

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 5 mai 1999, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif à la procédure devant la commission internationale d'appel", a donné le 10 mai 1999 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 5 mei 1999 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk "besluit betreffende de procedure voor de internationale commissie van beroep", heeft op 10 mei 1999 het volgende advies gegeven :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention du Gouvernement sur le fait que l'absence du contrôle qu'il appartient au Parlement d'exercer en vertu de la Constitution, a pour conséquence que le Gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

Suivant 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 et le préambule s'expriment en ces termes :

"Vu l'urgence motivée par le fait que l'autorité de marché d'EASDAQ a récemment dû mener d'importantes enquêtes auprès de ses membres et qu'il convient d'assurer dans ce cadre les recours appropriés dans les plus brefs délais;"

*

* *

.../...

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

OBSERVATIONS GENERALES

1. L'arrêté en projet a pour fondement légal les articles 24 et 25 (1) de 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 (ci-après, la loi du 6 avril 1995).

Dans son avis L. 26.577/2 du 6 juillet 1998 sur un projet d'arrêté royal "relatif à la procédure devant la commission internationale d'appel", le Conseil d'Etat a souligné qu'une lecture stricte de l'habilitation contenue dans l'article 24, alinéa 8, de la loi du 6 avril 1995 n'autorise pas le Roi à déroger aux dispositions de l'article 24 qui ne concernent pas la nomination des membres de la commission, c'est-à-dire à l'alinéa 1er (le nombre des membres qui composent la commission), à l'alinéa 4 (la durée du mandat), à l'alinéa 5 (le cas du membre nommé en remplacement d'un membre démissionnaire ou décédé), à l'alinéa 6 (la règle du quorum et le principe du vote à la majorité) et

(1) L'article 25 énonce que "le Roi règle la procédure applicable aux recours visés à l'article 23, sur avis de la société de la bourse de valeurs mobilières ou des autorités de marché des autres marchés réglementés, compétentes pour prendre la décision contre laquelle le recours est dirigé, et sur avis de la Commission bancaire et financière".

à l'alinéa 7 (le principe de l'unanimité en cas d'aggravation de la peine) (1).

Entre-temps, l'article 24, alinéa 8, de la loi du 6 avril 1995 a été remplacé par l'article 26 de la loi du 10 mars 1999 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. La nouvelle disposition est libellée comme suit :

«Dans les cas qu'Il détermine, le Roi peut donner à la commission d'appel une composition particulière européenne, à laquelle il est référé par les termes "commission internationale d'appel". La procédure de nomination des membres ainsi que leur nombre et le financement de cette commission sont déterminés par le Roi».

En vertu de cette nouvelle disposition, le Roi peut désormais fixer le nombre des membres de la commission internationale d'appel et déroger ainsi, sur ce point, à l'article 24, alinéa 1er, de la loi du 6 avril 1995.

(1) Dans le même avis, le Conseil d'Etat observait : "Tant les travaux préparatoires relatifs à cette disposition que le rapport au Roi qui précède l'arrêté royal du 10 juin 1996 portant la création et l'organisation de EASDAQ, insistent sur la nécessité, d'une part, que des non-Belges puissent également siéger dans cette commission et, d'autre part, que ses membres jouissent d'une reconnaissance et disposent de l'expérience la plus grande au niveau européen. Ces justifications tendraient à limiter la "spécificité" de la commission internationale d'appel, à la qualité des membres qui la composent".

Cependant, la modification législative intervenue n'autorise pas le Roi à déroger aux autres règles énoncées à l'article 24 de la loi du 6 avril 1995, mentionnées ci-dessus. Il s'ensuit que le Roi est notamment tenu de respecter la règle énoncée à l'article 24, alinéa 6, de la loi du 6 avril 1995 fixant le quorum de présence (trois membres au moins sont présents, y compris le président ou son suppléant).

Il s'ensuit que tous les membres effectifs doivent être convoqués et que le président ou son suppléant doit être présent. L'article 8 de l'arrêté en projet ne peut dès lors pas prévoir que le président désigne trois membres pour le traitement de chaque dossier, dont un membre est désigné comme président de chambre. La loi ne prévoit d'ailleurs pas davantage une organisation de la Commission internationale d'appel en chambres.

2. L'article 10 de l'arrêté royal du 11 avril 1996 relatif à la Commission d'appel dispose, en son alinéa 1er, que "l'appel est suspensif". En son alinéa 2, il prévoit de manière limitative les deux cas dans lesquels l'appel peut, par exception, ne pas être suspensif.

De l'article 2 de l'arrêté en projet, il résulte que les appels formés auprès de la commission internationale d'appel sont en revanche dépourvus d'effet suspensif.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas quelle est la raison d'être de cette différence de traitement. La déléguée du ministre n'a pas pu fournir d'explication à ce sujet.

