

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 39.529/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 5 décembre 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés", a donné le 4 janvier 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1.1. L'avant-projet de loi précise, en son article 2, que

"La (...) loi assure notamment la transposition de la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE" (ci-après la directive 2003/71/CE).

L'exposé des motifs doit être complété par la présentation d'un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des normes européennes pertinentes afin que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par l'auteur de l'avant-projet, et éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 76 de la Constitution ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

1.2. Ce tableau de correspondance permettra par ailleurs de vérifier aisément si la transposition des différents articles de la directive 2003/71/CE est complètement ou seulement partiellement assurée et par le biais de quelles dispositions, qu'il s'agisse de dispositions déjà existantes ¹ dans l'arsenal juridique belge, des

(1) Voir à cet égard, par exemple, l'article 22 de la directive 2003/71/CE qui, en son paragraphe 1^{er}, traite du secret professionnel dont la transposition n'est pas assurée par le présent avant-projet, la matière étant par ailleurs réglée par la section 6 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (ci-après la loi du 2 août 2002), dont il faut supposer qu'elle s'applique également dans le cadre des opérations de valeurs couvertes par l'avant projet de loi.

dispositions de l'avant-projet examiné ou de dispositions encore à prendre notamment par arrêté royal. Pour éclairer ce dernier aspect, l'auteur de l'avant-projet indiquera non seulement les mesures législatives et réglementaires qui devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition de la directive mais aussi les arrêtés royaux qu'il y aura lieu de modifier ou d'abroger ².

Cette façon de faire est d'autant plus indiquée que l'auteur de l'avant-projet a opté, dans l'exercice de transposition, non seulement pour une structure mais également pour une terminologie différentes de celles de la directive 2003/71/CE. L'avant-projet s'inscrit en effet dans une perspective plus large que la simple transposition de la directive 2003/71/CE puisque son auteur entend soumettre à l'obligation de prospectus tant les opérations harmonisées par la directive (titre IV, chapitres I et II) que celles qui ne le sont pas (titre IV, chapitre III) en donnant, pour les unes et les autres, les définitions - nécessairement plus larges et donc distinctes de celles dont use la directive - dans le titre II de l'avant-projet.

1.3. Une observation similaire vaut pour la transposition de la directive 2005/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2005 modifiant les directives 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE et 93/6/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE et 2002/87/CE, afin d'organiser selon une nouvelle structure les comités compétents en matière de service financier (ci-après la directive 2005/1/CE). Cette directive est en effet également transposée dans le chapitre V du titre XIV de l'avant-projet de loi.

2. L'exercice de transposition de la directive 2003/71/CE conduit l'auteur de l'avant-projet à élaborer un texte qui, comme le relève l'exposé des motifs, "constituera le nouveau régime de droit commun des offres publiques et des admissions à la négociation d'instruments de placement". Il s'agit de la plupart des articles des titres II, III, et IV, chapitres I^{er} et II, ainsi que des titres VI, VII et X à XIV.

⁽²⁾ Voir à cet égard, par exemple, le commentaire des articles 1^{er}, 10 et 19 de l'avant-projet.

Ce faisant, l'auteur de l'avant-projet a choisi, aux termes de l'exposé des motifs, "de rapatrier dans cette loi les exigences en matière de prospectus en cas d'offre publique ou d'admission à la négociation sur un marché réglementé de valeurs mobilières émises par des OPC qui rentrent dans le champ de la directive", c'est-à-dire les exigences figurant, d'une part, dans la loi du 22 avril 2003 relatives aux offres publiques de titres (ci-après la loi du 22 avril 2003) et, d'autre part, certaines de celles énoncées par la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement (ci-après la loi du 20 juillet 2004).

Il en résulte qu'il y a lieu non seulement de modifier, comme le fait le chapitre III du titre XIV de l'avant-projet, la loi du 20 juillet 2004 de manière à rencontrer l'objectif de l'auteur de l'avant-projet, à savoir n'y laisser subsister, en matière de prospectus, que les dispositions relatives aux opérations portant sur des parts d'OPC à nombre variable de parts qui revêtent la forme contractuelle (fonds communs de placement à nombre variable de parts) ou la forme statutaire (SICAV³), mais également d'abroger expressément les dispositions de la loi du 22 avril 2003 qui sont rapatriées dans l'avant-projet soumis à l'examen et de modifier celles qui continuent à sortir des effets compte tenu d'un champ d'application restreint par le nouveau dispositif que prévoit L'avant-projet.

Or, sur ce dernier point, l'avant-projet est en défaut de tirer de manière claire les conséquences qui découlent de la méthode adoptée.

L'article 74, § 1^{er}, de l'avant-projet dispose en effet :

"La loi du 22 avril 2003 relative aux offres publiques de titres n'est maintenue que dans la mesure où elle est relative aux offres publiques d'acquisition."

(3) Le contenu et le contrôle de la publicité de même que les exigences en matière d'inscription resteront toutefois réglés, pour tous les OPC, dans la loi du 20 juillet 2004 (Voir l'exposé des motifs, pp. 4 et 5).

