

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 21 décembre 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet de loi "modifiant la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle aux intermédiaires et conseillers en placements, fixant le régime fiscal des opérations de prêt d'actions et portant diverses autres dispositions", a donné le 29 décembre 1998 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 21 december 1998 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs, tot regeling van verrichtingen van lening van aandelen en houdende diverse andere bepalingen", heeft op 29 december 1998 het volgende advies gegeven :

Conformément à l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"... Le délai est justifié par la volonté d'armer le plus rapidement possible notre place financière des instruments pour faire face à la concurrence internationale, rendue possible par la transposition de la directive 93/22/CEE du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et exacerbée par l'introduction de l'Euro au 1er janvier 1999."

*

*

*

Conformément à l'article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section de législation s'est limitée aux observations ci-après.

OBSERVATION PREALABLE

Dans le bref délai qui lui est imparti, le Conseil d'Etat n'a pas été à même d'examiner aussi minutieusement qu'il l'eût voulu l'important avant-projet de loi dont il est saisi. Aussi, les observations qui seront formulées n'ont-elles pas la prétention d'être exhaustives. Aucun

.../...

argument, dans un sens ou dans l'autre, ne pourrait être tiré du silence de la section de législation sur quelque disposition que ce soit du présent avant-projet.

Au surplus, aucune observation d'ordre légistique ne sera faite.

OBSERVATIONS GENERALES

I. La confirmation législative

A l'article 6, 3°, du projet (article 7, § 3, nouveau, en projet, de la loi du 6 avril 1995), il est prévu que les modifications législatives à la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, qui seront arrêtées par le Roi, dérogeant le cas échéant aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales, "seront soumises à la Chambre des Représentants dans les six mois".

Le texte ne précise pas la portée et les conséquences de cette communication.

Interrogé, le délégué du ministre a donné l'explication suivante :

"En ce qui concerne l'information de la Chambre ou la confirmation par la Chambre des arrêtés royaux prévus à l'article 6 du projet, la volonté des auteurs du projet a été de prévoir, à l'instar de la disposition figurant habituellement dans des lois cadres (par exemple loi cadre UME d'août 1996), que les arrêtés

.../...

royaux pris sur base, en l'espèce, de l'article 6 du projet, doivent, pour avoir force obligatoire en droit, être ratifiés par les Chambres législatives, dans les 6 mois à dater de leur sanction."

Cette intention devrait être expressément consignée dans le texte même de l'avant-projet.

Si, dans un souci de sécurité juridique, une confirmation législative est effectivement envisagée, les auteurs de l'avant-projet ne peuvent négliger que le refus éventuel de la confirmation pourrait lui-même être source de difficultés considérables, notamment quant à la validité des actes du pouvoir exécutif pris dans l'intervalle.

Ce procédé est également de nature à rendre, en fait, impraticable l'amendement de l'oeuvre du Roi par le législateur.

C'est pourquoi il serait préférable de s'en tenir au régime constitutionnel ordinaire de modification de la loi, en laissant aux Chambres et au Roi le soin d'adopter les modifications nécessaires, en connaissance de cause et pour l'avenir (Constitution, article 33, alinéa 2, article 36, article 105 et article 108).

.../...

II. La commission disciplinaire de marché

A. L'indépendance de la commission disciplinaire de marché.

1. L'article 20bis en projet institue "au sein d'une Société de la bourse de valeurs mobilières un organe indépendant dénommé commission disciplinaire de marché".

Cette disposition répond au souci d'instituer "à côté du comité de direction de la Bourse, chargé de la gestion quotidienne de la Bourse", "deux organes distincts et indépendants, chargés pour le premier, l'autorité de marché, des fonctions d'autorité de marché, et pour le second, la commission disciplinaire de marché, de la mission principale de sanctionner les violations au règlement de la Bourse et au règlement du marché, commises par les intermédiaires agissant sur ces marchés et les émetteurs".

L'indépendance de la commission disciplinaire de marché sera mieux garantie si, comme en a convenu le délégué du ministre, ses membres non-magistrats sont nommés par le Ministre des Finances sur les avis du conseil d'administration d'une part, et de l'autorité de marché d'autre part, plutôt que sur la proposition de ces organes.

2. L'indépendance des membres effectifs est assurée, notamment, par des incompatibilités qui se prolongent vingt-quatre mois au-delà de leur mandat.

.../...

L'exposé des motifs justifie le traitement différencié qui est fait aux membres suppléants de cette commission par le souci d'assurer le recrutement de ceux-ci, considérant que l'imposition d'incompatibilités ferait "courir le risque d'ôter à cette fonction, qu'ils n'exerceront qu'occasionnellement, un caractère suffisamment attractif".

Dès lors que l'on ne peut préjuger du fonctionnement de la commission, cette justification n'apparaît pas suffisante.

Si l'on souhaite une commission disciplinaire effectivement indépendante, il est recommandé de soumettre les membres suppléants aux mêmes incompatibilités que les membres effectifs.