.../...

Il convient, dès lors, de prévoir un même régime juridique sans distinguer selon que l'appel est formé devant la commission d'appel ou la commission internationale d'appel.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Article 1er

Au 4°, l'arrêté en projet ne peut limiter le droit de recours auprès de la commission internationale d'appel au seul "destinataire de la décision de l'autorité de la marché". En effet, comme la Commission bancaire et financière l'a relevé dans son avis du 28 avril 1999, l'article 23 de la loi du 6 avril 1995, remplacé par la loi du 10 mars 1999, ouvre le recours à "toute partie intéressée".

Article 2

La fonctionnaire déléguée a précisé que cette disposition n'avait d'autre objet que d'exclure l'application de l'arrêté royal du 11 avril 1996 relatif à la Commission d'appel. Il serait, dès lors, préférable de la rédiger comme suit :

"Art. 2. Le fonctionnement de la commission internationale d'appel est régi par le présent arrêté à l'exclusion de l'arrêté royal du 11 avril 1996 relatif à la Commission d'appel.".

.../...

Articles 5 et 7

L'alinéa 2 de l'article 7 donne au président le pouvoir de déterminer le montant et les conditions de la garantie bancaire irrévocable et inconditionnelle émise par une banque internationale de premier rang qui devra couvrir le coût de la procédure.

Que la décision soit prise par la commission internationale d'appel ou, comme le prévoit l'article 5 du projet, par son président ou, en son absence, par le vice-président décidant seul, il est en tout cas inadmissible que le montant et les conditions de cette garantie puissent être déterminés de façon discrétionnaire en fonction de chaque affaire.

Ce montant et ces conditions doivent être fixés par arrêté royal, le cas échéant sous la forme d'un barème applicable à tous les justiciables se trouvant dans les mêmes conditions objectives. Il s'agit, en effet, d'une juridiction organisée par l'Etat et non d'une juridiction arbitrale organisée sur une base volontaire par les parties en litige. Pour cette même raison, ce montant et cette garantie ne doivent pas être tels qu'ils puissent entraver indûment l'accès à la justice en exerçant une pression sur le justiciable.

Article 9

1. Le rôle attribué au secrétaire par l'article 8, alinéa 4, ne justifie pas qu'il puisse, comme le prévoit l'article 9, alinéa 4, être récusé.

.../...

Par ailleurs, si un autre rôle devait lui être attribué, par exemple celui de rédiger un rapport sur l'affaire, pareille mission excéderait les termes des articles 24 et 25 de la loi du 6 avril 1995 précitée.

Les mots "ou du secrétaire" doivent dès lors être omis.

2. Lorsqu'une partie sollicite la récusation d'un membre, il s'impose que la personne dont la récusation est demandée s'abstienne de participer à la décision la concernant.

De l'accord de la fonctionnaire délégué, les mots "le cas échéant" seront dès lors omis du même alinéa 4.

Article 16

De l'accord de la déléguée du ministre, dans les troisième et quatrième phrases de l'article les mots "ou bien" et "ou des biens" seront omis.

Observation finale

En général, le texte néerlandais du projet laisse à désirer du point de vue de la correction de la langue et doit être revu en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht van de Regering op het feit dat de ontstentenis van de controle die het Parlement krachtens de Grondwet moet kunnen uitoefenen, tot gevolg heeft dat de Regering niet over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de Regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

* *

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.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de aanhef aldus :

"Gelet op de dringende noodzakelijkheid (die) gemotiveerd wordt door het feit dat de marktautoriteit van EASDAQ recentelijk belangrijke onderzoeken heeft moeten uitvoeren bij haar leden en dat zo spoedig mogelijk in dit kader de gepaste beroepen moeten worden verzekerd;".

*

* *

.../...

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

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het ontworpen besluit ontleent rechtsgrond aan de artikelen 24 en 25 (1) van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs (hierna te noemen de wet van 6 april 1995).

In advies L. 26.577/2 van 6 juli 1998 over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de procedure voor de internationale commissie van beroep" heeft de Raad van State onderstreept dat de Koning volgens een strikte uitlegging van de machtiging vervat in artikel 24, achtste lid, van de wet van 6 april 1995 niet mag afwijken van de bepalingen van artikel 24 die geen betrekking hebben op de benoeming van de leden van de commissie, dat wil zeggen van het eerste lid (het aantal leden waaruit de commissie bestaat), het vierde lid (de duur van het mandaat), het vijfde lid (het geval dat een lid benoemd wordt ter vervanging van een ontslagnemend of overleden lid), het zesde

-
- (1) Artikel 25 luidt aldus : "De Koning stelt de procedure vast die van toepassing is op de beroepen bedoeld in artikel 23, na advies van de effectenbeursvennootschap of van de marktautoriteiten van de andere gereglementeerde markten, die bevoegd zijn om de beslissing te nemen waartegen het beroep is gericht, en na advies van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen".