Une telle disposition ne peut suffire. Elle est par ailleurs source d'insécurité juridique. Le paragraphe 1^{er} de l'article 74 de l'avant-projet doit dès lors être revu de manière à énumérer les dispositions de la loi du 22 avril 2003 qui sont abrogées. Il y a par ailleurs lieu, dans l'avant-projet, de modifier les articles de cette même loi du 22 avril 2003 de manière à tenir compte de la restriction de leur champ d'application.

Cette manière de faire est d'autant plus recommandée que l'exposé des motifs annonce une nouvelle modification des dispositions de la loi du 22 avril 2003 visant les offres publiques d'acquisition de titres ("OPA") compte tenu de la transposition à opérer, pour le 20 mai 2006, de la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (ci-après la directive 2004/39/CE).

3.1. L'article 67 de l'avant-projet confère à la CBFA les pouvoirs d'injonction qu'énumère l'article 21, paragraphes 3 et 4, de la directive 2003/71/CE.

La question se pose de savoir si ces pouvoirs spécifiques se combinent ou viennent se substituer à ceux que lui confie la loi du 2 août 2002. L'attention de l'auteur de l'avant-projet est en effet attirée sur le fait qu'il convient d'organiser un recours contre la décision prise par la CBFA, a fortiori compte tenu du fait que le non respect des injonctions données par la CBFA est, en vertu de ce même article 67, sanctionné par des astreintes.

À cet égard, de deux choses l'une :

- soit les dispositions de l'avant-projet doivent être combinées avec celles de la loi du 2 août 2002 et le chapitre VI de cette dernière loi qui a trait aux voies de recours est applicable; dans cette hypothèse, il conviendra toutefois que l'auteur de l'avant-projet s'assure de la bonne articulation des deux textes;
- soit les particularités de la matière traitée par l'avant-projet de loi justifient que les pouvoirs que l'article 67 confère à la CBFA soient mis en oeuvre indépendamment de ceux dont elle est investie en application de la loi du 2 août 2002, et, dans ce cas, l'auteur de l'avant-projet doit examiner s'il n'y a pas lieu d'organiser un recours contre les décisions prises par la CBFA calqué sur celui prévu par la loi du 2 août 2002.

.../...

3.2. En tout état de cause, au vu des pouvoirs que la CBFA est appelée à exercer, en vertu de l'avant-projet de loi, notamment dans la procédure d'approbation du prospectus, l'auteur de l'avant-projet doit veiller à ce que les conditions de l'exercice de ces pouvoirs s'articulent correctement avec les garanties que prévoit la loi du 2 août 2002, en ce compris pour les aspects de procédure.

4. Nonobstant le fait que l'avant-projet à l'examen entend transposer par lui-même la directive 2003/71/CE, ainsi que l'article 2 le confirme, et que le chapitre V du titre XIV de l'avant-projet a pour objet la transposition de la directive 2005/1/CE, l'article 138 de l'avant-projet tend à habiliter le Roi à prendre "les mesures nécessaires de transpositions de Directives européennes portant sur les matières réglées par la présente loi et par la loi du 20 juillet 2004", les arrêtés royaux adoptés sur cette base "pouv[a]nt modifier, compléter, remplacer ou abroger les dispositions légales en vigueur" ⁴.

Même si elle est située dans un chapitre de la l'avant-projet intitulé "Futures adaptations", dépourvu en toute hypothèse de portée normative et pouvant d'ailleurs viser tant des "adaptations" de droit interne que de droit européen, cette disposition, telle qu'elle est rédigée, a un caractère tout à fait général et pourrait porter, dans les matières visées, aussi bien sur des directives existantes non encore transposées que sur des directives futures.

⁽⁴⁾ Comme le commentaire de l'article 138 l'expose, cette disposition est inspirée de l'article 34 de la loi du 22 avril 2003. Cette dernière disposition ne figurait pas dans l'avant-projet devenu la loi du 22 avril 2003, qui a donné lieu le 26 juin 2002 à l'avis 33.346/2, de la section de législation du Conseil d'État.

Compte tenu des principes qui gouvernent les relations entre les pouvoirs législatif et exécutif et de ceux relatifs à l'admissibilité de pareilles habilitations ⁵, l'article 138 appelle les observations suivantes, qui tiennent compte de la nécessité de concilier ces principes constitutionnels avec les exigences résultant du droit européen selon lesquelles celui-ci doit recevoir sa pleine efficacité dans les ordres juridiques internes.

En tant que l'habilitation porte sur des directives existantes ⁶, limitées aux matières visées, elles doivent être clairement identifiées dans le dispositif ⁷.