B. La révocation des membres de la commission disciplinaire

Interpellé sur l'article 20bis, dernier alinéa, en projet, le fonctionnaire délégué a convenu que :

"En ce qui concerne la révocation des membres de la Commission disciplinaire, le texte gagnerait en effet clarté en précisant, que le pouvoir de révocation est donné au(x) Ministre(s) qui nomme(nt).".

La disposition en projet sera modifiée de façon à réserver le pouvoir de révocation au ministre qui a effectivement nommé le membre concerné.

.../...

C. Le pouvoir de la commission disciplinaire de marché d'infliger des "sanctions administratives"

L'article 20septies, § 1er, alinéa 1er, en projet, permet à la commission disciplinaire de marché d'infliger une amende unique ou une amende par jour calendrier aux personnes visées aux articles 19 et 20, § 2, de la loi du 6 avril 1995 et ce, en cas de violation de ces articles. La commission peut prononcer vis-à-vis des membres de la Société de la bourse de valeurs mobilières une mesure de suspension sur un ou plusieurs marchés pour une période qui ne peut excéder six mois ou les exclure d'un ou de plusieurs marchés.

L'alinéa 2 en projet ajoute ce qui suit :

"Lorsqu'elle inflige une amende par jour calendrier, celle-ci ne peut être inférieure à 10.000 francs ni supérieure à 10 millions de francs. Au total, les amendes ne peuvent être pour le même fait ou ensemble de faits, supérieures à 50 millions de francs. Lorsque l'infraction a procuré au contrevenant un avantage patrimonial, l'amende ne peut en outre être inférieure au montant de cet avantage patrimonial, ni supérieure au double de ce montant ou en cas de récidive, au triple de ce montant."

2. Selon la Cour d'arbitrage, "lorsque le législateur estime que certains manquements à des obligations légales doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales ou pour des sanctions administratives. Le choix de l'une ou de l'autre catégorie

.../...

de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination" (1).

En l'espèce, en confiant à une autorité administrative le pouvoir de prononcer les amendes précitées, les auteurs du projet ont opté en faveur d'un mécanisme de sanction administrative. Ce choix ne les dispense toutefois pas du respect des principes généraux du droit pénal (2) et de la procédure pénale. Toute atteinte qui serait portée de manière disproportionnée à ceux-ci, est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Dans cette perspective, il convient que le recours devant la commission d'appel soit suspensif et qu'un recours juridictionnel suspensif puisse être introduit contre la décision de la commission d'appel.

Il incombe aux auteurs de l'avant-projet de remédier à cette lacune.

3. Il y a lieu d'examiner si les sanctions financières prévues par le projet n'ont pas un caractère pénal, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, auquel cas elles ne peuvent être prononcées que dans le respect des garanties requises par cette disposition.

(1) Arrêts n° 40/97, point B.2., et n° 45/97, point B.2., du 14 juillet 1997.

(2) Voir l'arrêt n° 72/92 du 18 novembre 1992 de la Cour d'arbitrage, Moniteur belge du 16 janvier 1993, point B.2.2.

Il ressort des arrêts Oztürk (1) et Lutz (2) de la Cour européenne des droits de l'homme que plusieurs critères retiennent spécialement l'attention pour déterminer si une sanction administrative est soumise aux garanties que prévoit l'article 6 précité en cas d'"accusation en matière pénale" : celui de la nature de l'infraction, celui de la nature de la sanction que risque de subir l'intéressé et du degré de gravité de celle-ci (3). Dans l'arrêt Lutz, la Cour a relevé que,

"... pour que l'article 6 s'applique au titre des mots «accusation en matière pénale», il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, "pénale" au regard de la Convention ... ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la «matière pénale»."

Pour décider si une infraction est pénale par nature, il convient d'abord d'avoir égard à l'objet de la norme transgressée : s'agit-il d'une norme concernant le public en général, par opposition à une norme s'adressant à un groupe déterminé de personnes doté d'un statut particulier ? Dans l'affirmative, la sanction a un caractère pénal si elle poursuit un but répressif, si elle tend à punir l'auteur de l'infraction. En ce cas, selon les arrêts Oztürk et Lutz, la circonstance que l'infraction n'atteint

(1) Arrêt du 21 février 1984, série A, n° 73.

(2) Arrêt du 25 août 1987, série A, n°123.

(3) A ce propos, lire spécialement J. VELU et R. ERGEC, "La Convention européenne des droits de l'homme" in Rép. prat. dr. belge, compl. VII, Bruylant, 1990, n°s 445 et 447; A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Mys & Breesch, 1994, pp. 58 et suivantes.

pas un certain degré de gravité et la faiblesse relative de la sanction ne sauraient retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque.

Comme le relèvent J. Velu et R. Ergec, le critère du degré de la sévérité de la sanction est surtout pris en considération pour distinguer le disciplinaire du pénal relativement aux comportements s'inscrivant dans un groupe social particulier (1) (2).

