe 1er de cet article et fixer des modalités applicables à chaque secteur qu'« après concertation et accord au sein du Comité de concertation ». Il en va de même à l'article IV.4/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet (article 11 de l'avant-projet), qui dispose que le Roi, « [s]ur proposition unanime de la CFI complète, composée d'une représentation des services public fédéral (lire : publics fédéraux) et de toutes les entités fédérées, (…) peut, dans des circonstances exceptionnelles, abaisser temporairement le seuil de 25 % des droits de vote à 10 % ».

3.3.2. Les règles relatives à la composition de la CFI, inscrites à l'article IV.3/1, § 3, CDE, en projet (article 9 de l'avant-projet), ne paraissent pas exclure que les représentants d'autorités autres que l'autorité fédérale disposent, dans certains cas, d'une majorité des voix. Or, le principe de l'autonomie des différentes autorités dans la Belgique fédérale emporte que l'absence de désignation ou de présentation des membres concernés par l'autorité régionale compétente ne peut pas avoir une influence sur la régularité de la composition, ni sur la validité des décisions prises par la CFI ou des avis qu'elle a émis. En outre, dans la mesure où la CFI dispose d'un pouvoir de décision, les représentants d'autres autorités ne peuvent se voir attribuer de voix délibérative. Bien que la CFI dispose en principe d'une compétence d'avis dans le cadre du filtrage des investissements, un avis négatif implique d'emblée que le Conseil des ministres doit intervenir et que le ministre qui a l'Économie dans ses attributions ne peut pas décider seul [9]. En outre, la CFI dispose aussi de compétences propres dans le cadre du règlement (UE) 2019/452 et décide également de l'imposition des amendes administratives prévues à l'article IV.15/1, CDE, en projet (article 25 de l'avant-projet).

3.3.3. Il résulte des observations formulées aux points 3.3.1 et 3.3.2 que le régime en projet devra faire l'objet d'un examen complémentaire et que les parties concernées devront être adaptées si nécessaire. Néanmoins, si l'auteur de l'avant-projet devait estimer que les adaptations nécessaires ne s'avèrent pas conciliables avec l'économie souhaitée sur laquelle se fonde, selon lui, le système de filtrage des investissements directs étrangers, il faudrait envisager de concrétiser ce régime au moyen, notamment, d'un accord de coopération. Dans ce cas, à tout le

[9] Voir notamment l'article IV.11/1, § 2, CDE, en projet (article 19 de l'avant-projet).

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

moins les éléments qui ne peuvent être réglés unilatéralement par le législateur fédéral, doivent faire l'objet de l'accord de coopération [10] et il faudra bien évidemment veiller à ce que toutes les règles légales fixées unilatéralement soient dûment alignées sur l'accord de coopération en question.

S'il devait en outre s'avérer à l'avenir que l'adoption de mesures d'exécution de la loi en projet implique l'exercice conjoint de compétences propres à l'autorité fédérale et aux régions ou aux communautés, et non plus uniquement la mise en œuvre de la seule compétence fédérale en matière de sécurité publique, il conviendrait tout autant de conclure un accord de coopération sur ces questions.

Enfin, si l'intention du législateur fédéral était d'accorder aux régions et aux communautés davantage qu'une simple représentation facultative au sein de la CFI, il faut en principe appliquer l'article 92*ter* de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'. Cela implique que la désignation des représentants concernés doit faire l'objet d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, pris de l'accord des gouvernements compétents. Le cas échéant, un accord de coopération pourrait également être conclu avec les régions à cet effet.

3.3.4. La question se pose de savoir si le législateur fédéral, outre les communautés et les régions, ne doit pas également tenir compte de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française, qui disposent de compétences législatives sur le territoire bilingue de la Région de Bruxelles-Capitale.

À ce sujet, le délégué a déclaré que « geen rekening [is] gehouden met deze overheden aangezien het slechts om een miniem aantal zaken zou gaan ».