(5) Voir notamment Cour d'arbitrage, 17 juillet 2003, n° 100/2003, considérant B.11.1; 3 mars 2004, n° 31/2004, considérant B.5.4; 16 février 2005, n° 39/2005, considérant B.3.2; 20 avril 2005, n° 72/2005, considérant B.30; 19 juillet 2005, n° 137/2005, considérant B.4; section de législation du Conseil d'Etat, avis 36.541/3, donné le 23 mars 2004, sur un projet devenu la loi du 9 décembre 2004 relative au financement de l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire (Doc. parl., Chambre, 2003-2004, n° 51-1228/1, pp. 20-24, n^{os} 4-7); 38.703/1/V, donné le 6 septembre 2005, sur un avant-projet de loi "relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

(6) Dans les limites de l'admissibilité de l'habilitation envisagée, il se recommande alors de l'étendre à d'autres instruments européens de droit dérivé que les directives, spécialement aux règlements, dont il n'est pas exclu qu'ils imposent aux États des obligations nécessitant des règles nationales de mise en oeuvre.

(7) Dans les limites exposées ci-après, une habilitation du type de celle qui est ici examinée n'est admissible que si elle est explicite et sans équivoque (avis 36.541/3, précité), c'est-à-dire portant sur des matières énoncées de manière formelle, précise et limitative (avis 25.166/2, donné le 3 juin 1996, sur un avant-projet devenu la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, Doc. parl., Chambre, 1995-1996, n° 608/1, pp. 19 et 20).

En outre, le commentaire de la disposition doit établir qu'il existe des circonstances exceptionnelles telles que le législateur se trouve dans l'impossibilité de procéder lui-même aux transpositions envisagées parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser pareil objectif d'intérêt général ⁸.

Enfin, la disposition sera complétée pour prévoir la durée de l'habilitation, limitée aux nécessités résultant des circonstances exceptionnelles ⁹, ainsi qu'un délai bref dans lequel les mesures adoptées par le Roi sur la base de l'habilitation seront soumises à une procédure législative de confirmation, le texte devant prévoir qu'à défaut de pareille confirmation, les arrêtés royaux seraient privés de tout effet ou, à tout le moins, abrogés de plein droit à l'expiration du délai ¹⁰.

⁽⁸⁾ En ce sens notamment : Cour d'arbitrage, 17 juillet 2003, n° 100/2003, considérant B.11.2; 14 décembre 2005, n° 186/2005, considérant B.7.2; section de législation du Conseil d'État, avis 36.541/3, précité. Selon cette jurisprudence, la condition relative aux circonstances exceptionnelles n'est pas requise lorsque la portée véritable de l'habilitation est limitée, par exemple parce qu'elle permet seulement de transposer dans le droit interne des obligations qui ne font que découler du droit international (cf. Cour d'arbitrage, 28 mars 2002, n° 60/2002, considérant B.2.5), c'est-à-dire qui ne nécessitent aucun pouvoir d'appréciation. Pour le surplus, il résulte notamment de l'arrêt du 16 mars 2005, n° 57/2005, de la Cour d'arbitrage que le seul fait qu'une norme de droit européen doit être assurée de sa pleine efficacité ne justifie pas qu'il puisse être dérogé aux principes constitutionnels relatifs aux relations entre les pouvoirs législatif et exécutif.

⁽⁹⁾ Voir notamment l'avis 25.166/2, précité, pp. 18 et 19.

⁽¹⁰⁾ Cour d'arbitrage, 17 juillet 2003, n° 100/2003, considérant B.11.2. Voir aussi notamment Cour d'arbitrage, 26 mai 1999, n° 52/99, considérant B.3.3; 17 juin 1999, n° 68/99, considérant B.5.3; 21 mars 2000, n° 32/2000, considérant B.7.7; 30 avril 2003, n° 53/2003, considérant B.3.4; 16 mars 2005, n° 57/2005, considérant B.8.2; 14 décembre 2005, n° 186/2005, considérants B.7 et B.10; section de législation du Conseil d'État, avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur l'avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n° 1842/1); observation n° 3 figurant dans l'avis 37.871/2, donné le 13 décembre 2004 sur l'amendement n° 1 du Gouvernement au projet de loi modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et l'article 40 de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de cette loi (Doc. parl., 2004-2005, n° 51-1440/2, pp. 6 et 7).

En tant que l'habilitation porte sur des directives aujourd'hui inconnues, elle n'est pas admissible, sauf si sont ainsi visées des dispositions de directives qui ne laissent aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales ¹¹.

En tout état de cause, l'article 138, alinéa 3, doit être omis, faisant double emploi avec l'article 3*bis*, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Sa rédaction, qui ne reproduit pas l'équivalent du paragraphe 1^{er}, alinéa 3, et du paragraphe 2 de la même disposition, fait surgir en outre, a contrario, la question de l'applicabilité de ces derniers textes aux arrêtés et projets d'arrêtés qui seraient adoptés sur la base de l'habilitation envisagée ¹².

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'article 2 de l'avant-projet précise que celui-ci assure notamment la transposition de la directive 2003/71/CE. Cette mention est effectivement requise par l'article 29 de la directive. Toutefois, étant donné que l'avant-projet a également pour objet de transposer la directive 2005/1/CE, il conviendrait de supprimer le mot "notamment" figurant à l'article 2 et de compléter la disposition en précisant qu'elle assure aussi la transposition de cette dernière en précisant, dans toute la mesure du possible, les dispositions de l'avant-projet qui transposent l'une et l'autre directives.

⁽¹¹⁾ Voir la note 8, ci-dessus.