En l'espèce, les amendes prévues à l'article 20^{septies} en projet sanctionnent tantôt le public en général (3), tantôt un groupe social particulier (4). Dans tous les cas, leur but punitif et répressif ne paraît pas douteux, compte tenu du fait qu'elles sont susceptibles d'atteindre des montants très importants, suivant l'"ap-

(1) Op. cit., n° 445.

(2) Voir en ce sens les avis L. 23.417/2 donné le 18 janvier 1995 sur un avant-projet d'ordonnance "relatif aux services de taxis et aux services de location de voitures avec chauffeur", doc. CRB, S.O., 1994-1995, A-368/1-94/95, pp. 47-49 et L. 25.252/2/9, donné le 28 juin 1996 (neuvième chambre), le 1er juillet 1996 (neuvième chambre) et le 2 juillet 1996 (deuxième chambre) sur un avant-projet de décret-programme "portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, les bâtiments scolaires, l'enseignement et l'audiovisuel", doc. CCF, 1995-1996, n° 96-1, pp. 45-46.

(3) Voir spécialement l'article 20, § 2, de la loi du 6 avril 1995, qui vise "quiconque".

(4) Voir l'article 19, 1°, en projet de la loi du 6 avril 1995 qui concerne les intermédiaires agissant directement ou indirectement sur les marchés boursiers et l'article 19, 2°, en projet de la même loi qui concerne les émetteurs de valeurs mobilières.

préciation de la gravité du cas" (1) par la commission disciplinaire de marché.

Lesdites amendes doivent donc être considérées comme ayant un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne et respecter l'ensemble des garanties prévues par cette disposition, notamment le principe de la légalité des peines qui requiert non seulement que les comportements délictueux soient définis avec précision, mais encore que les sanctions soient échelonnées (2).

Il en va de même pour les mesures de suspension et d'exclusion concernant les membres de la Société de la bourse de valeurs mobilières, ces sanctions étant de nature à provoquer un préjudice financier qui peut être considérable au point d'entraîner la faillite de l'entreprise visée.

4. L'article 20septies en projet confère à la commission disciplinaire de marché le pouvoir de sanctionner la violation de dispositions pénales, à savoir la violation des interdictions prescrites par l'article 148, §§1er et 2, de la loi du 6 avril 1995 (3) ainsi que la violation des

(1) Voir l'exposé des motifs, p. 50.

(2) Voir dans le même sens, l'avis L. 27.289/2 donné le 25 février 1998 sur un avant-projet de loi "relative à la sécurité lors des matches de football", Doc. parl., Chambre, session 1997-1998, n° 1572/1.

(3) Voir l'article 19, 1°, d), en projet de la même loi.

dispositions prévues par le livre V de la loi du 4 décembre 1990 (1).

Cette façon de procéder n'est pas admissible. Seul le juge pénal est compétent pour statuer sur la violation desdites dispositions pénales.

Dans la mesure où une compétence de "sanction financière administrative" est exercée par la commission disciplinaire de marché pour des faits susceptibles de constituer en même temps les infractions pénales précitées, il doit être tenu compte du principe "non bis in idem" consacré par l'article 14, § 7, du Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques, selon lequel "nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays". En effet, comme la section de législation du Conseil d'Etat l'a déjà relevé dans son avis L. 26.251/8 donné le 13 mai 1997 sur un avant-projet de décret "houdende het statuut van de Vlaamse Mediaraad en tot oprichting van het Vlaams Commissariaat voor de Media" (2), l'application cumulative de sanctions par l'autorité administrative et par le juge pénal à un même comportement violerait la disposition précitée du Traité, dès lors que la "sanction administrative" est susceptible d'être qualifiée de "pénale", compte tenu de la nature de

(1) Voir l'article 19, 3°, en projet de la loi du 6 avril 1995.

(2) Doc. parl., Vlaamse Raad, session 1996-1997, n° 742/1, pp. 70-74.

l'infraction ou de la gravité de la sanction; tel est évidemment spécialement le cas lorsque comme en l'espèce, une sanction peut être qualifiée de peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne. Dans le même avis, la section de législation :

- a souligné que le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues;
- a conseillé au législateur de régler lui-même la question du cumul plutôt que de s'en décharger sur les autorités administratives et juridictionnelles chargées de réprimer les infractions. Il y a lieu de réitérer ce conseil à propos du présent projet.

En conclusion, le système de sanctions prévu par le projet doit être fondamentalement revu.

D. Le pouvoir de transaction de la commission

L'article 20quinquies, alinéa 3, en projet, prévoit que :

"Ils (les rapporteurs) peuvent proposer à la commission de transiger. Les produits de la transaction sont recouvrées au bénéfice du Trésor, conformément à l'article 20septies, § 2."

.../...

Ce pouvoir, qui s'inspire de la compétence de transaction pénale du procureur du Roi, ne se concilie ni avec le rôle du rapporteur, chargé d'instruire à charge et à décharge, ni avec la compétence de la commission disciplinaire qui reçoit les conclusions du rapporteur, qui prononce la sanction ou classe sans suite ou, le cas échéant, transmet au parquet.