Toutefois, compte tenu de l'objet du régime en projet, le critère pertinent n'est pas le nombre possible de dossiers, mais bien de savoir si ces autorités exercent des compétences que le législateur juge pertinentes pour la protection de la sécurité et de l'ordre public. C'est sur la base de cette appréciation qu'il faut déterminer, dans le respect du principe d'égalité, si la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française doivent être traitées de la même manière que les communautés et les régions. Le cas échéant, l'exposé des motifs peut être complété par la justification d'une inégalité de traitement éventuelle dans ce domaine.

[10] Il doit alors s'agir d'un accord de coopération qui n'est pas de nature purement « facultative et accessoire », tel que le texte de l'« accord de coopération » communiqué au Conseil d'État, section de législation, est manifestement conçu. Nonobstant le fait que le dispositif de l'avant-projet fasse à plusieurs reprises référence à un accord de coopération (voir l'article IV.3/1, § 3, alinéa 6, CDE, en projet, figurant à l'article 9 de l'avant-projet, l'article IV.11/1, § 5, CDE, en projet, figurant à l'article 19 de l'avant-projet, et l'article IV.17/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet, figurant à l'article 28 de l'avant-projet), il ressort en effet de la demande d'avis qu'il ne s'agit que d'« un projet possible d'accord de coopération » qui est en outre uniquement revêtu de la signature du demandeur d'avis. Dès lors qu'il ne s'agit clairement pas d'un accord de coopération qui fait déjà l'objet d'un consensus, la section de législation n'en a pas tenu compte dans son examen.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

4. L'article I.6/1, alinéa 2, CDE, en projet, détermine les risques dont la prévention permet d'évaluer la sécurité et l'ordre public. Plutôt que dans un chapitre contenant des définitions propres au livre IV/1, CDE, à insérer, une telle disposition devrait figurer dans le livre IV/1, en projet, proprement dit.

Article 4

5. L'article 4 de l'avant-projet a pour objet d'insérer un livre IV/1, « Mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers », dans le CDE. Ensuite, les articles 6 à 28 de l'avant-projet visent à inscrire les articles IV.1/1 à IV.17/1 dans le livre à insérer dans le CDE. Dans un souci d'une numérotation plus cohérente des dispositions en projet du CDE, qui font du reste toutes partie du livre IV/1 de ce Code, il est recommandé que la numérotation utilisée actuellement dans l'avant-projet (IV.1/1, IV.2/1, IV.3/1…) soit adaptée (IV/1.1, IV/1.2, IV/1.3…). Dans ce cas, on adaptera bien évidemment aussi les références internes figurant dans l'avant-projet.

Article 6

6. À la fin de l'article IV.1/1, 1°, CDE, en projet, il est fait mention, en ce qui concerne l'« investisseur étranger », d'« une entité qui exerce son activité principale en Belgique ou dont le siège social est établi en Belgique ». À l'article I.6/1, alinéa 1er, 5°, CDE, en projet (article 3 de l'avant-projet), il est fait référence, dans la définition de la notion d'« investisseur étranger », à « une entité établie en Belgique ou dont le siège principal est établi en Belgique ». La question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable d'adapter la rédaction de l'article IV.1/1, 1°, CDE, en projet, compte tenu de la définition de la notion d'« investisseur étranger » inscrite à l'article I.6/1, alinéa 1er, 5°, CDE, en projet.

Article 7

7. Dans la phrase introductive de l'article IV.2/1, § 1, 2°, CDE, en projet, le texte néerlandais (« technologieën […] en grondstoffen die van essentieel belang zijn voor: ») et le texte français (« les technologies […] et les intrants essentiels pour: ») ne concordent pas tout à fait [11]. Il y a lieu d'y remédier.

[11] L'article IV.2/1, § 1er, 3°, CDE, en projet, établit une distinction entre les notions d'« intrants essentiels » (« kritieke inputs ») et de « matières premières » (« grondstoffen »).

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Article 9

8. L'article IV.3/1, CDE, en projet, prévoit non seulement la création de la CFI et la description de ses compétences, mais règle aussi la composition de celle-ci en ce qui concerne la représentation de différents services publics fédéraux et ministères. Il dispose en outre que la CFI est présidée par « un haut fonctionnaire du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie spécifiquement chargé de cette tâche » (article IV.3/1, § 3, alinéa 1er, CDE, en projet).