⁽¹²⁾ Pareille applicabilité est peu douteuse mais le simple fait que la disposition à l'examen se présente comme spéciale par rapport à l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État, fait surgir de manière inutile cette question d'interprétation.

Article 7

Selon le paragraphe 2, s'agissant de valeurs mobilières émises dans une devise autre que l'euro, le seuil de 1000 euros est considéré comme atteint si la valeur nominale des valeurs mobilières est "presque" équivalente à 1000 euros au moment de l'offre ou de l'admission, selon le cas.

Le terme "presque" est source d'insécurité juridique. Il y a lieu de le préciser.

Article 10

Paragraphe 2

L'article 10, § 1^{er}, définit ce qu'il y a lieu d'entendre par "investisseurs qualifiés". En vertu de l'article 3, § 2, les offres adressées aux investisseurs qualifiés ne sont pas des offres publiques.

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, e), iv) et v) de la directive 2003/71/CE, l'article 10, § 2, de l'avant-projet habilite le Roi à procéder à une extension de la notion d'investisseurs qualifiés.

Il y aurait cependant lieu, comme le prévoit la directive, de préciser que l'extension ne peut s'opérer tant pour les personnes physiques (§ 2, 1)) que pour les personnes morales (§ 2, 2)) que "sous réserve de reconnaissance mutuelle".

Par ailleurs, il y a lieu de prévoir au paragraphe 2, 1), que la personne physique doit demander expressément à être considérée comme un investisseur qualifié (article 2, paragraphe 1, e), iv), de la directive 2003/71/CE) et non de le prévoir seulement au 2) qui concerne les personnes morales. Dans le même ordre d'idées, l'obligation faite à la CBFA de dresser un registre des personnes concernées a trait non seulement aux personnes morales, comme semble l'indiquer le texte en projet, mais aussi les personnes physiques (voir l'article 2, paragraphe 3, de la directive 2003/71/CE). La rédaction du texte projeté doit le faire apparaître.

.../...

Enfin, il y a lieu de faire référence au siège statutaire de la personne morale comme le prévoit l'article 2, paragraphe 1, e), v), de la directive 2003/71/CE et non, dans le texte français, à son siège social, concept plus restrictif. Le texte néerlandais parle de "zetel" sans plus, et non de "statutaire zetel"; il doit également être revu.

Le paragraphe 2 de l'article 10 devrait dès lors être rédigé comme suit :

"§ 2. Sous réserve de reconnaissance mutuelle, le Roi peut étendre la notion d'investisseurs qualifiés, en distinguant le cas échéant selon le type d'instruments de placement concernés :

1. aux personnes physiques résidant sur le territoire belge lorsqu'elles ont demandé expressément à être considérées comme des investisseurs qualifiés et qu'elles remplissent au moins deux des trois critères suivants :

(... la suite comme à l'avant-projet)

2. à tout ou partie des personnes morales ayant leur siège statutaire sur le territoire belge lorsqu'elles ont demandé expressément à être considérées comme des investisseurs qualifiés et qu'elles ne remplissent pas au moins deux des trois critères visés au paragraphe 1^{er}, c).

La CBFA dresse un registre des personnes concernées".

Par ailleurs, il conviendrait de prévoir à quelle autorité et selon quelle procédure la demande doit être adressée.

Article 13

La notion d'intermédiation est issue de la définition d'intermédiaire qui figure à l'article 5 de la loi du 22 avril 2003.

Dans son avis 33.346/2, précité, le Conseil d'État avait indiqué que :

"Pour lever toute ambiguïté quant à la portée du terme «intermédiaire», il est suggéré de préciser explicitement qu'en cas de prise ferme d'une émission le «preneur ferme» est assimilé à un intermédiaire. Dans cet ajout, le terme «émission» doit être maintenu, car une prise ferme ne se conçoit qu'en cette matière."

L'observation conserve toute sa valeur dans le cadre de l'article 13 de l'avant-projet à l'examen.

Article 15

Le 2°, a), du paragraphe 1^{er}, renvoie à l'article 2, paragraphe 1, m), ii) et iii), de la directive 2003/71/CE, au lieu de transposer intégralement dans la législation belge les règles énoncées par ces dispositions. Les a et b de ce paragraphe 1^{er}, 2°, visent certes les valeurs mobilières des types A et B, se référant ainsi aux définitions figurant à l'article 7, § 1^{er}, de l'avant-projet, mais ces définitions ne constituent elles-mêmes qu'une transposition partielle de l'article 2, paragraphe 1, m), ii) et iii), de la directive 2003/71/CE. Les règles résultant de ces dispositions de la directive et en application desquelles la Belgique doit être considérée comme l'"État membre d'origine" doivent donc faire également l'objet d'une transposition complète, correctement détaillée, dans la loi belge, d'autant plus que ces règles contribuent à en déterminer le champ d'application.