.../...

lid (het bepalen van het quorum en het principe dat de beslissingen bij meerderheid van stemmen worden genomen) en het zevende lid (het principe dat strafverzwaring alleen bij eenparigheid van stemmen kan worden uitgesproken) (1).

Intussen is artikel 24, achtste lid, van de wet van 6 april 1995 vervangen bij artikel 26 van de wet van 10 maart 1999 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 fiscale regeling van de verrichtingen van lening van aandelen en houdende diverse andere bepalingen. De nieuwe bepaling luidt aldus :

"In de gevallen door Hem bepaald, kan de Koning aan de commissie van beroep een specifieke Europese samenstelling geven, aangeduid met de benaming "internationale commissie van beroep". De benoemingswijze van de leden, alsook hun aantal en de financiering van deze commissie worden door de Koning vastgesteld."

Krachtens deze nieuwe bepaling kan de Koning voortaan het aantal leden van de internationale commissie van beroep bepalen en aldus op dit punt afwijken van artikel 24, eerste lid, van de wet van 6 april 1995.

-
- (1) In hetzelfde advies heeft de Raad van State opgemerkt : "Zowel in de parlementaire voorbereiding van die bepaling als in het verslag aan de Koning dat voorafgaat aan het koninklijk besluit van 10 juni 1996 houdende de oprichting en organisatie van EASDAQ wordt benadrukt dat, enerzijds, ook niet-Belgen in die commissie zitting moeten kunnen hebben en, anderzijds, dat de leden van die commissie over een erkenning en over een zeer grote ervaring op Europees niveau moeten beschikken. Door die rechtvaardigingen zou de "eigenheid" van de internationale commissie van beroep beperkt zijn tot de hoedanigheid van de leden ervan".

Die wetswijziging machtigt de Koning evenwel niet om af te wijken van de overige voornoemde bepalingen van artikel 24 van de wet van 6 april 1995. Bijgevolg moet de Koning zich inzonderheid houden aan de regel vervat in artikel 24, zesde lid, van de wet van 6 april 1995, waarbij het quorum wordt bepaald (op zijn minst drie leden moeten aanwezig zijn, onder wie de voorzitter of zijn plaatsvervanger).

Daaruit volgt dat alle werkende leden moeten worden bijeengeroepen en dat de voorzitter of zijn plaatsvervanger aanwezig moet zijn. Artikel 8 van het ontworpen besluit mag bijgevolg niet bepalen dat de voorzitter voor de behandeling van elk dossier drie leden aanstelt, van wie één lid aangesteld wordt als kamervoorzitter. De wet bepaalt overigens evenmin dat de internationale commissie van beroep uit kamers bestaat.

2. Volgens artikel 10, eerste lid, van het koninklijk besluit van 11 april 1996 betreffende de Commissie van beroep heeft het beroep "schorsende werking". Het tweede lid van dat artikel bepaalt exhaustief in welke twee gevallen het beroep, bij wijze van uitzondering, eventueel geen schorsende werking heeft.

Uit artikel 2 van het ontworpen besluit blijkt dat de beroepen die bij de internationale commissie van beroep worden ingesteld, daarentegen geen schorsende werking hebben.

.../...

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom dat verschil in behandeling wordt gemaakt. De gemachtigde van de minister heeft daaromtrent geen uitleg kunnen verschaffen.

Er moet bijgevolg éénzelfde rechtsregeling komen, ongeacht of het beroep bij de commissie van beroep dan wel bij de internationale commissie van beroep wordt ingesteld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 1

Wat 4° betreft, mag het ontworpen besluit het recht om beroep in te stellen bij de internationale commissie van beroep niet tot de "bestemming van de beslissing van de marktautoriteit" alleen beperken. Zoals de Commissie voor het Bank- en Financiewezen in haar advies van 28 april 1999 immers heeft opgemerkt, staat het beroep krachtens artikel 23 van de wet van 6 april 1995, vervangen bij de wet van 10 maart 1999, open voor "iedere belanghebbende".

Artikel 2

De gemachtigde ambtenaar heeft verduidelijkt dat deze bepaling alleen bedoeld was om de toepassing van het koninklijk besluit van 11 april 1996 betreffende de Commissie van beroep uit te sluiten. Het zou dan ook verkieslijk zijn de bepaling als volgt te stellen :

.../...

"Art. 2. De werkwijze van de internationale commissie van beroep wordt geregeld bij dit besluit en niet bij het koninklijk besluit van 11 april 1996 betreffende de Commissie van beroep."

Artikelen 5 en 7

Bij artikel 7, tweede lid, wordt de voorzitter ertoe gemachtigd om het bedrag en de voorwaarden te bepalen omtrent de onherroepelijke en onvoorwaardelijke bankwaarborg die door een internationale bank van eerste rang wordt verstrekt en die dient om de procedurekosten te dekken.

Of de beslissing nu genomen wordt door de internationale commissie van beroep dan wel, zoals in artikel 5 van het ontwerp wordt bepaald, door de alleenbeslissende voorzitter of, indien deze afwezig is, door de alleenbeslissende ondervoorzitter daarvan, het is in elk geval onaanvaardbaar dat het bedrag van en de voorwaarden voor die waarborg voor iedere zaak afzonderlijk discretionair kunnen worden bepaald.

Dat bedrag en die voorwaarden moeten bij koninklijk besluit worden bepaald, in voorkomend geval in de vorm van een tarieflijst, die van toepassing is op alle rechtzoekenden die zich in dezelfde objectieve omstandigheden bevinden. Het gaat immers om een door de Staat georganiseerd rechtscollege en niet om een scheidsgerecht dat de gedingvoerende partijen vrijwillig organiseren. Om diezelfde reden mogen dat bedrag en die voorwaarden niet van

.../...

dien aard zijn dat ze de rechtsingang op ongeoorloofde wijze kunnen hinderen doordat ze de rechtzoekende onder druk zetten.

Artikel 9

1. De taak die bij artikel 8, vierde lid, aan de secretaris wordt toegewezen, rechtvaardigt niet dat de secretaris kan worden gewraakt, zoals in artikel 9, vierde lid, wordt bepaald.

Overigens, indien hem een andere taak zou worden toegewezen, bijvoorbeeld verslag over de zaak opmaken, zou zulk een opdracht buiten het bestek van de artikelen 24 en 25 van de voornoemde wet van 6 april 1995 vallen.

De woorden "of van de secretaris" behoren dus te vervallen.

2. Wanneer een partij om wraking van een lid verzoekt, mag dat lid niet deelnemen aan de beslissing terzake.

De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat de woorden "in voorkomend geval" in datzelfde vierde lid dan ook behoren te vervallen.

.../...

Artikel 16

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in de derde zin de woorden "of goed" en in de vierde zin de woorden "of goederen" behoren te vervallen.

Slotopmerkingen

De Nederlandse tekst van het ontwerp voldoet doorgaans niet uit een oogpunt van correct taalgebruik en zou herschreven moeten worden. Bij wijze van voorbeeld en onder voorbehoud van de hiervoren gemaakte inhoudelijke opmerkingen worden hierna een aantal tekstvoorstellen gedaan :

Aanhef

In het eerste lid schrijve men : "inzonderheid op de artikelen ..." en in het zesde lid : "... noodzakelijkheid doordat de marktautoriteit ... bij haar leden en doordat in dat verband zo spoedig mogelijk behoort te worden gezorgd voor de passende mogelijkheden tot het instellen van hoger beroep".

.../...

Dispositief

Artikel 5

Het woord "aangeduid", dat in casu ongeschikt is, zou vervangen moeten worden door een precieze term, zoals "aangegeven", "vermeld", "opgenoemd", naargelang van het geval. Een soortgelijke opmerking geldt voor heel het ontwerp. Voorts zou het woord "zoals" moeten vervallen.

Artikel 6

De in casu verkeerde term "voorgelegd" behoort te worden vervangen door het woord "overgelegd".

Artikel 7

In het eerste lid, 1°, zouden de woorden "woonst-keuze doet" vervangen moeten worden door de woorden "woonplaats kiest". In 3° zouden het gallicisme "neerlegging" vervangen moeten worden door het woord "indiening" en de woorden "de hoogte" door de woorden "het bedrag". In het tweede lid schrijve men : "Binnen vijftien dagen" in plaats van : "Binnen de vijftien ...". Een soortgelijke opmerking geldt voor heel het ontwerp.

.../...

Artikel 8

In het tweede lid is het woord "overgemaakt" tweemaal verkeerd gebruikt, aangezien het in casu niet over geld of geldswaarden gaat.

Artikel 9

In het eerste lid schrijve men : "een of meer" in plaats van "één of meerdere". Deze opmerking geldt voor heel het ontwerp.

Evenzo schrijve men : "gedaan" in plaats van "geformuleerd".

In het derde lid zou de als niet-correct aangemerkte uitdrukking "in zijn hoofd" vervangen moeten worden door de woorden "wat hem betreft".

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

président de chambre,
kamervoorzitter,

C. WETTINCK,
P. LIENARDY,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

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

J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

M. PROOST,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté 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.

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

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

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

M. PROOST

R. ANDERSEN