Selon l'article 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi. Il en découle qu'il revient au Roi de régler l'organisation et le fonctionnement de l'administration. Le législateur ne peut déroger à ce principe que pour une raison impérieuse, lorsqu'une norme supérieure l'y oblige ou lorsque cette intervention est motivée par la préservation des droits du citoyen.

Dès lors, il serait davantage conforme à ces principes que le Roi règle la composition de la CFI, du moins en ce qui concerne les représentants des services publics fédéraux. Le cas échéant, le législateur peut prescrire à cet égard, en des termes généraux, qu'il y a lieu de prévoir une représentation des services publics pertinents pour le régime en projet.

9. L'article IV.3/1, § 2, 3°, CDE, en projet, dispose que la CFI est compétente pour « l'imposition d'amendes pour le non-respect des dispositions du présent livre, comme indiqué à l'article IV.15/1 ». Or, l'article IV.4/1, § 3, CDE, en projet (article 11 de l'avant-projet), dispose qu'en « cas de non-respect de l'obligation de notification, en plus d'imposer une amende telle que visée à l'article IV.15/1, le ministre ayant l'Économie dans ses attributions peut encore décider, après la conclusion formelle de l'opération d'investissement, d'engager d'office une procédure de filtrage ». Le paragraphe 4 suivant renvoie par ailleurs à l'amende qui peut être infligée, sans préciser par qui.

Il s'avère que la CFI n'est pas le seul organe qui peut infliger des amendes au sens de l'article IV.15/1, CDE, en projet. En tout état de cause, il ne devrait subsister aucun doute quant à la question de savoir quelle personne ou organe est compétent pour infliger quelles amendes. Il conviendrait de préciser le texte de l'avant-projet sur ce point.

10. L'article IV.3/1, § 3, alinéas 2 à 4, CDE, en projet, présente de manière divergente la façon dont les représentants des communautés et des régions prennent part aux activités de la CFI. Alors que l'article IV.3/1, § 3, alinéa 2, CDE, en projet, mentionne « participer aux délibérations et faire partie du processus de décision de la CFI », on peut lire, respectivement à l'article IV.3/1, § 3, alinéas 3 et 4, CDE, en projet, les mots « faire partie de » et « participer aux délibérations de la CFI ». Selon le délégué, ce serait pourtant chaque fois la même forme de participation aux activités de la CFI qui serait visée. Pour ce motif, il y a lieu d'opter pour une description plus uniforme de cette participation dans les alinéas précités de l'article IV.3/1, § 3, CDE, en projet.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

11. Le texte français de l'article IV.3/1, § 5, alinéa 1er, CDE, en projet, ne reproduit par les mots « onder meer » qui figurent dans le texte néerlandais de cette disposition. Il y a lieu d'uniformiser les deux textes sur ce point.

12. Il convient de rédiger le début du texte néerlandais de l'article IV.3/1, § 6, alinéa 1er, CDE, en projet, comme suit : « De ISC kan natuurlijke personen op grond van … ».

13. L'article IV.3/1, § 7, alinéa 2, CDE, en projet, dispose que les fonctionnaires, visés au paragraphe 9, et les membres de la CFI « peuvent demander des informations dans les bureaux de la société cible dans laquelle l'investissement est effectué ».

Le délégué a précisé que cette disposition n'implique aucune obligation dans le chef de la société cible de transmettre certaines données, et qu'elle n'implique pas non plus pour les fonctionnaires concernés et les membres de la CFI le droit de pénétrer dans les bureaux des entreprises cibles. Il a ajouté :

> « Er wordt hier een loutere mogelijkheid geboden aan de ambtenaar in kwestie. In verdere stadia binnen het screeningsmechanisme worden andere mogelijkheden geboden om de samenwerking tussen de onderneming en de ISC te regelen ».

Il est recommandé d'exprimer plus clairement la portée plutôt limitée de la disposition en projet dans le texte de l'avant-projet, ou d'expliciter cette portée dans l'exposé des motifs.