Article 16

L'article 1^{er}, paragraphe 2, e), de la directive 2003/71/CE, exclut de son champ d'application les "valeurs mobilières émises par des associations bénéficiant d'un statut légal ou par des organismes sans but lucratif, reconnus par un État membre, en vue de se procurer les moyens nécessaires à la réalisation de leurs objectifs non lucratifs". Or l'article 16, § 1^{er}, 8°, de l'avant-projet ne vise que les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif, les fondations d'utilité publique et les fondations privées, à l'exclusion des associations bénéficiant d'un statut légal et des organismes sans but lucratif reconnus par d'autres États membres. Pareille exclusion ne paraît pas admissible.

Il en va de même pour l'article 1^{er}, paragraphe 2, g), de la directive 2003/71/CE, que l'article 16, § 1^{er}, de l'avant-projet ne transpose pas.

Article 18

Paragraphe 1^{er}, d)

Pour assurer une parfaite concordance des textes français et néerlandais, il est suggéré de rédiger le second membre de la phrase, dans la version française, comme suit :

" ... à condition que ces opérations comportent une offre et que des informations considérées par la CBFA comme équivalentes à celles que doit contenir le prospectus soient mises à la disposition des intéressés".

Paragraphe 2

L'article 4, paragraphe 2, h), ii), de la directive 2003/71/CE vise "des valeurs mobilières admises pour la première fois à la négociation sur un marché réglementé après la date d'entrée en vigueur de la présente directive". Conformément à son article 32, cette directive est entrée en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, soit le 31 décembre 2003, et non, comme indiqué par erreur à l'article 18, paragraphe 2, h), 2°), le 1^{er} juillet 2005, qui est le dernier jour du délai de transposition imparti par l'article 29 de la directive.

Paragraphe 4

Il convient de se référer à l'article 31 de l'avant-projet, qui précise le régime linguistique, comme le fait au demeurant l'article 18, § 2, 5°).

Le paragraphe 4 devrait être rédigé comme suit :

"§ 4. Les informations à mettre à la disposition des intéressés en vertu du paragraphe 1^{er} ou à rendre disponibles en vertu du paragraphe 2 doivent être rédigées dans une langue déterminée conformément à l'article 31".

Article 21

Paragraphe 1^{er}

Cette disposition constitue la transposition de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2003/71/CE. Celui-ci prévoit qu'une fois approuvé, le prospectus doit être mis à la disposition du public :

"(...) le plus tôt possible et, en tout cas, dans un délai raisonnable avant le début ou au plus tard au début de l'offre au public ou de l'admission à la négociation des valeurs mobilières concernées".

Le texte de l'article 21, § 1^{er}, de l'avant-projet prévoit la mise à la disposition du public du prospectus "... trois jours au moins avant la clôture de l'offre publique et, en tout cas, au plus tard le jour de son ouverture".

Comme la directive le prévoit, il y a lieu de choisir entre un de ces deux délais : soit trois jours avant le début de l'offre publique, soit au plus tard le jour de son ouverture.

Par ailleurs, conformément à la directive, il y a lieu de préciser que la mise à la disposition du public du prospectus incombe à "l'émetteur, l'offreur ou la personne qui sollicite l'admission à la négociation sur un marché réglementé".

Article 22

En ce qui concerne la transposition des règles énoncées à l'article 2, paragraphe 1, m), de la directive 2003/71/CE, en application desquelles la Belgique doit être considérée comme l'"État membre d'origine", il y a lieu de se référer à l'observation sur l'article 15, qui vaut donc également, mutatis mutandis, pour les critères de rattachement énumérés au paragraphe premier de l'article 22 de l'avant-projet.

Article 31

1. À l'alinéa 2, il est précisé que la traduction en langue française et néerlandaise est effectuée sous la responsabilité de l'émetteur ou par "la personne chargée de rédiger le prospectus".

Dans un souci de plus grande précision et conformément à l'article 36, § 2, alinéa 1^{er}, (iii), de l'avant-projet, il est suggéré d'écrire que la traduction est effectuée "sous la responsabilité de l'émetteur, de l'offreur, de la personne qui sollicite l'admission à la négociation ou de la personne chargée de rédiger le prospectus".

2. Au même alinéa, il y a lieu de supprimer les mots "Sans préjudice de l'alinéa 1^{er}," qui sont inutiles.

Article 36

1. Il n'appartient pas à l'avant-projet de prévoir, comme il le fait dans son paragraphe 1^{er}, qu'un prospectus approuvé en application de la section 1 du chapitre II du titre IV, ainsi que tout supplément éventuel, est valide aux fins d'une offre publique ou d'une admission à la négociation sur un marché réglementé dans un ou plusieurs autres États membres de l'Espace économique européen.

Si ceci résulte de l'article 17, § 1^{er}, de la directive 2003/71/CE, il n'en demeure pas moins que c'est aux autres États membres de le prévoir dans leur sphère de compétence territoriale.

2. Au paragraphe 2, devenant le paragraphe 1^{er}, conformément à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2003/71/CE, il y a lieu d'ajouter en début de phrase :

"§ 1^{er}. A la demande de l'émetteur, l'offreur, la personne qui sollicite l'admission à la négociation ou la personne chargée de rédiger le prospectus, la CBFA notifie (la suite comme à l'avant-projet)".

3. Le paragraphe 4 renvoie à "la procédure visée au § 1^{er}" ainsi qu'à "la notification visée au § 1^{er}". Comme ce renvoi au paragraphe 1^{er} n'est guère adéquat, puisque celui-ci n'organise aucune procédure et que la notification visée est en fait prévue par le paragraphe 2, le paragraphe 4, précité, manque de clarté et doit donc être remanié en conséquence.

Article 37

En ce qui concerne la transposition des règles énoncées à l'article 2, paragraphe 1, m), de la directive 2003/71/CE, en application desquelles la Belgique n'est pas considérée comme l'"État membre d'origine", il y a lieu de se référer à l'observation sur les articles 15 et 22, qui vaut donc également, mutatis mutandis, pour les critères de rattachement énumérés au paragraphe premier de l'article 37 de l'avant-projet.

Article 38

L'article 17 de la directive 2003/71/CE précise, en son paragraphe 1 :

"Sans préjudice de l'article 23, lorsqu'une offre au public ou une admission à la négociation sur un marché réglementé est prévue dans un ou plusieurs États membres, ou dans un État membre autre que l'État membre d'origine, le prospectus approuvé par l'État membre d'origine, ainsi que tout supplément éventuel, est valide aux fins d'une offre au public ou d'une admission à la négociation dans un nombre quelconque d'États membres d'accueil, pour autant que l'autorité compétente de chaque État membre d'accueil reçoive la notification prévue à l'article 18. Les autorités compétentes des États membres d'accueil n'engagent ni procédure d'approbation ni aucune procédure administrative à l'égard des prospectus."

.../...

Or, l'article 38 de l'avant-projet assortit l'exemption d'approbation du prospectus par la CBFA de trois conditions dont le Conseil d'État se demande si la deuxième qui requiert que le prospectus soit toujours valide au sens de l'article 35 de l'avant-projet, n'excède pas les pouvoirs que la CBFA peut, en qualité d'autorité compétente au sens de la directive, exercer dès lors que la vérification qu'elle va devoir opérer pourrait être considérée comme "une procédure administrative à l'égard du prospectus". D'autant que cette formalité apparaît superflue dès lors que, conformément à l'article 18 de la directive, "l'autorité compétente de l'État membre d'origine fournit aux autorités compétentes des États membres d'accueil un certificat d'approbation attestant que le prospectus a été établi conformément à la présente directive", ce qui implique- il faut le supposer- que l'autorité compétente de l'État membre d'origine aura également vérifié, avant de délivrer le certificat, si les dispositions de l'article 9 de la directive sont respectées, à savoir celles que transposent l'article 35 de l'avant-projet.

Il semble en conséquence que cette deuxième condition soit superflue et doive être supprimée.

Article 39

L'article 39 de l'avant-projet transpose l'article 23 de la directive.

Cette dernière envisage la possibilité pour la CBFA de prendre des mesures conservatoires non seulement lorsqu'elle établit que des irrégularités ont été commises par l'émetteur, l'offreur ou les établissements financiers chargés de la procédure d'offre publique mais encore lorsque l'autorité compétente, soit en l'espèce la CBFA, établit "qu'il y a eu violation des obligations incombant à l'émetteur du fait de l'admission de ses valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé".

L'article 39 devrait également faire état de cette hypothèse.

Article 40

1. En ce qui concerne la transposition des règles énoncées à l'article 2, paragraphe 1, m), de la directive 2003/71/CE, en application desquelles la Belgique n'est pas considérée comme l'"État membre d'origine", il y a lieu de se référer à l'observation sur les articles 15, 22 et 37, de l'avant-projet qui vaut donc également, mutatis mutandis, pour cet article 40.

2. Le champ d'application de la section 3, relative à la "délégation de l'approbation d'un prospectus à la CBFA", conformément à l'article 13, paragraphe 5, de la directive, précitée, doit être limité aux seuls cas où l'approbation d'un prospectus est requise en application de cette directive - plutôt que déterminé par référence à ceux dans lesquels "la publication d'un prospectus est requise en vertu du chapitre I^{er} du présent titre ¹³ ou des dispositions nationales de l'État membre dans lequel l'offre ou l'admission a lieu et que la Belgique n'est pas l'État membre d'origine" -, de sorte qu'on ne voit pas pour quelle raison ce champ d'application ne correspond pas à celui déterminé par l'article 37 de l'avant-projet pour les cas où le prospectus doit en principe être approuvé par l'autorité compétente d'un autre État membre que la Belgique.

Article 41

1. En son article 21, § 2, la directive 2003/71/CE prévoit :

"Les États membres peuvent habiliter leur(s) autorité(s) compétente(s) à déléguer des tâches."

⁽¹³⁾ Comme il ressort notamment de l'article 42 de l'avant-projet, ce chapitre impose en effet aussi la publication d'un prospectus dans le cadre d'"opérations non harmonisées par la directive 2003/71/CE". Il va cependant sans dire que, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2003/71/CE, cet article 42 ne vise pas les opérations soumises, en application des articles 16, § 2, 22, § 2, et 37, § 2, de l'avant projet, à celles de ses dispositions qui transposent cette directive.