Il n'y a pas lieu d'avoir recours à ce mécanisme.

III. La terminologie utilisée

L'article 33 de l'avant-projet habilite le Roi à coordonner les textes des lois du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers et du 6 avril 1995 précitée, de manière à assurer l'uniformité de la terminologie.

Il faut observer que l'avant-projet introduit dans la Code des impôts sur les revenus de 1992 (CIR 1992) des dispositions qui mériteraient, elles aussi, un souci d'uniformisation.

C'est ainsi qu'à l'article 43 du projet, le texte introduit dans l'article 18, alinéa 1er, CIR 1992, vise "les actions ou parts inscrites à la cote ..." "... à l'occasion d'une vente ou d'un prêt de ces titres ...".

Depuis la loi du 4 décembre 1990, le mot "titre", d'une acception trop étendue et partant imprécis, a fait place à l'expression "valeurs mobilières".

.../...

Mieux vaut donc écrire "de ces valeurs mobilières".

Dans l'article 44 du projet, l'expression "prêt de titres" doit être remplacée par "prêt de valeurs mobilières", mais celle-ci doit être précisée puisqu'il ne s'agit que de droits de créance, éventuellement sous la forme obligataire, et non des actions ou parts visées à l'article 43 du projet.

C'est ainsi également que l'article 18, alinéa 1er, 3°, CIR en projet ne s'applique qu'aux actions ou parts inscrites à la cote d'une bourse de valeurs mobilières.

L'emploi du mot "bourse" limite le champ d'application de la disposition.

Si l'on veut une réglementation qui soit d'une application générale, il serait indiqué de viser les marchés réglementés en se référant à la définition figurant à l'article 1er, 13, de la directive du Conseil 93/22 CEE du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières.

Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il est souhaitable que la coordination confiée au Roi soit soumise à une procédure de confirmation législative.

.../...

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Article 11

Le 5° de cette disposition confère au conseil d'administration de la société de la bourse de valeurs mobilières le pouvoir "d'arrêter les modalités de financement" de celle-ci, "en ce compris notamment le montant de la contribution annuelle des membres et des sociétés dont les instruments financiers sont négociés sur un marché organisé par elle".

L'exposé des motifs révèle que le but poursuivi est d'habiliter le conseil d'administration à fixer, en lieu et place du Roi, le montant des contributions des sociétés cotées et des demandeurs en admission actuellement visés à l'article 33, § 2, de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers.

Mieux vaut qualifier la "contribution annuelle" visée, de "redevance annuelle", ce qui rend mieux compte de la nécessité de veiller à ce que le montant de cette redevance soit proportionné au service rendu par la Société de la bourse.

Article 14

Sous le 2°, il est prévu que l'autorité de marché compte au moins trois membres et que la moitié des membres sort tous les trois ans. Au cas où l'autorité de marché ne compterait effectivement que trois membres, la règle selon

.../...

laquelle la moitié des membres sort tous les trois ans est évidemment impraticable.

Le délégué du ministre propose "d'augmenter le nombre de membres de l'autorité de marché, pour atteindre un nombre pair".

En ce cas, il conviendrait d'attribuer au président une voix prépondérante.

Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

De motivering in de brief luidt aldus :

"... Le délai est justifié par la volonté d'armer le plus rapidement possible notre place financière des instruments pour faire face à la concurrence internationale, rendue possible par la transposition de la directive 93/22/CEE du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et exacerbée par l'introduction de l'Euro au 1er janvier 1999."

*

* *

Overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State heeft de afdeling wetgeving zich tot de volgende opmerkingen beperkt.

VOORAFGAANDE OPMERKING

Gelet op de korte termijn waarbinnen advies moet worden uitgebracht, heeft de Raad van State het voorliggende, belangrijke voorontwerp van wet niet zo grondig kunnen onderzoeken als hij had gewild. De gemaakte opmerkingen zijn dan ook niet exhaustief. Er mag dus geen

.../...

enkel argument, in de ene of de andere zin, worden ontleend aan het feit dat de afdeling wetgeving niets zegt over deze of gene bepaling van het onderhavige voorontwerp.

Bovendien wordt geen enkele opmerking in verband met de wetgevingstechniek gemaakt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Bekrachtiging bij de wet

In artikel 6, 3°, van het ontwerp (het ontworpen nieuwe artikel 7, § 3, van de wet van 6 april 1995) wordt bepaald dat de wijzigingen van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs, die door de Koning worden vastgesteld en in voorkomend geval van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen afwijken, binnen zes maanden aan de Kamer van volksvertegenwoordigers worden voorgelegd.

In de tekst wordt niet gepreciseerd waarom en waartoe die aan de Kamer worden voorgelegd.

In antwoord op een vraag hierover heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg verschaft :

"En ce qui concerne l'information de la Chambre ou la confirmation par la Chambre des arrêtés royaux prévus à l'article 6 du projet, la volonté des auteurs du projet a été de prévoir, à l'instar de la

.../...

disposition figurant habituellement dans des lois cadres (par exemple loi cadre UME d'août 1996), que les arrêtés royaux pris sur base, en l'espèce, de l'article 6 du projet, doivent, pour avoir force obligatoire en droit, être ratifiés par les Chambres législatives, dans les 6 mois à dater de leur sanction."

Die bedoeling zou uitdrukkelijk moeten worden vermeld in de tekst zelf van het voorontwerp.

Als er met het oog op de rechtszekerheid werkelijk aan een wettelijke bekrachtiging wordt gedacht, dan mogen de stellers van het voorontwerp niet uit het oog verliezen dat eventuele weigering van de bekrachtiging op zich ook grote moeilijkheden kan opleveren, inzonderheid in verband met de geldigheid van de handelingen die de uitvoerende macht in de tussentijd stelt.

Die werkwijze maakt het in de praktijk ook onmogelijk om de koninklijke besluiten door de wetgever bij amendement te wijzigen.

Daarom zou het verkieslijk zijn zich aan de gewone grondwettelijke regeling voor wetswijzigingen te houden, waarbij het aanbrengen van de nodige wijzigingen, met kennis van zaken en voor de toekomst, aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, de Senaat en de Koning wordt overgelaten (Grondwet, artikel 33, tweede lid, artikel 36, artikel 105 en artikel 108).

.../...

II. Tuchtcommissie van de markt

A. Onafhankelijkheid van de tuchtcommissie van de markt

1. Het ontworpen artikel 20bis bepaalt dat binnen een Effectenbeursvennootschap een onafhankelijk orgaan wordt opgericht, tuchtcommissie van de markt genaamd.

Met die bepaling wil men "naast het directiecomité van de beurs, dat belast is met het dagelijkse bestuur van de beurs", "twee verschillende en onafhankelijke organen (oprichten). Het eerste, de marktautoriteit, die belast is met de functies van marktautoriteit; en het tweede, de tuchtcommissie van de markt, met als hoofdtak het sanctioneren van schendingen van het Beursreglement en van het marktreglement door de bemiddelaars die werkzaam zijn op die markten en door de emittenten."

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat de onafhankelijkheid van de tuchtcommissie van de markt beter gewaarborgd wordt als de leden van die commissie die geen magistraat zijn, benoemd worden door de Minister van Financiën op advies van de raad van bestuur enerzijds en de marktautoriteit anderzijds, in plaats van op voordracht van die organen.

2. De onafhankelijkheid van de werkende leden wordt inzonderheid gewaarborgd door onvereenigbaarheden die tot vierentwintig maanden na hun mandaat blijven gelden.

.../...

In de memorie van toelichting wordt als reden voor de verschillende behandeling van de plaatsvervangende leden van die commissie opgegeven dat er anders misschien te weinig gegadigden voor die functie zullen zijn. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat door het opleggen van onverenigbaarheden "het risico bestaat dat die functie die ze slechts occasioneel zullen uitoefenen, niet meer voldoende aantrekkingskracht zal hebben".

Aangezien men niet op de werkwijze van de commissie kan vooruitlopen, lijkt die wettiging ontoereikend.

Als men een werkelijk onafhankelijke tuchtcommissie wil, doet men er beter aan de plaatsvervangende leden dezelfde onverenigbaarheden op te leggen als de werkende leden.

B. Afzetting van de leden van de tuchtcommissie

Toen de gemachtigde ambtenaar om uitleg is verzocht over het ontworpen artikel 20bis, laatste lid, heeft hij het volgende verklaard :

"En ce qui concerne la révocation des membres de la Commission disciplinaire, le texte gagnerait en effet clarté en précisant, que le pouvoir de révocation est donné au(x) Ministre(s) qui nomme(nt).".

.../...

De ontworpen bepaling moet zo worden gewijzigd dat de afzettingsbevoegdheid alleen toekomt aan de minister die het betrokken lid werkelijk heeft benoemd.

C. De bevoegdheid van de tuchtcommissie van de markt om "administratieve sancties" op te leggen

Het ontworpen artikel 20septies, § 1, eerste lid, biedt de tuchtcommissie van de markt de mogelijkheid om een eenmalige boete of een boete per kalenderdag op te leggen aan de personen bedoeld in de artikelen 19 en 20, § 2, van de wet van 6 april 1995 als die artikelen geschonden worden. De commissie kan de leden van de Effectenbeursvennootschap op één of meer markten voor een periode van maximaal zes maanden schorsen of hen van één of meer markten uitsluiten.

Het ontworpen tweede lid bepaalt voorts het volgende :

"Wanneer zij een boete oplegt mag deze niet lager zijn dan 10.000 frank en niet hoger dan 10 miljoen frank per kalenderdag. In totaal mogen de boeten opgelegd voor hetzelfde feit of geheel van feiten niet hoger zijn dan 50 miljoen frank. Wanneer de inbreuk aan de overtreder een vermogensvoordeel heeft verschaft, mag de boete bovendien niet lager zijn dan het bedrag van dit vermogensvoordeel, noch hoger dan het dubbele van dit bedrag of, in geval van recidive, het drie-dubbele van dit bedrag".

2. Het Arbitragehof stelt het volgende : "Wanneer de wetgever oordeelt dat sommige tekortkomingen in wettelijke verplichtingen beteugeld moeten worden, dan behoort het tot zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of

.../...

het opportuun is om voor strafsancties of voor administratieve sancties te opteren. De keuze van de ene of de andere categorie van sancties kan niet worden geacht op zich een discriminatie in te voeren." (1).

In casu hebben de stellers van het ontwerp, door aan een administratieve overheid de bevoegdheid te verlenen om de voormelde geldboeten op te leggen, voor administratieve sancties gekozen. Dat neemt evenwel niet weg dat zij de algemene beginselen van het strafrecht (2) en de strafvordering moeten naleven. Elke buitensporige schending van die beginselen is strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. In die optiek behoort het beroep voor de beroepscommissie opschortend te zijn en moet een opschortend jurisdictioneel beroep kunnen worden ingesteld tegen de beslissing van de beroepscommissie.

De stellers van het voorontwerp behoren die leemte aan te vullen.

3. Er behoort te worden onderzocht of de financiële sancties waarin het ontwerp voorziet, niet strafrechtelijk zijn in de zin van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Als dat zo is, mogen ze alleen worden uitgesproken met inachtneming van de waarborgen die in die bepaling worden opgelegd.

(1) Arrest nr. 40/97, punt B.2., van 14 juli 1997 en arrest nr. 45/97, punt B.2., van 14 juli 1997.

(2) Zie arrest nr. 72/92 van 18 november 1992 van het Arbitragehof, Belgisch Staatsblad van 16 januari 1993, punt B.2.2.

Uit de arresten Oztürk (1) en Lutz (2) van het Europees Hof voor de rechten van de mens blijkt dat, om uit te maken of de in het genoemde artikel 6 vastgestelde waarborgen in geval van "strafvervolging" ook gelden voor een bepaalde administratieve sanctie, in het bijzonder rekening moet worden gehouden met een aantal criteria : de aard van het strafbaar feit, de aard van de straf die de betrokkene kan oplopen en de strafmaat (3). In het arrest Lutz heeft het Hof het volgende gesteld :

"... pour que l'article 6 s'applique au titre des mots "accusation en matière pénale", il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, "pénale" au regard de la Convention ... ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la "matière pénale".".

Om uit te maken of een strafbaar feit wegens zijn aard onder het strafrecht valt, moet eerst gekeken worden naar het onderwerp van de overtreden norm : gaat het om een norm die het publiek in het algemeen betreft, in tegenstelling tot een norm die gericht is op een bepaalde groep personen met een welbepaalde rechtspositie ? Zo ja, dan is de sanctie van strafrechtelijke aard wanneer ze een repressieve bedoeling heeft, namelijk de dader van het strafbare

(1) Arrest van 21 februari 1984, serie A, nr. 73.

(2) Arrest van 25 augustus 1987, serie A, nr. 123.

(3) Zie in dat verband inzonderheid J. VELU en R. ERGEC, "La Convention européenne des droits de l'homme" in Rép. prat. dr. belge, aanv. VII, Bruylant, 1990, nrs. 445 en 447; A. DE NAUW, Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise, Mys & Breesch, 1994, blz. 58 e.v..

feit te bestraffen. In dat geval kan de intrinsieke strafrechtelijke aard van het strafbare feit, volgens de arresten Oztürk en Lutz, niet ongedaan worden gemaakt doordat het strafbare feit niet een bepaalde mate van ernst vertoont en door de relatief lichte straf.

Zoals J. Velu en R. Ergec opmerken, wordt met het criterium van de strafmaat vooral rekening gehouden om een onderscheid te maken tussen de tuchtrechtelijke en strafrechtelijke bestraffing van gedragingen van een bepaalde maatschappelijke groep (1)(2).

In het onderhavige geval wordt met de in het ontworpen artikel 20septies vastgestelde boetes nu eens het publiek in het algemeen (3), dan weer een bepaalde maatschappelijke groep (4) gestraft. In geen enkel geval lijkt

(1) Op. cit., nr. 445.

(2) Zie in die zin de adviezen L. 23.417/2 d.d. 18 januari 1995 over een voorontwerp van ordonnantie "inzake de taxidiensten en de verhuurdiensten van voertuigen met chauffeur", Gedr. St. BHR, B.Z., 1994-1995, A-368/1-94/95, blz. 47-49 en L. 25.252/2/9, d.d. 28 juni 1996 (negende kamer), 1 juli 1996 (negende kamer) en 2 juli 1996 (tweede kamer) over een voorontwerp van programadecreet "portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, les bâtiments scolaires, l'enseignement et l'audiovisuel", Gedr. St. CCF, 1995-1996, nr. 96-1, blz. 45-46.

(3) Zie inzonderheid artikel 20, § 2, van de wet van 6 april 1995 dat betrekking heeft op "om het even wie".

(4) Zie het ontworpen artikel 19, 1°, van de wet van 6 april 1995 dat betrekking heeft op de bemiddelaars die rechtstreeks en onrechtstreeks optreden op de beursmarkten en het ontworpen artikel 19, 2°, van dezelfde wet, dat betrekking heeft op de emittenten van effecten.

er twijfel over te bestaan dat het doel ervan bestraffing en repressie is, aangezien deze boetes zeer hoog kunnen oplopen naar gelang van de "beoordeling over de ernst van het geval" (1) door de tuchtcommissie van de markt.

De genoemde boetes moeten dus beschouwd worden als boetes van strafrechtelijke aard in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag, en alle waarborgen waarin die bepaling voorziet moeten dus bij het opleggen van die boetes in acht genomen worden, inzonderheid het beginsel van de wettelijkheid van de straffen, dat niet alleen vereist dat de strafbare gedragingen nauwkeurig worden bepaald, maar tevens dat de sancties trapsgewijs worden vastgesteld (2).

Dat geldt ook voor de schorsings- en uitsluitingsmaatregelen ten aanzien van leden van de effectenbeursvennootschap, aangezien deze straffen een dermate aanzienlijk financieel nadeel kunnen berokkenen dat ze kunnen leiden tot het faillissement van de betrokken onderneming.

4. Het ontworpen artikel 20septies verleent de tuchtcommissie van de markt de bevoegdheid om de schending van strafrechtelijke bepalingen te bestraffen, nl. de schending van de verbodsbepalingen vervat in artikel 148,

(1) Zie de memorie van toelichting, blz. 50.

(2) Zie in dezelfde zin advies L. 27.289/2 d.d. 25 februari 1998 over een voorontwerp van wet "betreffende de veiligheid bij voetbalwedstrijden", Gedr. St., Kamer, zitting 1997-1998, nr. 1572/1.

§§ 1 en 2, van de wet van 6 april 1995 (1), en de schending van de bepalingen van boek V van de wet van 4 december 1990 (2).

Die regeling is onaanvaardbaar. Alleen de strafrechter is bevoegd om zich uit te spreken over de schending van de genoemde strafrechtelijke bepalingen.

Voor zover de tuchtcommissie van de markt een bevoegdheid uitoefent waarbij ze administratieve geldboeten oplegt wegens feiten die tegelijkertijd kunnen overeenstemmen met de genoemde strafrechtelijk strafbare feiten, moet rekening worden gehouden met het beginsel "non bis in idem", vastgelegd in artikel 14, § 7, van het Internationaal Verdrag van New York inzake burgerrechten en politieke rechten, luidens hetwelk "niemand (...) voor een tweede keer (mag) worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land bij einduitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken". Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State reeds heeft opgemerkt in haar advies L. 26.251/8, dat zij op 13 mei 1997 heeft uitgebracht over een voorontwerp van decreet "houdende het statuut van de Vlaamse Mediaraad en tot oprichting van het Vlaams Commissariaat voor de Media" (3), zou het cumulatief toepassen van

(1) Zie het ontworpen artikel 19, 1°, d), van dezelfde wet.

(2) Zie het ontworpen artikel 19, 3°, van de wet van 6 april 1995.

(3) Gedr. St., Vlaamse Raad, zitting 1996-1997, nr. 742/1, blz. 70-74.

sancties door de administratieve overheid én door de strafrechter, wegens dezelfde gedraging, immers een strijdigheid met de genoemde verdragsbepaling opleveren, aangezien de "administratieve sanctie" als "strafrechtelijk" gekwalificeerd kan worden gezien de aard van het strafbare feit of de strafmaat; dat is uiteraard inzonderheid het geval wanneer een sanctie, zoals in het onderhavige geval, gekwalificeerd kan worden als strafrechtelijk in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag. In hetzelfde advies heeft de afdeling wetgeving :

- erop gewezen dat het evenredigheidsbeginsel betekent dat het totaalbedrag van de eventueel uitgesproken straffen in ieder geval niet hoger mag zijn dan het hoogste bedrag van één van de opgelopen straffen;
- de wetgever aangeraden zelf de problematiek van het cumuleren van straffen te regelen in plaats van zulks af te schuiven op de administratieve overheden en rechterlijke instanties die belast zijn met de beteugeling van strafbare feiten. Die raadgeving behoort naar aanleiding van dit ontwerp te worden herhaald.

Het besluit is dan ook dat de strafregeling waarin het ontwerp voorziet, grondig moet worden herzien.

.../...

D. De bevoegdheid van de commissie om een dading aan te gaan

Het ontworpen artikel 20quinquies, derde lid, bepaalt het volgende :

"Zij (de rapporteurs) kunnen aan de commissie voorstellen een dading aan te gaan. De opbrengsten van de dading worden geïnd ten voordele van de Schatkist overeenkomstig artikel 20septies, § 2."

Die bevoegdheid, die aanknoopt bij de bevoegdheid van de procureur des Konings om een minnelijke schikking te treffen in strafzaken, is niet verenigbaar met de taak van rapporteur, die belast is met het vooronderzoek, noch met de bevoegdheid van de tuchtcommissie die de bevindingen krijgt van de rapporteur, de straf uitspreekt, seponeert of, in voorkomend geval, het dossier verzendt naar het parket.

Van die regeling behoort dus te worden afgestapt.

III. De gebruikte terminologie

Artikel 33 van het voorontwerp machtigt de Koning om de tekst van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten en die van de genoemde wet van 6 april 1995 te coördineren, met het oog op de eenvormigheid van de daarin gebruikte terminologie.

Op te merken valt dat het voorontwerp in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) bepalingen invoegt waarbij eveneens voor eenvormigheid zou moeten worden gezorgd.

.../...

Zo bijvoorbeeld wordt in de Franse tekst van de bepaling die bij artikel 43 van het ontwerp in artikel 18, eerste lid, van het WIB 1992 wordt ingevoegd, gesproken van "les actions ou parts inscrites à la cote ..." "... à l'occasion d'une vente ou d'un prêt de ces titres ...".

Sedert de wet van 4 december 1990 heeft het woord "titre", dat te ruim is en daardoor onnauwkeurig, plaats geruimd voor het woord "valeurs mobilières".

Het is dus beter in de Franse tekst te schrijven "de ces valeurs immobilières".

In de Nederlandse tekst van deze bepaling schrijven men "naar aanleiding van een verkoop of van een lening van deze effecten".

In artikel 44 van het ontwerp moeten in de Franse tekst de woorden "prêt de titres" vervangen worden door de woorden "prêt de valeurs mobilières". Net zoals in de Franse tekst, moet in de Nederlandse tekst het woord "effect" gepreciseerd worden, aangezien het alleen gaat om schuldbrieven, eventueel in de vorm van obligaties, en niet om de aandelen genoemd in artikel 43 van het ontwerp.

Zo ook is het ontworpen artikel 18, eerste lid, 3°, WIB alleen van toepassing op de aandelen die genoteerd zijn aan een effectenbeurs.

Het gebruik van het woord "beurs" beperkt de werkingssfeer van de bepaling.

.../...

Indien men een regeling wil die algemeen van toepassing is, zou het raadzaam zijn te spreken van de gereguleerde markten met verwijzing naar de definitie die terug te vinden is in artikel 1, 13, van richtlijn 93/22 van de Raad van de EEG d.d. 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten.

Ter wille van de rechtszekerheid is het wenselijk dat de aan de Koning toevertrouwde coördinatie door de wetgever wordt bevestigd.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 11

Onderdeel 5° van deze bepaling verleent de raad van bestuur van de effectenbeursvennootschap de bevoegdheid "de financieringsvoorwaarden (van die vennootschap) (vast te stellen), met inbegrip van het bedrag van de jaarlijkse bijdrage van de leden en de vennootschappen waarvan de financiële instrumenten verhandeld worden op een door haar georganiseerde markt".

In de memorie van toelichting staat dat het de bedoeling is de raad van bestuur te machtigen om in de plaats van de Koning het bedrag vast te stellen van de bijdragen van de beursgenoteerde vennootschappen en van de vennootschappen waarvan de notering is aangevraagd, zoals thans bedoeld in artikel 33, § 2, van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten.

.../...

Het zou beter zijn de "jaarlijkse bijdrage" "een jaarlijkse retributie" te noemen, waardoor er meer rekening mee wordt gehouden dat het bedrag van die retributie in verhouding moet staan tot de dienst die door de beursvennootschap wordt verstrekt.

Artikel 14

In onderdeel 2° staat dat de marktautoriteit op zijn minst drie leden telt en dat om de drie jaar de helft van de leden aftreedt. Indien de marktautoriteit effectief maar drie leden telt, is de regel luidens welke om de drie jaar de helft van de leden aftreedt uiteraard onuitvoerbaar.

De gemachtigde van de minister stelt voor het aantal leden van de marktautoriteit te verhogen zodat een even aantal wordt bereikt.

In dat geval dient de voorzitter een doorslaggevende stem te krijgen.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

C. WETTINCK,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. QUERTAINMONT,
J. VANHAEVERBEEK,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Madame
Mevrouw

M. PROOST,

greffier,
griffier.

M. G. PIQUET, premier auditeur honoraire au Conseil d'Etat, a été appelé en consultation, en application de l'article 82 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973.

De H. G. PIQUET, ere-eerste auditeur bij de Raad van State, is bij toepassing van artikel 82 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973 ter raadpleging opgeroepen.

Le rapport a été rédigé par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. BROUWERS, référendaire adjoint.

Het verslag werd opgesteld door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. P. BROUWERS, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN, président de chambre.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN, kamervoorzitter.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

M. PROOST

C. WETTINCK