14. À l'article IV.3/1, § 8, alinéa 1er, CDE, en projet, il faut encore faire mention du niveau requis d'habilitation de sécurité pour les personnes visées à cet alinéa. À cet égard, le délégué à communiqué ce qui suit :

> « Het klopt dat dit nog verduidelijkt moet worden. Aangezien er nog geen volledige zekerheid was welk niveau er op Europees niveau verwacht werd, werd dit voorlopig open gelaten. Normaliter zal dit het niveau 'Geheim' worden binnen het Belgische wettelijke kader voor veiligheidsmachtigingen ».

Article 11

15. L'article IV.4/1, § 1er, alinéa 1er, CDE, en projet, fait mention de l'acquisition du contrôle « de manière passive ». Le délégué a expliqué cette notion comme suit :

> « Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een buitenlandse investeerder bij een overname ook (op indirecte of passiever wijze) zeggenschap verwerft over een niet-rechtstreeks betrokken entiteit via een deelname van de overgenomen onderneming ».

Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé de mieux exprimer la portée précise du contrôle visé dans le texte de la disposition en projet ou, à tout le moins, dans l'exposé des motifs.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

16. L'article IV.4/1, § 2, CDE, en projet, dispose que les mandataires peuvent agir pour l'investisseur étranger moyennant autorisation écrite, auquel cas ils « agissent comme l'investisseur lui-même et sont tenus d'apporter leur pleine coopération et de fournir des informations complètes à la CFI ».

Il est permis de s'interroger sur la portée exacte et les effets de cette disposition. En effet, si le mandataire est effectivement totalement assimilé à l'investisseur, cela pourrait par exemple donner lieu à l'interprétation selon laquelle, en application de l'article IV.15/1, § 1er, 2°, CDE, en projet (article 25 de l'avant-projet), une amende pourrait être infligée au mandataire à hauteur de 10 % maximum du montant de l'investissement si l'investisseur étranger « ne fournit pas les renseignements dans le délai fixé par la décision d'exiger les renseignements », alors qu'il est possible que le mandataire n'ait pas reçu lui-même les renseignements demandés de la part de l'investisseur.

Le délégué a déclaré que, certes, « [het] niet de bedoeling [is] dat de geldboetes een verantwoordelijkheid zouden zijn van de vertegenwoordiger of lastgever », mais il semble néanmoins judicieux de ne pas laisser subsister d'insécurité juridique à cet égard dans le texte du régime en projet et de préciser celui-ci sur ce point.

Article 12

17. Dans le texte néerlandais de l'article IV.5/1, § 2, alinéa 1er, CDE, en projet, la CFI est contrainte d'informer immédiatement les parties notifiantes « dat zij over het volledig dossier beschikt, alsook de datum waarop ». Afin d'éviter toute incertitude quant à la date en question, mieux vaudrait, sur ce point, aligner le texte néerlandais sur le texte français, qui dispose que les parties notifiantes sont informées immédiatement « du fait qu'elle dispose du dossier complet, ainsi que de la date de réception ».

18. À l'article IV.5/1, § 4, CDE, en projet, les mots « [l]e Roi détermine » renvoient à une obligation pour le Roi d'intervenir en exécution de la disposition en projet. Selon le délégué, l'intention serait cependant, en l'espèce, de laisser au Roi le pouvoir de décider s'il va intervenir ou non. Toutefois, lorsqu'une délégation au Roi est facultative et ne doit pas nécessairement être exécutée pour que le régime en projet puisse s'appliquer, mieux vaut l'exprimer expressément dans le texte normatif en écrivant « Le Roi peut… » et non « Le Roi détermine… ». Il est recommandé d'adapter la rédaction de l'article IV.5/1, § 4, CDE, en projet, dans ce sens.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Article 13

19. L'article IV.6/1, § 8, CDE, en projet, fait mention de « l'entreprise belge concernée dans laquelle l'investissement étranger aurait lieu ». La question se pose de savoir si en adoptant une telle formulation, on tient suffisamment compte du fait que le régime en projet pourra aussi s'appliquer à l'égard d'activités principales exercées en Belgique par des entreprises étrangères. Ainsi que le délégué l'a confirmé, il serait préférable d'adapter la rédaction du membre de phrase cité sur ce point. Dans ce cas, on vérifiera s'il ne faut pas adapter également la rédaction d'autres dispositions visant aussi une « entreprise belge concernée » [12].

Article 14

20. Dans la mesure où telle serait l'intention de l'auteur de l'avant-projet, mieux vaudrait remplacer, à l'article IV.7/1, § 3, CDE, en projet, le membre de phrase « , elles les mettent immédiatement à la disposition de la CFI, sur demande » par le membre de phrase « , elles les mettent immédiatement à la disposition de la CFI, si celle-ci en fait la demande ».

Article 18

21. À l'article IV.10/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet, les mots « [c]et avis » visent sans doute à la fois l'« avis positif », mentionné à l'article IV.10/1, § 1er, alinéa 1er, 1°, CDE, en projet, et l'« avis négatif », mentionné à l'article IV.10/1, § 1er, alinéa 1er, 3°, CDE, en projet. Néanmoins, il serait préférable de remplacer les mots « [c]et avis », à l'article IV.10/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet, par une formulation plus précise et plus claire. En outre, il est renvoyé, à la fin du même alinéa, aux « avis visés à l'article IV.3/1, § 4 », alors que cette dernière disposition ne fait pas mention d'« avis » en tant que tels. Dès lors, mieux vaudrait aussi adapter cette dernière référence.

22. L'article IV.10/1, § 3, alinéa 3, CDE, en projet, confie au Conseil des ministres le soin de prendre la décision visée aux articles IV.11/1 et IV.12/1, CDE [13], en projet, en ce qui concerne l'admissibilité de l'investissement.

Si la Constitution fixe certes l'existence du Conseil des ministres, elle n'en définit pas, sauf exceptions, ses compétences. En vertu de l'article 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif fédéral appartient au Roi et non au Conseil des ministres. Le législateur ne peut pas investir le Conseil des ministres de pouvoirs propres : il doit les attribuer au Roi conformément à l'article 105 de la Constitution.

[12] Comme c'est le cas à l'article IV.7/1, § 4, alinéas 1er et 4, et § 7, CDE, en projet (article 14 de l'avant-projet). À l'article IV.14/1, § 4, CDE, en projet (article 23 de l'avant-projet), il est fait mention de l'« investisseur étranger et l'entreprise ou l'entité belge concernée dans laquelle l'investissement direct étranger est envisagé ou a été réalisé ».

[13] Voir respectivement les articles 19 et 20 de l'avant-projet.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

En revanche, le législateur peut prescrire la formalité selon laquelle une décision déterminée ne pourra être prise qu'après avoir, par exemple, été délibérée en Conseil des ministres.

Cette observation s'applique également à l'égard de l'article IV.11/1, §§ 2, alinéa 2, et 3, CDE en projet (article 19 de l'avant-projet).

Article 19

23. Alors que le texte néerlandais de l'article IV.11/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet, fait état de mesures correctives et de conditions d'ajustement convenues (« overeengekomen »), le texte français de cette disposition évoque des mesures de cette nature qui sont « imposées » (« opgelegd »). Compte tenu de ce qui est mentionné dans d'autres dispositions de l'avant-projet quant au mode d'établissement des mesures et conditions concernées, il paraît plutôt recommandé d'aligner sur ce point le texte français de l'article IV.11/1, § 1er, alinéa 2, CDE, en projet, sur le texte néerlandais.

24. À la fin du texte français de l'article IV.11/1, § 2, alinéa 1er, CDE, en projet, on écrira « , si cet investissement est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité » au lieu de « , si ce contrôle est susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité ».

25. L'article IV.11/1, § 2, alinéa 2, CDE, en projet, dispose que le Conseil des ministres peut demander à la Société fédérale de participations et d'investissement (SFPI) de réaliser un investissement de remplacement afin d'en absorber les conséquences sociales et économiques.

À ce sujet, le délégué a déclaré :

> « Aangezien het hier gaat om een louter verzoek vanuit de Ministerraad om een mogelijke vervangende investering te doen, lijkt hier geen afstemming vereist. Er zou eventueel wel kunnen verwezen worden naar de wettelijke basis (wet 2 april 1962) ».

Outre l'observation formulée au point 22 quant aux délégations de compétence au Conseil des ministres, les éclaircissements fournis par le délégué permettent de déduire que la demande concernée revêt un caractère plutôt facultatif, ce qui pose la question de la réelle nécessité ou utilité de la prévoir dans le dispositif en projet. Si la disposition concernée est toutefois maintenue dans l'avant-projet, il serait recommandé, par souci de clarté, que la tâche qu'elle confie à la SFPI s'inscrive dans le cadre légal instauré par la loi du 2 avril 1962 'relative à la Société fédérale de Participations et d'Investissement et les sociétés régionales d'investissement', notamment en ce qui concerne les missions de la SFPI, et qui prévoit entre autres que la SFPI et ses filiales spécialisées sont tenues « d'accomplir toutes missions qui leur sont confiées par des lois spéciales ou par des arrêtés royaux délibérés en Conseil des Ministres » [14].

[14] Voir l'article 2, § 3, alinéa 2, de la loi du 2 avril 1962.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

26. Le texte néerlandais de l'article IV.11/1, § 5, CDE, en projet, fait mention de « investeringen in rechtspersonen » (« investissements dans des entités juridiques ») pour lesquelles les Communautés et les Régions sont compétentes, et/ou qui sont sous le contrôle des Régions et des Communautés. On n'aperçoit pas quelles personnes morales ou entités juridiques sont en l'occurrence visées. Au sens strict, il s'agit uniquement de personnes morales ou entités pour lesquelles il existe un lien organique étroit avec les communautés et les régions [15].Toutefois, la disposition peut également être interprétée dans le sens où il s'agit de toutes les personnes morales ou entités pouvant être réglementées par les communautés et les régions en vertu de leurs compétences matérielles [16]. Par souci de sécurité juridique, mieux vaudrait indiquer, tout au moins dans l'exposé des motifs, quels investissements vise précisément la disposition concernée.

Article 23

27. Dès lors que le texte néerlandais de l'article IV.14/1, § 5, CDE, en projet, mentionne chaque fois « verzoeker », il apparaît que le texte français de cette disposition a recours indistinctement aux termes « demandeur » et « requérant ». Dans un souci d'uniformité rédactionnelle, il conviendrait d'opter également pour un seul terme dans le texte français, à savoir celui de « requérant ».

28. L'article IV.14/1, § 7, alinéa 2, CDE, en projet, dispose que « [n]onobstant les dispositions de la loi du 11 décembre 1998 relative à la classification et aux habilitations, attestations et avis de sécurité, les parties n'auront pas accès aux informations classifiées du dossier ».

Au regard notamment du principe de l'égalité des armes, un complément d'explications a été demandé au délégué concernant la disposition précitée. À cet égard, il a déclaré ce qui suit :

> « De complexe samenhang tussen geclassificeerde informatie en de rechten van verdediging – en breder het gebruik in de rechtsgang – is al langer een probleem waar vooralsnog weinig zeer concrete en afdoende oplossingen voor zijn. In casu moet ook rekening worden gehouden met de fundamentele doelstelling van het screeningsmechanisme om de nationale veiligheid en de openbare orde te beschermen en lijkt het ook daarom niet disproportioneel of onredelijk nadelig voor de verdediging dat zij niet beschikt over de geclassificeerde informatie uit het dossier ».

Même si l'on pourrait souscrire au point de vue selon lequel un accès intégral à toutes les pièces du dossier pourrait être problématique au regard de la finalité du dispositif en projet, à savoir la protection de la sécurité et de l'ordre public, la question se pose de savoir si un meilleur équilibre ne pourrait pas être trouvé entre les différents intérêts en présence. Ainsi, le législateur pourrait-il confier au juge le soin de décider, en tenant compte, le cas échéant, des critères fixés par le législateur, de néanmoins porter certains éléments du dossier à la connaissance des parties afin d'ainsi garantir l'égalité des armes.

[15] Par exemple, les personnes morales créées sur le fondement de l'article 9 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

[16] Par exemple, les entreprises privées du secteur énergétique ou les entreprises actives dans le secteur des médias.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Un tel procédé serait en adéquation avec la réglementation relative aux marchés publics qui, certes, entend protéger le secret des affaires et non la sécurité et l'ordre public. À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré ce qui suit [17] :

> « L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 [...], lu en combinaison avec l'article 15, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993 [...], doit être interprété en ce sens que l'instance responsable des recours prévus audit article 1er, paragraphe 1, doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Au demeurant, le Conseil d'État, section du contentieux administratif, a lui aussi déjà considéré qu'« à l'égard du droit d'accès à la justice, seules sont légitimes les mesures limitant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires » [18].

L'auteur de l'avant-projet appréciera si, au regard des considérations qui précèdent, il y a effectivement lieu de maintenir, dans le chef des parties, l'exclusion absolue de l'accès aux informations classifiées du dossier prévue à l'article IV.14/1, § 7, alinéa 2, CDE, en projet.

Article 25

29. L'article IV.15/1, §§ 1er et 2, CDE, en projet, prévoit la possibilité d'infliger, dans certains cas, une amende administrative. Dans les cas visés au § 1er, c'est possible si l'investisseur méconnaît des obligations « par négligence »; dans les cas visés au § 2, une amende administrative peut par contre être infligée tant pour une infraction délibérée que pour celle commise par négligence.

La question se pose de savoir si une telle différence n'est pas à l'origine de lacunes indésirables. Ainsi, l'investisseur étranger qui « ne fournit pas les renseignements dans le délai fixé par la décision d'exiger les renseignements » (article IV.15/1, § 1er, 2°, CDE en projet) pourra uniquement être sanctionné s'il ne fournit pas ces renseignements « par négligence ». Le refus délibéré de fournir des renseignements ne pourra donc pas être sanctionné. En effet, la sanction prévue dans le cas de la communication d'« informations inexactes, mensongères ou trompeuses », visée à l'article IV.15/1, § 2, 1°, CDE, en projet, concerne une autre hypothèse.

[17] C.J.U.E., 14 février 2008, C-450/06, *Varec SA / État belge.*

[18] C.E., 19 octobre 2017, n° 239.465, *X*, 8.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡

Il semble indiqué, au regard notamment du principe d'égalité, de soumettre encore les dispositions précitées à un examen complémentaire.

30. Par analogie avec le texte français de la phrase introductive de l'article IV.15/1, § 1er, CDE, en projet, on remplacera dans le texte néerlandais de ladite phrase les mots « een geldboete » par les mots « een administratieve geldboete ».

31. Dans le texte français de l'article IV.15/1, § 3, CDE, en projet, il convient de faire correctement référence à la catégorie visée de dispositions du Livre XV, « Application de la loi », du CDE. En effet, il est actuellement fait mention « des dispositions générales d'ex du Livre XV du Code de droit économique ».

Article 28

32. À l'article IV.17/1, § 1er, alinéa 1er, CDE, en projet, la CFI est désignée comme point de contact national pour l'application de l'article 11 du règlement (UE) 2019/452 précité du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019.

La CFI est créée au sein du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie (article IV.3/1, § 1er, CDE, en projet). Aussi serait-il davantage conforme à l'article 37 de la Constitution de charger le Roi de la désignation du service ou de l'organe qui intervient comme point de contact national [19]. Il n'appartient en effet pas au législateur de s'immiscer dans l'organisation du pouvoir exécutif qui, en vertu de la disposition constitutionnelle précitée, relève de la compétence autonome du Roi.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[19] Voir notamment en ce sens l'article 163, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et l'article 15 du projet de loi 'relatif à un examen de proportionnalité préalable à l'adoption ou la modification d'une réglementation de profession', *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 55-1340/1, p. 49.

‡LW-ABKURBHEB-GHIIHVT‡