Dans son article 41, § 1^{er}, l'avant-projet précise que :

"Dans le cadre d'une opération visée à la présente section, l'autorité de l'État membre d'origine au sens de l'article 2, 1. m) de la directive 2003/71/CE peut déléguer l'approbation de ce prospectus à la CBFA avec l'accord préalable de cette dernière".

Il serait préférable d'autoriser non pas l'autorité d'un autre État membre à déléguer des tâches - ceci relevant de la compétence de l'État en question - mais bien plutôt la CBFA à se voir déléguer des tâches par l'autorité compétente d'un autre État membre. L'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} doit être revu en conséquence.

2. En son paragraphe 6, l'article 41 précise

"Le prospectus approuvé par la CBFA sur délégation peut être publié conformément au chapitre Ier du présent titre dans le cadre d'une offre publique sur le territoire belge ou d'une admission à la négociation sur un marché réglementé belge aux conditions suivantes :

(...)."

Le Conseil d'État s'interroge sur la raison pour laquelle cette disposition n'envisage qu'une faculté de publication du prospectus dès lors qu'en vertu de l'article 20 de l'avant-projet, toute offre publique d'instruments de placement effectuée sur le territoire belge ou toute admission d'instruments de placement à la négociation sur un marché réglementé belge, requiert la publication préalable d'un prospectus.

Il y a lieu de lever cette ambiguïté.

Article 51

Cet article constitue le pendant de l'article 31 relatif aux opérations harmonisées. Par analogie à ce dernier, il y a lieu de déterminer la personne qui est responsable de l'établissement de la traduction.

.../...

Articles 57 à 60 (Titre VI)

Selon le considérant 33 du préambule de la directive 2003/71/CE :

"Pour éviter que ne subsistent, dans la législation communautaire, des lacunes susceptibles de miner la confiance du public et, partant, de compromettre le bon fonctionnement des marchés financiers, il convient aussi d'harmoniser les communications à caractère promotionnel."

Cette harmonisation fait l'objet de l'article 15 de la directive, dont le paragraphe 1 prévoit notamment que "les paragraphes 2, 3 et 4 ne s'appliquent que dans les cas où l'émetteur, l'offreur ou la personne sollicitant l'admission est soumise à l'obligation d'établir un prospectus" en vertu de la directive. Il résulte des exigences générales du droit communautaire et du lien établi par la directive entre les exigences relatives au prospectus et celles qui concernent "les communications à caractère promotionnel se rapportant à l'offre de valeurs mobilières au public ou à leur admission à la négociation sur un marché réglementé" que ces communications ne peuvent être assujetties à d'autres obligations que celles résultant de l'harmonisation réalisée par l'article 15, précité.

Le titre VI de l'avant-projet doit, dès lors, être revu pour qu'il en soit effectivement ainsi, éventuellement en fonction d'une distinction explicite entre les règles applicables aux communications à caractère promotionnel, suivant qu'elles sont ou non "harmonisées" par la directive.

C'est sous réserve de cette observation que sont formulées les observations suivantes sous les articles 58 à 60.

Article 58

L'article 58, § 1^{er}, transpose l'article 15 de la directive. Au 2^o du paragraphe 1^{er}, il est requis des communications à caractère promotionnel et autres documents et avis que "les informations qu'ils contiennent ne peuvent être trompeuses ou inexactes". La directive, quant à elle, parle d'informations qui ne peuvent être "erronées ou prêter à confusion". Les termes "prêter à confusion" et "trompeur" ne se recouvrent pas

.../...

car le second implique un élément intentionnel (mensonge, dissimulation) que le premier ne comporte pas. Il y a dès lors lieu de s'en tenir à la terminologie de la directive. Les paragraphes 2 à 4 de l'article 61 de l'avant-projet doivent également être revus en conséquence.

Article 59

À l'alinéa 1^{er}, conformément à l'article 15, paragraphe 5, de la directive 2003/71/CE, il y a lieu de commencer la phrase par les mots "Lorsqu'aucun prospectus n'est requis".

Article 60

Paragraphes 1^{er} et 2

Les communications à caractère promotionnel et les autres documents et avis se rapportant à une offre publique ou à une admission à la négociation doivent être approuvés par la CBFA.

Le texte ne précise toutefois pas les critères au regard desquels l'approbation est accordée ou refusée.

Conformément à l'article 15, paragraphe 6, de la directive 2003/71/CE, il y a lieu de préciser que l'approbation est liée au respect des principes énoncés à l'article 58, §§ 1^{er} à 3, de l'avant-projet.

Article 61

1. Au paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée de l'alinéa 4, compte tenu de ce qu'en vertu du paragraphe 2, alinéa 1^{er}, la responsabilité solidaire n'est prévue qu'en ce qui concerne le ou les responsable(s) de l'intégralité du prospectus et de ses éventuels suppléments, désignés en vertu de l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe 1^{er}.

.../...

La même observation vaut pour l'article 55, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, de la loi du 20 juillet 2004 (article 90 de l'avant-projet).

2. Le Conseil d'État s'interroge sur la présomption réfragable dont question à l'alinéa 2 du paragraphe 2 lorsque le préjudice subi par l'investisseur résulte de l'absence d'informations dans le prospectus. Quelle est, en l'occurrence, la responsabilité de la CBFA qui aux termes de l'article 32 de l'avant-projet est notamment chargée de vérifier le caractère complet des documents qui lui sont soumis avant publication ?

On notera d'ailleurs que la loi du 22 avril 2003, qui contient également une disposition relative à la responsabilité solidaire (article 17, alinéa 3), ne prévoit cette solidarité que dans le cas où le préjudice "est une suite immédiate et directe de l'inexactitude ou de la fausseté des renseignements donnés (...)".

Article 63

Selon le commentaire du titre VIII, l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de reproduire l'article 24 de la loi du 22 avril 2003.

Toutefois, l'article 63 est plus restrictif que cette disposition : le résultat de l'opération ne doit être rendu public que si elle porte sur des titres de capital.

Un tel dispositif ne paraît pas logique dans la mesure où il s'agit d'une offre publique et qu'un élément essentiel de celle-ci, à savoir son résultat, ne serait pas rendu public dans tous les cas.

À l'instar de l'article 24 de la loi du 22 avril 2003, il est dès lors proposé de rédiger l'article 63 comme suit :

"Art. 63. Ceux qui ont procédé à une offre publique visée sous le présent titre fournissent à la CBFA tous renseignements utiles sur le résultat de cette opération et rendent public ce résultat selon les modalités déterminées par la CBFA".

.../...

Article 65

En ce qui concerne la détermination des cas dans lesquels la CBFA est "l'autorité compétente de l'État membre d'origine" au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la directive 2003/71/CE, il y a lieu de se référer à l'observation sur les articles 15, 22, 37 et 40, qui vaut donc également, mutatis mutandis, pour le paragraphe 1^{er} de l'article 65 de l'avant-projet.

Article 67

Paragraphe 1^{er}, n)

Le texte de l'avant-projet est plus restrictif que celui de l'article 21, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, i), de la directive, aux termes duquel l'autorité de contrôle peut "rendre public le fait que l'émetteur ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent".

Il est suggéré de reproduire le texte même de la directive.

Paragraphe 1^{er}, o)

1. Dans son avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002 sur le projet de loi devenu la loi du 2 août 2002, précitée, le Conseil d'État avait fait observer au sujet de l'article 35 que :

"(...) la question se pose de savoir si l'autorisation d'un juge ne doit pas être également prévue pour les inspections et expertises sur place de locaux professionnels" ¹⁴.

⁽¹⁴⁾ Voir notamment les avis 38.503/1, donné le 5 juillet 2005 sur un avant-projet de loi "sur la protection de la concurrence économique" et 38.939/3, donné le 16 septembre 2005 sur een voorontwerp van decreet "betreffende de oprichting en de werking van het Fonds voor Landbouw en Visserij".

Cette observation demeure pertinente. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère que, dans certaines circonstances, la notion de "domicile" peut être étendue aux locaux professionnels et commerciaux ¹⁵ et que le droit au respect du "domicile" peut également être invoqué par des personnes morales ¹⁶. De même, la Cour d'arbitrage a souligné que :

"(...) l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant (...), apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1. de la Cour européenne des droits de l'homme" ¹⁷

2. Le mot français "expertises" ne correspond pas au mot néerlandais "onderzoeken". Il y a lieu d'assurer la concordance entre les deux versions.

Articles 69 et 71

Concernant le cumul éventuel d'amendes administratives et de sanctions pénales, ainsi que son admissibilité au regard du principe "non bis in idem", il convient de se reporter à l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur l'avant-projet ensuite devenu la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ¹⁸ :

"Plusieurs dispositions de l'avant-projet permettent qu'un même comportement infractionnel puisse donner lieu, tout à la fois, à une sanction administrative et à une sanction pénale. Il en est spécialement ainsi, pour ce qui concerne les amendes administratives, de la sanction des interdictions visées à

(15) C.E.D.H., 16 décembre 1992, Niemietz; C.E.D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe; C.E.D.H., 16 avril 2002, Colas. Voir également D. Yernault, "Les pouvoirs d'investigations de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", Rev. trim. dr. h., 1994, 117-135.

(16) C.E.D.H., 16 avril 2002, Colas.

(17) Cour d'arbitrage, n° 140/98, 16 décembre 1998, B.1.

(18) Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n° 50 1842/1, pp. 250 à 252.

l'article 25 et, pour ce qui concerne les sanctions pénales, des incriminations visées aux articles 38 à 41. Certes, certaines infractions impliquent, pour être pénalement sanctionnées, l'existence d'un dol spécial qui n'est pas requis pour l'infliction d'une amende administrative (voyez ainsi les dispositions pénales figurant sous les articles 38 et 39). Mais, d'une part, certaines infractions pénales ne requièrent pas cet élément et répriment des comportements en tout point semblables à ceux que pourrait réprimer l'amende administrative (voyez ainsi les interdictions visées à l'article 25, § 1^{er}, 1°, et les interdictions visées à l'article 40). