

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 28 février 1995, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un avant-projet de loi "relatif aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placements", a donné le 6 mars 1995 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 28 februari 1995 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseur", heeft op 6 maart 1995 het volgend advies gegeven :

Suivant l'article 84, alinéa 2, introduit par la loi du 15 octobre 1991 dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'urgence qui permet au ministre de demander que l'avis de la section de législation soit donné dans un délai ne dépassant pas trois jours doit être spécialement motivée.

Dans sa demande d'avis, le ministre des finances indique

"l'importance capitale de ce projet pour la place financière belge, tant au niveau de la transposition des directives européennes en matière de services d'investissement et d'adéquation du capital des intermédiaires financiers habilités à prêter lesdits services, qu'au niveau de sa crédibilité et donc de sa position concurrentielle vis-à-vis des autres places financières européennes".

Il ajoute que ce sont

"les raisons pour lesquelles le gouvernement, en fonction des circonstances, a estimé devoir le dissocier de la codification financière dans laquelle il était destiné à s'intégrer et d'en faire un projet prioritaire. Par conséquent, le gouvernement s'est vu contraint de ... le soumettre en urgence".

*

*

*

.../...

Dans le bref délai qui lui est imparti, le Conseil d'Etat doit se limiter à formuler les observations suivantes.

Observations préliminaires.

1. Le texte de l'avant-projet de loi sur lequel le Conseil d'Etat a été invité, le 1er mars 1995, à donner un avis dans un délai de trois jours, contient des anomalies et des lacunes : la numérotation des livres et des titres est aléatoire, celle des articles est discontinue, les renvois d'une disposition vers une autre ont été laissés en blanc, certains textes ont été composés de façon défectueuse. Une version améliorée du projet a été transmise au Conseil d'Etat le 3 mars 1995.

A cette version était jointe une annexe contenant une trentaine d'articles nouveaux. Le Conseil d'Etat, section de législation, n'a pas été en mesure de donner un avis au sujet de ces articles parce qu'ils n'étaient accompagnés ni d'un exposé des motifs ni d'une version néerlandaise.

2. L'avant-projet de loi tend, notamment, à transposer dans l'ordre juridique belge, une directive publiée au Journal officiel des Communautés européennes du 11 juin 1993. Le délai imparti au Conseil d'Etat pour examiner la correction de la transposition, qui doit être

.../...

réalisée le 1er juillet 1995 au plus tard, contraint à privilégier le contrôle a posteriori de cette correction, par la Commission et la Cour de Justice. Pareille modalité de contrôle nuit à la sécurité juridique, inséparable de l'impératif de prévisibilité recherché par les agents économiques.

3. Comme il est de règle en matière de droit européen, l'exposé des motifs devrait être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte du projet et celui des textes européens, afin que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par les auteurs du projet belge, et éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 76 de la Constitution déborde les limites tracées par les textes à transposer.

Le tableau de correspondance transmis à la section de législation est incorrect dans sa totalité et, dès lors, inutilisable.

.../...

Observations générales.

1. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) ont consacré des développements récents au régime juridique des autorités administratives indépendantes; ni l'exposé des motifs du projet ni son dispositif ne font apparaître qu'il en aurait été tenu compte dans la conception du projet.

2. La clé de voûte du livre II du projet, consacré au statut et au contrôle des entreprises d'investissement, est constituée par l'"autorité de contrôle", que l'article 46, 9°, définit comme étant "le ou les organismes chargés par le Roi du contrôle des entreprises d'investissement".

Les organismes ainsi "définis" ne sont nullement déterminés dans la suite du projet. Cette lacune fondamentale n'est pas juridiquement admissible, pour au moins deux raisons :

-
- (1) Voyez e.a. M. Gentot, Les autorités administratives indépendantes, Paris, Montchrestien, 1991, et les nombreuses références citées.
- (2) Voyez, à titre d'exemples, C.E., arrêt n° 30.637, du 7 septembre 1988; C.E. fr., 6 juillet 1990, aff. Cie diamantaire d'Anvers et M. Delcourt, A.J.D.A., 1990, pp. 907-909, observ. L. Richer; C.E. fr., 1er mars 1991, aff. Le Cun, A.J.D.A., 1991, pp. 401-402; Cour d'appel de Paris, 15 janvier 1993, Derveloy c/Agent judiciaire du Trésor, Rec. Dalloz-Sirey, 1993, pp. 273-276, observ. C. Ducouloux-Favard.

.../...

a) Le législateur ne peut, sous le couvert d'une définition, abandonner au Roi le pouvoir de choisir à son gré l'autorité qui exercera les prérogatives considérables que la loi en projet lui reconnaît. En effet, la composition de l'organisme, son mode de fonctionnement, de financement, ses relations avec le pouvoir exécutif et les agents économiques soumis à son contrôle, sont des éléments d'appréciation décisifs pour établir le caractère juridiquement admissible, des pouvoirs qui lui sont attribués, et, du point de vue du Parlement, pour vérifier la crédibilité des régimes de contrôle instaurés par le projet de loi.

b) En permettant au Roi de déterminer discrétionnairement quel(s) organisme(s) exerceront les contrôles prévus par la loi et, le cas échéant, d'en changer par la suite, tout aussi discrétionnairement, le législateur créerait une sorte de dépendance de ces organismes vis-à-vis du pouvoir exécutif, difficilement conciliable avec le statut normal d'une autorité de contrôle.

En outre, l'exposé des motifs devrait expliquer comment s'harmonise le pouvoir du comité de direction établi par les articles 16, 4^o, et 18 avec celui accordé à l'autorité de contrôle d'agréer les sociétés d'investissements et, en particulier, celles qui devront être admises comme membres de la bourse.

3. L'autorité de marché instituée par le projet doit, aux yeux de ses auteurs, agir comme une autorité autonome, en particulier, à l'égard des agents économiques

.../...

qu'elle contrôle. L'effectivité du principe suppose que des garanties organiques suffisantes soient prévues. Tel ne paraît pas être le cas : les membres du comité de direction seront nommés à temps, par les contrôlés, dans une fonction qui les privera normalement de tout autre revenu professionnel que celui qui leur sera attribué conformément au règlement de la société de bourse, le renouvellement éventuel de leur désignation dépendra lui aussi des contrôlés, les incompatibilités prévues ne valent que pendant l'exercice de la charge.

En outre, les membres du comité de direction peuvent, à tout moment, être révoqués par le conseil d'administration statuant à une majorité spéciale moyennant approbation du ministre des Finances, alors que, suivant les articles 14, § 3, et 15, le comité de direction "fonctionne comme une autorité autonome" et agit "en toute indépendance à l'égard du conseil d'administration".

Le régime d'"autocontrôle" imaginé par les auteurs du projet n'est admissible que s'il est revu fondamentalement.

Il y a au moins deux choix qui, à première vue, paraissent s'imposer :

- la désignation des membres pour un terme non renouvelable;
- la prolongation des incompatibilités ou des interdictions pendant un certain laps de temps après la fin du mandat.

.../...

4. En plusieurs de ses articles, le projet de loi accorde au Roi des pouvoirs conçus dans des termes trop larges, ce que révèlent notamment les articles 110 et 111.

Il importe de rappeler à ce sujet que le pouvoir normatif est, pour les normes essentielles, confié aux diverses assemblées législatives, fédérales ou fédérées, agissant chacune avec le pouvoir exécutif qui lui correspond. Les normes subordonnées sont prises par le pouvoir exécutif mis en place aux divers échelons de la structure fédérale. Au niveau du pouvoir fédéral, le pouvoir normatif subordonné est attribué par la Constitution au Roi qui agit sans habilitation spéciale pour prendre des mesures nécessaires à la mise en application des lois (article 108) ou, pour d'autres mesures, en vertu d'une attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire (article 105).

L'article 33 de la Constitution exige, en effet, que les pouvoirs soient exercés de la manière établie par la Constitution elle-même; c'est pourquoi, le législateur ne peut remettre des pouvoirs au Roi que dans des limites très précises, sous peine de contrevenir à la disposition constitutionnelle précitée.

De plus, il n'appartient pas au législateur de charger un ministre d'exécuter une disposition législative. Le Roi exerce le pouvoir d'exécution des lois. C'est donc au Roi et non au ministre que revient le pouvoir d'exécuter la loi et, le cas échéant, de déléguer son pouvoir au ministre afin d'arrêter des mesures de détail.

.../...

5. Le projet de loi soumis à la section de législation contient plusieurs attributions de pouvoir réglementaire à des autorités administratives. Il s'agit, par exemple :

- de l'article 10, alinéa 2, selon lequel le comité de direction règle les modalités de l'organisation, du fonctionnement, de la surveillance et de la police des marchés;
- de l'article 14, § 4, selon lequel le comité de direction établit un règlement organique;
- de l'article 32, § 2, selon lequel

"le Roi peut déléguer ... à des organismes ... qu'Il détermine le pouvoir de régler les modalités de l'organisation, du fonctionnement, de la surveillance et de la police des marchés".

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité autonome présente des inconvénients importants. Les règlements pris en vertu de tels pouvoirs échappent à tout contrôle parlementaire direct; la place de ces règlements dans la hiérarchie des normes est incertaine, ce qui complique beaucoup la solution d'éventuels conflits entre eux et d'autres dispositions réglementaires; enfin, les projets de tels règlements n'étant pas soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, la vérification de leur légalité et de leur conformité aux règles de la légistique n'aura pas lieu, pas plus que celle de la concordance entre leur texte français et néerlandais.

Les auteurs du projet tentent d'atténuer les inconvénients de l'attribution de pouvoirs réglementaires à des autorités indépendantes en prévoyant que les règlements qu'elles élaboreraient devraient être approuvés par le ministre des Finances.

Le recours à des procédures de ce genre ne suffit pas pour se conformer à la Constitution, car, malgré celles-ci, il restera toujours que le ministre aura, si le pouvoir a été confié à une autorité indépendante, perdu l'initiative qui doit demeurer la sienne, sous réserve de la validité de la délégation qui lui a été consentie par le Roi.

Le projet doit donc, pour respecter la Constitution, renoncer à attribuer notamment au comité de direction d'une société d'une bourse de valeurs mobilières le pouvoir d'exécuter la loi.

Cette attribution heurte, en effet, de front l'article 108 de la Constitution selon lequel le pouvoir d'établir des normes pour exécuter la loi revient au Roi.

6. Le projet de loi tend à attribuer à certaines autorités le pouvoir d'accorder des dérogations ou des dispenses d'application de la loi ou d'arrêtés d'exécution.

Il s'agit notamment de dérogations prévues dans les articles 29, § 1er, 7°, 61, alinéa 3, 90, alinéa 6, 91, alinéa 3, 95, § 7.

Une seule condition est mise à l'exercice du pouvoir de dérogation, c'est l'existence d'un cas spécial.

.../...

Aucune autre limite n'est mise au pouvoir de dérogation de ces autorités et l'exercice de ce pouvoir n'est soumis par le projet au respect d'aucune condition de forme.

Comme la notion de "cas spécial" n'est pas définie et qu'aucun critère énoncé dans la loi ne permet de déterminer quel cas répond à cette notion, l'attribution à ces autorités du pouvoir d'autoriser des dérogations dans des cas spéciaux, délègue à une autorité administrative - dont la responsabilité ne peut pas être mise en cause devant les chambres législatives - le soin de fixer la mesure dans laquelle l'ensemble d'une réglementation arrêtée par le législateur ou par le Roi est ou non obligatoire pour les établissements qu'elle vise.

Cette faculté de faire échec à l'application de la loi porte non seulement atteinte au caractère général de la norme légale mais aussi au principe de l'égalité devant la loi.

L'observation faite ci-dessus vaut a fortiori pour les dérogations qui sont prévues sans aucune limite, pas même celle du cas spécial (article 61, alinéa 3).

De plus, il est juridiquement inadmissible qu'en certains articles, notamment l'article 95, § 7, du projet de loi, celui-ci attribue aux autorités de contrôle le pouvoir de déroger à des arrêtés royaux ou à des règlements futurs avant que le législateur n'en connaisse la substance et puisse juger de la nécessité d'y déroger ou d'habiliter une autorité à le faire.

En conséquence, les textes précités doivent être fondamentalement revus.

7. Suivant l'article 36, § 2, l'autorité de contrôle "veillera à la conformité des règlements de marché des autorités de marché aux règles de conduite visées au paragraphe 1er".

Il est contraire à la Constitution d'octroyer à l'autorité de contrôle le pouvoir d'élaborer des règlements de déontologie ayant force obligatoire, dont la méconnaissance peut donc être sanctionnée par des peines disciplinaires.

C'est d'ailleurs pourquoi même les ordres professionnels ne comportent pas d'autorités disposant du pouvoir réglementaire en matière de déontologie.

Certes, il y a des exceptions; la plus éclatante est celle de l'Ordre national des avocats. L'article 501 du Code judiciaire précise, en effet, que les règlements adoptés par le Conseil général de l'Ordre sont obligatoires pour tous les avocats; l'article 502 du même code ajoute que ces règlements ne peuvent être annulés que par la Cour de cassation saisie par le procureur général près cette cour ou par le doyen de l'Ordre. Cette exception ne peut toutefois être étendue à aucune autre profession car il n'en est aucune qui, du point de vue de la déontologie, ressemble à la profession d'avocat. Le rôle des avocats est, en effet, de garantir la liberté des citoyens, fût-ce contre l'emprise des pouvoirs. Leur indépendance doit être sauvegardée vis-à-vis de tous, y compris de ceux qui, dans

.../...

l'Etat, font les lois et les règlements. La déontologie ne pouvait donc dépendre de ces pouvoirs auxquels il est parfois du devoir des avocats de s'opposer et de résister; leur déontologie ne pouvait, dès lors, être fixée que par les avocats eux-mêmes sous le contrôle direct de l'autorité judiciaire suprême. L'exception n'est donc pas significative.

Une autre exception est celle de l'Ordre des vétérinaires. La tâche du Conseil supérieur de leur Ordre est, aux termes de l'article 11, alinéa 6, de la loi du 19 décembre 1950, "... d'établir les règles de la déontologie vétérinaire conformément aux buts indiqués par l'article 5 de la présente loi". On peut croire que ces règles sont obligatoires.

L'exception n'est pas significative non plus car cette disposition de la loi de 1950 est de toute évidence calquée sur la disposition de l'article 11, alinéa 10, de la loi du 19 mai 1949 créant l'Ordre des pharmaciens. Or, le législateur est revenu en 1967 sur ce dernier texte; si bien que l'on doit penser qu'aujourd'hui l'opinion juridique commune, telle qu'elle peut être identifiée à travers la genèse des diverses lois sur les Ordres professionnels, n'est pas que leurs Conseils supérieurs doivent disposer d'un pouvoir réglementaire propre sur le sujet de la déontologie (1).

(1) En effet, après que l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 octobre 1951 (R.J.D.A., 1952, p. 97, note de M.-Th. Bourquin) eut affirmé que le Conseil supérieur de l'Ordre des médecins avait, en fixant anticipativement des règles de déontologie et en les rendant obligatoires, excédé les pouvoirs que lui confiait l'article 10 de la loi du 25 juillet 1938 qui se limitait à donner à ce

Par l'arrêté n° 79 du 10 novembre 1967, les autorités de l'Ordre des médecins se voient dotées de pouvoirs plus étendus que ceux qu'elles avaient reçus en 1938, tandis que les pouvoirs du Conseil supérieur de l'Ordre des pharmaciens sont, pour leur part, restreints par rapport à ceux que lui donnait la loi du 19 mai 1949 que l'arrêté n° 80 abroge. Toutefois, ce qui est à retenir surtout est que ni dans l'Ordre des médecins ni dans celui des pharmaciens, les autorités supérieures, quoique chargées de la mission d'élaborer a priori les règles de la déontologie, ne sont pour autant pourvues d'un véritable pouvoir réglementaire.

Il est difficile de deviner pourquoi l'organisation de l'Ordre des vétérinaires, qui avait été calquée en 1950 (loi du 19 décembre 1950 créant l'Ordre des médecins vétérinaires) sur celle de l'Ordre des pharmaciens, est restée ce qu'elle était après que l'on eut modifié la loi de 1949 qui avait servi de modèle. On peut penser qu'il s'agit d'une inadvertance, car on ne voit guère pourquoi les pouvoirs des

Conseil supérieur la mission de colliger les jugements disciplinaires des divers conseils de l'Ordre, l'article 15, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967, abrogeant la loi de 1938, a bien confié au Conseil national de l'Ordre des médecins la mission d'élaborer un code de déontologie. Toutefois le même article 15, § 1er, alinéa 2, précise que ce code n'aura de force obligatoire que quand un arrêté royal délibéré en conseil des ministres la lui aura conférée. L'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 attribue au Conseil national de l'Ordre des pharmaciens des pouvoirs de fixer les règles de déontologie identiques à ceux dont dispose le Conseil national de l'Ordre des médecins. Le code de déontologie pharmaceutique n'est, lui aussi, obligatoire que par l'effet d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

autorités des ordres professionnels en matière d'art de guérir les hommes devraient être moindres que ne le sont ceux des autorités de l'ordre professionnel rassemblant les praticiens de l'art de guérir des animaux.

Au surplus, et de toute façon, il ne semble pas que la situation des vétérinaires soit suffisamment comparable à celle des intermédiaires sur les marchés financiers pour que l'exemple des premiers puisse avoir quelque portée pour construire les règles applicables aux seconds.

8. Les articles 104 et 139 prévoient l'un et l'autre un recours soumis au ministre des Finances contre une décision de l'autorité de contrôle (article 104, § 2) et contre un refus d'enregistrement (article 139, alinéa 6).

S'il est vrai que le recours au ministre est suspensif, ce n'est qu'en principe car, d'une part, l'autorité de contrôle peut en décider autrement et, d'autre part, elle peut faire publier au Moniteur belge la décision contestée.

La décision confirmative du ministre sera, tout comme la décision initiale de l'autorité de contrôle, un acte administratif susceptible d'être déféré à la censure du Conseil d'Etat, section d'administration, sur la base de l'article 14 des lois coordonnées le 12 janvier 1973. L'intervention du Conseil d'Etat, fût-ce au terme d'une procédure purement administrative, satisfait aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En l'occurrence, cependant, cette intervention va se trouver paradoxalement

.../...

retardée par l'existence même du recours organisé. Ni l'annulation ni la suspension de la mesure prise par l'autorité de contrôle ne pourront être valablement demandées au Conseil d'Etat aussi longtemps que le recours au ministre n'aura pas été vidé. Ainsi, dans l'hypothèse où l'autorité de contrôle aurait fait usage de la faculté de déclarer sa décision exécutoire nonobstant recours, plus d'un mois (1) se sera écoulé avant que l'intéressé puisse saisir le Conseil d'Etat. Il est à craindre qu'à ce moment, le préjudice grave dont le risque est l'une des conditions permettant d'obtenir la suspension de l'acte se sera réalisé et que la suspension n'aura plus d'effet utile.

La situation sera peut-être plus choquante encore si le ministre n'a pas statué sur le recours dans les trente jours ouvrables qui lui sont impartis car alors la mesure sera rapportée, mais le préjudice consommé.

De ces considérations, il y a lieu de conclure que les articles 104 et 139 n'assurent pas un recours effectif et qu'ils pourraient donc être contraires aux articles 6 et 13 de la Convention européenne.

9. L'amende administrative fût-elle prononcée par une autorité qualifiée d'indépendante et hors des garanties de la procédure pénale, ne peut être admise au regard de

(1) Le délai accordé au ministre est de trente jours ouvrables.

notre droit constitutionnel que si elle ne constitue pas une peine.

Pour qu'une amende administrative n'acquière pas de caractère proprement punitif, ce qui en modifierait la nature, il faut que par la modération de son montant, elle n'ait pas d'effets sensibles sur les revenus ou sur le patrimoine du contrevenant tels que celui-ci devrait supporter une ou des privations quant à la satisfaction de ses besoins, tant sur le plan matériel que moral. L'appréciation de ces effets exige une pondération de l'amende en rapport avec les moyens du contrevenant.

En d'autres termes, l'amende administrative doit demeurer, en fonction de son montant, une espèce d'avertissement, de rappel à l'ordre.

La détermination du montant d'une amende administrative soulève une question d'opportunité politique sur laquelle il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se prononcer. Toutefois, lorsque l'amende atteint un montant très important, il y a lieu de considérer qu'elle devient une peine qui ne peut être prononcée que par les tribunaux, en vertu de l'article 144 de la Constitution (1).

(1) C.A., arrêt n° 72/92, du 18 novembre 1992 (Mon. b. 16 janvier 1993).

Volgens artikel 84, tweede lid, dat bij de wet van 15 oktober 1991 is ingevoegd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moet de minister, wanneer hij vraagt dat het advies van de afdeling wetgeving binnen een termijn van ten hoogste drie dagen wordt gegeven, dat verzoek om spoedbehandeling met bijzondere redenen omkleden.

In zijn adviesaanvraag wijst de Minister van Financiën op

"l'importance capitale de ce projet pour la place financière belge, tant au niveau de la transposition des directives européennes en matière de services d'investissement et d'adéquation du capital des intermédiaires financiers habilités à prester lesdits services, qu'au niveau de sa crédibilité et donc de sa position concurrentielle vis-à-vis des autres places financières européennes".

En verder wijst hij het bovenstaande aan als

"les raisons pour lesquelles le gouvernement, en fonction des circonstances, a estimé devoir le dissocier de la codification financière dans laquelle il était destiné à s'intégrer et d'en faire un projet prioritaire. Par conséquent, le gouvernement s'est vu contraint de ... le soumettre en urgence".

*

* *

Binnen de korte termijn die hem is toegemeten, moet de Raad van State zich bepalen tot het maken van de volgende opmerkingen.

.../...

Voorafgaande opmerkingen.

1. De tekst van het voorontwerp van wet waarover de Raad van State op 1 maart 1995 verzocht is advies uit te brengen binnen een termijn van drie dagen, bevat anomalieën en leemtes : de boeken en titels zijn als bij toeval genummerd, de artikelen zijn niet doorlopend genummerd, verwijzingen van een bepaling naar een andere zijn oningevuld gelaten, sommige teksten zijn gebrekkig gesteld. Een verbeterde versie van het ontwerp is aan de Raad van State bezorgd op 3 maart 1995.

Bij die versie was een bijlage gevoegd met een dertigtal nieuwe artikelen. De Raad van State, afdeling wetgeving, heeft geen advies kunnen geven over die artikelen omdat er geen memorie van toelichting en geen Nederlandse versie bij gevoegd was.

2. Het voorontwerp van wet strekt er inzonderheid toe een in het Officieel Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakte richtlijn om te zetten in de Belgische rechtsorde. De termijn die aan de Raad van State is toegemeten om de juistheid van de omzetting te beoordelen, die uiterlijk 1 juli 1995 tot stand gebracht moet zijn, noopt ertoe voorrang te geven aan het toezicht a posteriori op die juiste omzetting door de Commissie en het Hof van Justitie. Een dergelijke manier van toezicht schaadt de rechtszekerheid, die onverbrekkelijk verbonden is met de eis van voorzienbaarheid die wordt nagestreefd door de economische subjecten.

.../...

3. Zoals gebruikelijk is in het Europese recht, zou de memorie van toelichting moeten worden aangevuld met een tabel die voor elke bepaling van het ontwerp aangeeft welke Europese tekst ermee overeenstemt, opdat de wetgevende kamers zich met kennis van zaken een oordeel kunnen vormen over de keuze van de middelen die de stellers van het Belgische ontwerp hebben uitgewerkt en kunnen voorkomen dat de uitoefening van het amenderingsrecht, dat besloten ligt in artikel 76 van de Grondwet, verder reikt dan de grenzen die worden aangegeven door de om te zetten teksten.

De aan de afdeling wetgeving overgelegde concordantietabel is in haar geheel onjuist en, derhalve, onbruikbaar.

Algemene opmerkingen.

1. De rechtsleer (1) en de rechtspraak (2) hebben recentelijk uiteenzettingen gewijd aan het rechtssysteem van de onafhankelijke administratieve overheden; noch uit de memorie van toelichting bij het ontwerp noch uit het

(1) Zie o.a. M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1991, en de talrijke verwijzingen aldaar.

(2) Zie, bijvoorbeeld, RvS, arrest nr. 30.637, van 7 september 1988; C.E. fr., 6 juli 1990, aff. Cie diamantaire d'Anvers et M. Delcourt, A.J.D.A., 1990, blz. 907-909, opm. L. Richer; C.E. fr., 1 maart 1991, aff. Le Cun, A.J.D.A. 1991, blz. 401-402; Cour d'appel de Paris, 15 januari 1993, Derveloy c/Agent judiciaire du Trésor, Rec. Dalloz-Sirey, 1993, blz. 273-276, opm. C. Ducouloux-Favard.

dispositief ervan blijkt dat ermee rekening zou zijn gehouden bij het opstellen van het ontwerp.

2. De hoeksteen van boek II van het ontwerp, dat handelt over het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, wordt gevormd door de "toezichthoudende overheid", die door artikel 46, 9°, wordt omschreven als "de instelling of instellingen door de Koning belast met het toezicht op de beleggingsondernemingen".

De aldus "omschreven" instellingen worden verder in het ontwerp helemaal niet bepaald. Deze elementaire leemte is juridisch niet aanvaardbaar, om ten minste twee redenen :

a) De wetgever mag niet, onder het mom van een definitie, aan de Koning de bevoegdheid overlaten om naar eigen zin de overheid te kiezen die de omvangrijke bevoegdheden zal uitoefenen welke de ontworpen wet haar toekent. De samenstelling van de instelling, de werk- en financieringswijze ervan, de betrekkingen ervan met de uitvoerende macht en de economische subjecten waarop zij toezicht houdt, zijn immers doorslaggevende gegevens om uit te maken of de bevoegdheden die haar worden opgedragen juridisch aanvaardbaar zijn, en om, uit het oogpunt van het parlement, de geloofwaardigheid na te gaan van de door het wetsontwerp ingestelde toezichtsregelingen.

b) Door de Koning in staat te stellen op discretionaire wijze te bepalen welke instelling of instellingen

.../...

het door de wet bepaalde toezicht zullen uitoefenen en, in voorkomend geval, er achteraf andere, al even discretionair, in de plaats te stellen, zou de wetgever een zekere afhankelijkheid van die instellingen ten opzichte van de uitvoerende macht doen ontstaan, die moeilijk in overeenstemming te brengen zou zijn met het normale statuut van een toezichthoudende overheid.

Bovendien zou in de memorie van toelichting moeten worden uitgelegd hoe de bevoegdheid van het directiecomité, vastgelegd in de artikelen 16, 40, en 18, harmoniseert met die welke aan de toezichthoudende overheid wordt verleend om de beleggingsondernemingen te erkennen en, in het bijzonder, die ondernemingen welke als leden van de beurs zullen moeten worden aanvaard.

3. De door het ontwerp ingestelde marktautoriteit moet, volgens de stellers van het ontwerp, optreden als een zelfstandige autoriteit, inzonderheid ten opzichte van de economische subjecten waarop zij toezicht uitoefent. Wil het beginsel werkzaam zijn, dan moet worden voorzien in voldoende organieke waarborgen. Zulks lijkt niet het geval te zijn : de leden van het directiecomité worden tijdelijk, door de gecontroleerden, benoemd in een functie waardoor ze normaal elk ander beroepsinkomen zullen verliezen dan dat wat hun zal worden toegekend overeenkomstig het reglement van de beursvennootschap; ook de eventuele vernieuwing van hun aanwijzing zal afhangen van de gecontroleerden; de voorgeschreven onverenigbaarheden gelden slechts gedurende de uitoefening van de opdracht.

.../...

Bovendien kunnen de leden van het directiecomité te allen tijde ontslagen worden door de raad van bestuur, uitspraak doende bij bijzondere meerderheid, mits de Minister van Financiën ermee instemt, terwijl, volgens de artikelen 14, § 3, en 15, het directiecomité "fungeert als een autonome autoriteit" en "volledig onafhankelijk van de raad van bestuur" handelt.

De door de stellers van het ontwerp bedachte regeling van "zelfcontrole", is alleen aanvaardbaar als ze grondig wordt herzien.

Op het eerste gezicht dienen blijkbaar ten minste twee keuzes te worden gemaakt :

- de aanwijzing van de leden voor een niet-vernieuwbare termijn;
- de verlenging van de onverenigbaarheden of van de verbodsbepalingen gedurende een bepaalde tijd na het einde van de opdracht.

4. In verscheidene artikelen van het wetsontwerp worden aan de Koning bevoegdheden opgedragen die in te ruime termen zijn gesteld; dat blijkt inzonderheid uit de artikelen 110 en 111.

Dienaangaande is het zaak te memoreren dat ten aanzien van de fundamentele rechtsregels de normatieve bevoegdheid berust bij de verschillende wetgevende vergaderingen van de federale staat of van de deelentiteiten, die

.../...

elk handelen met de hun overeenkomstige uitvoerende bevoegdheid. De rechtsregels van lagere rang worden gegeven door de uitvoerende macht die ingesteld is op de onderscheiden trappen van de federale structuur. Op het niveau van de federale macht wordt de normatieve bevoegdheid van lagere rang door de Grondwet opgedragen aan de Koning, die optreedt zonder speciale machtiging om maatregelen te nemen die nodig zijn voor de uitvoering van de wetten (artikel 108) of om andere maatregelen te nemen, krachtens een verordeningbevoegdheid door de wet verleend (artikel 105).

Artikel 33 van de Grondwet schrijft immers voor dat de machten worden uitgeoefend op de wijze die bij de Grondwet zelf wordt bepaald; daarom mag de wetgever aan de Koning alleen bevoegdheden opdragen binnen zeer nauwkeurig bepaalde grenzen, zoniet schendt hij de evengenoemde grondwetsbepaling.

Bovendien is de wetgever niet gerechtigd een minister te belasten met de uitvoering van een wetsbepaling. De Koning oefent de bevoegdheid uit om de wetten uit te voeren. Bijgevolg komt aan de Koning en niet aan de minister de bevoegdheid toe om de wet uit te voeren en om, in voorkomend geval, aan de minister de bevoegdheid op te dragen om detailmaatregelen vast te stellen.

5. Het aan de afdeling wetgeving voorgelegde wetsontwerp bevat verscheidene gevallen waarin regelgevende bevoegdheid wordt opgedragen aan administratieve overheden. Zo bijvoorbeeld in :

.../...

- artikel 10, tweede lid, volgens hetwelk het directiecomité de regels vaststelt voor de organisatie, de werking, het toezicht en de orde op de markten;
- artikel 14, § 4, waarin wordt bepaald dat het directiecomité een organiek reglement opstelt;
- artikel 32, § 2, luidende :

"De Koning kan de door Hem te bepalen ... instellingen machtigen om ... de regels vast te stellen voor de organisatie, de werking, het toezicht en de orde op de markten".

Aan het opdragen van verordnungsbevoegdheid aan een autonome overheid zijn aanzienlijke nadelen verbonden. De regelingen die krachtens zodanige bevoegdheden worden vastgesteld staan niet onder de rechtstreekse controle van het parlement; die regelingen bekleden een niet met zekerheid te bepalen plaats in de hiërarchie van de normen, wat het beslechten van eventuele conflicten tussen die normen en andere reglementaire bepalingen erg bemoeilijkt; daarbij komt ten slotte dat aangezien de ontwerpen van zodanige reglementen niet om advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State behoeven te worden voorgelegd, niet getoetst zal worden of zij wettig zijn en zich verdragen met de wetgevingstechnische voorschriften en evenmin of de Nederlandse en de Franse tekst ervan met elkaar overeenstemmen.

De stellers van het ontwerp trachten de nadelen die verbonden zijn aan het verlenen van verordnungsbevoegdheid aan zelfstandige overheden te verzachten door te bepalen dat

de regelingen die zij eventueel vaststellen door de Minister van Financiën goedgekeurd zouden moeten worden.

Het werken met dergelijke procedures volstaat niet om te voldoen aan de Grondwet, want in weerwil van die procedures zal de minister desalniettemin, wanneer de bevoegdheid aan een zelfstandige overheid is verleend, steeds het recht van initiatief hebben verloren dat hij moet behouden, onder voorbehoud van de geldigheid van de opdracht die hem door de Koning is verleend.

Wil het ontwerp in overeenstemming zijn met de Grondwet, dan moet ervan afgezien worden bepaaldelijk het directiecomité van een effectenbeursvennootschap bevoegd te maken voor het uitvoeren van de wet.

Die bevoegdmaking gaat namelijk rechtstreeks in tegen artikel 108 van de Grondwet, naar luid waarvan de bevoegdheid om rechtsregels te geven ter uitvoering van de wet, aan de Koning toekomt.

6. Met het wetsontwerp wordt beoogd sommige overheden bevoegd te maken om afwijkingen toe te staan of vrijstelling van toepassing van de wet of van uitvoeringsbesluiten te verlenen.

Het gaat inzonderheid om afwijkingen voorgeschreven in de artikelen 29, § 1, 7^o, 61, derde lid, 90, zesde lid, 91, derde lid, 95, § 7.

Aan het uitoefenen van de bevoegdheid om afwijkingen toe te staan wordt één enkele voorwaarde verbonden, namelijk het bestaan van een bijzonder geval. Op de bevoegdheid van die overheden om afwijkingen toe te staan wordt geen enkele andere beperking gesteld en voor de uitoefening van die bevoegdheid wordt door het ontwerp niet voorgeschreven enig ander vormvereiste na te leven.

Aangezien het begrip "bijzonder geval" niet omschreven wordt en het op grond van geen enkel in de wet ingeschreven criterium mogelijk is te bepalen welk geval aan dat begrip beantwoordt, wordt doordat aan die overheden de bevoegdheid wordt verleend om in bijzondere gevallen afwijkingen toe te staan, aan een administratieve overheid - die niet ter verantwoording kan worden geroepen door de wetgevende kamers - de taak opgedragen om te bepalen in hoeverre de totale, door de wetgever of de Koning uitgewerkte regeling al of niet verplicht is voor de vestigingen waar zij op doelt.

Dat vermogen om de toepassing van de wet buiten spel te zetten, doet niet alleen afbreuk aan de algemeenheid van de rechtsregel, doch ook aan het beginsel van gelijkheid voor de wet.

De hierboven gemaakte opmerking geldt des te meer voor de afwijkingen die zonder enige beperking worden voorgeschreven, zelfs niet die van het bijzonder geval (artikel 61, derde lid).

Bovendien kan uit rechtskundig oogpunt niet worden gedoogd dat in sommige artikelen van het ontwerp, inzonder-

.../...

heid in artikel 95, § 7, de toezichthoudende overheden bevoegd worden gemaakt om af te wijken van toekomstige koninklijke besluiten of reglementen voordat de wetgever de inhoud ervan kent en kan oordelen over de noodzaak om ervan af te wijken of om een overheid bevoegd te maken om zulks te doen.

De voornoemde teksten behoren bijgevolg grondig te worden herzien.

7. Volgens artikel 36, § 2, zal "de toezichthoudende overheid ... er voor instaan dat de marktreglementen van de marktautoriteiten conform zijn aan de gedragsregels vermeld in § 1".

Dat de toezichthoudende overheid bevoegd wordt gemaakt om bindende reglementen ter zake van beroepsethiek op te stellen, op de veronachtzaming waarvan tuchtstraffen kunnen staan, is strijdig met de Grondwet.

Om die reden trouwens is het dat zelfs de orden van beroepsbeoefenaars geen autoriteit hebben die regels kan geven ter zake van de beroepsethiek.

Toch zijn er uitzonderingen; de opvallendste is de Nationale Orde van Advocaten. Artikel 501 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt namelijk dat de reglementen die de algemene raad van de Orde aanneemt bindend zijn voor alle advocaten; artikel 502 van hetzelfde wetboek laat hierop volgen dat die reglementen alleen door het Hof van Cassatie nietigverklaard kunnen worden, dat geadieerd wordt door de procureur-generaal bij dat hof of door de deken van de Orde. Die uitzondering kan evenwel niet worden toegepast op andere beroepen, aangezien er geen een ander beroep is dat uit het oogpunt van de beroepsethiek lijkt op dat van advocaat. De taak van de advocaten bestaat er namelijk in de vrijheid van de burgers te waarborgen, ook tegen de greep van de overheidsinstanties in. Er dient voor te worden gezorgd dat zij onafhankelijk zijn van iedereen, zelfs van hen die in de Staat de wetten en verordeningen maken. De beroepsethiek mocht dus niet afhangen van die instanties, waartegen de advocaten soms verplicht zijn zich te verzetten en weerstand te bieden; hun beroepsethiek mocht bijgevolg alleen door de advocaten zelf worden bepaald, onder de rechtstreekse controle van het opperste rechterlijke gezag. De uitzondering is dus niet significant.

Een andere uitzondering vormt de Orde der Dierenartsen. Luidens artikel 11, zesde lid, van de wet van 19 december 1950 heeft de Hoge Raad van hun Orde tot taak : "... de regelen van de veeartsenijkundige plichtenleer vast te stellen, overeenkomstig de in artikel 5 van deze wet vermelde doeleinden". De mening is gewettigd dat die regelen bindend zijn.

De uitzondering is evenmin betekenisvol, want die bepaling van de wet van 1950 is kennelijk een kopie van het bepaalde van artikel 11, tiende lid, van de wet van 19 mei 1949 tot oprichting van de Orde der Apothekers. De wetgever is echter in 1967 teruggekomen van die laatstgenoemde tekst; op grond van het vorenoverwogene valt te denken dat de gezamenlijke juristen tegenwoordig niet van mening zijn, wat blijkt uit de wordingsgeschiedenis van de diverse wetten op de Orden van beroepsbeoefenaars, dat de hoge raden van die orden een eigen verordeningsbevoegdheid behoren te hebben op het gebied van de beroepsethiek (1).

-
- (1) Immers, nadat het arrest van de Raad van State van 6 oktober 1951 (R.J.D.A., 1952, blz. 97, noot van M.-Th. Bourquin) bevestigd had dat de Hoge Raad van de Orde der Geneesheren door bij voorbaat regelen van plichtenleer vast te leggen en door deze verplicht te maken de bevoegdheid te buiten was gegaan waarover hij beschikte door artikel 10 van de wet van 25 juli 1938, dat er zich toe bepaalde de Hoge Raad de taak op te leggen de uitspraken in tuchtzaken van de onderscheiden raden van de orde te bundelen, heeft artikel 15, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967, tot opheffing van de wet van 1938, wel degelijk aan de Nationale Raad van de Orde der geneesheren de taak toevertrouwd om een code van medische plichtenleer uit te werken. Hetzelfde artikel 15, § 1, tweede lid, preciseert echter dat die code pas dan bindende kracht zal hebben als een in de ministerraad overlegd koninklijk besluit er die kracht aan zal hebben verleend. Het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 draagt aan de Nationale Raad van de Orde der apothekers een bevoegdheid op om de regels van de beroepsethiek vast te stellen die identiek is aan die waarover de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren beschikt. De code van farmaceutische plichtenleer is eveneens pas door een in de ministerraad overlegd koninklijk besluit verbindend geworden.

Bij besluit nr. 79 van 10 november 1967 hebben de autoriteiten van de Orde der Geneesheren een ruimere bevoegdheid ontvangen dan die welke er in 1938 aan was verleend, terwijl de macht van de Hoge Raad van de Orde der Apothekers beperkt is ten opzichte van die welke hij had op grond van de wet van 19 mei 1949, opgeheven bij besluit nr. 80. Toch moet vooral in gedachte worden gehouden dat de hogere overheid van de Orde der Geneesheren en die van de Orde der Apothekers weliswaar belast zijn met het voorafgaandelijk maken van de voorschriften inzake beroeps-ethiek, maar daarmee geen echte verordeningsbevoegdheid hebben.

Het is moeilijk te gissen waarom de organisatie van de Orde der Dierenartsen, die in 1950 (wet van 19 december 1950 tot instelling van de Orde der Dierenartsen) gekopieerd was van die van de Orde der Apothekers, onveranderd is gebleven nadat de wet van 1949, die er model voor had gestaan, was gewijzigd. Wellicht gaat het om een onachtzaamheid, want het valt niet goed in te zien waarom de instanties van de orden van beroepsmatige beoefenaars van de kunst om mensen te genezen een beperktere bevoegdheid zouden hebben dan de instanties van de orde die diegenen bijeenbrengt die beroepsmatig de diergeneeskunde beoefenen.

Daarenboven laat het zich hoe dan ook niet aanzien dat de situatie van de dierenartsen voldoende te vergelijken is met die van de bemiddelaars op de financiële markten willen de eerstgenoemden enigszins als voorbeeld kunnen dienen om de voorschriften voor de laatstgenoemden te maken.

8. De artikelen 104 en 139 voorzien beide in een beroep bij de minister van Financiën tegen een beslissing van de toezichthoudende overheid (artikel 104, § 2) en tegen een weigering van registratie (artikel 139, zesde lid).

Hoewel het beroep bij de minister de beslissing schorst, is zulks alleen in principe zo, want enerzijds kan de toezichthoudende overheid daar anders over beslissen en anderzijds kan zij de omstreden beslissing in het Belgisch Staatsblad laten bekendmaken.

Net zoals de oorspronkelijke beslissing van de toezichthoudende overheid, zal de bevestigingsbeslissing van de minister een administratieve handeling zijn die ter toetsing kan worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling administratie, op basis van artikel 14 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten. Hoewel het optreden van de Raad van State geschiedt aan het eind van een louter administratieve procedure, beantwoordt het aan de vereisten van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. In casu zal dat optreden echter paradoxaal genoeg vertraagd worden door het bestaan zelf van het georganiseerde beroep. Noch de nietigverklaring, noch de schorsing van de maatregel die de toezichthoudende overheid heeft genomen zullen rechtsgeldig van de Raad van State kunnen worden gevorderd zolang het beroep bij de minister niet is afgehandeld. Gesteld dat de toezichthoudende overheid gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om haar beslissing niettegenstaande elk beroep uitvoerbaar te verklaren, zal aldus meer

dan een maand (1) verstreken zijn voordat de belanghebbende de zaak bij de Raad van State aanhangig kan maken. Er moet worden gevreesd dat op dat ogenblik het gevaar voor een ernstig nadeel dat een van de voorwaarden is om de schorsing van de handeling te verkrijgen, werkelijkheid zal zijn geworden en dat de schorsing geen nuttig effect meer zal hebben.

De situatie zal misschien nog stuitender zijn als de minister niet binnen de dertig werkdagen waarover hij beschikt, over het beroep uitspraak heeft gedaan, aangezien de maatregel dan zal worden herroepen maar het nadeel al onomkeerbaar zal zijn.

Uit deze overwegingen dient te worden besloten dat de artikelen 104 en 139 geen daadwerkelijke rechtshulp verzekeren en dus strijdig kunnen zijn met de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag.

9. De administratieve boete die weliswaar wordt uitgesproken door een onafhankelijk genoemde instantie en buiten de waarborgen van de strafrechtspleging om, kan uit het oogpunt van ons grondwettelijk recht alleen worden aanvaard als zij geen straf vormt.

Opdat een administratieve boete geen eigenlijk bestraffend karakter krijgt, hetgeen er de aard van zou wijzigen, is het nodig dat zij, door de beperking van het

(1) De termijn waarover de minister beschikt, bedraagt dertig werkdagen.

bedrag ervan, op de inkomsten of het vermogen van de overtreder geen zodanig voelbare gevolgen heeft dat deze zou moeten gedogen dat eenmaal of meermaals niet wordt voldaan aan zowel zijn materiële als morele behoeften. Het beoordelen van die gevolgen vereist dat de boete wordt gerelativeerd in verhouding tot de middelen van de overtreder.

Met andere woorden, de administratieve boete moet, naar gelang van het bedrag, een soort waarschuwing, terechtwijzing blijven.

Met de vaststelling van het bedrag van een administratieve boete is een vraag van politieke opportuniteit gemoeid waarover de Raad van State zich niet heeft uit te spreken. Wanneer de boete evenwel oploopt tot een zeer aanzienlijk bedrag, dient zij te worden beschouwd als een straf welke, krachtens artikel 144 van de Grondwet, uitsluitend door de rechtbanken kan worden uitgesproken (1).

(1) Arbitragehof, arrest nr. 72/92 van 18 november 1992 (B.S. 16 januari 1993).

La chambre était composée de :

De kamer was samengesteld uit :

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président de chambre,
kamervoorzitter,

Y. BOUCQUEY,
Y. KREINS,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. DE GAVRE,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

P. GOTHOT,

Madame
Mevrouw

J. GIELISSEN,

greffier,
griffier.

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

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

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. R. HENSENNE, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door M. R. HENSENNE, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

J. GIELISSEN.

J.-J. STRYCKMANS.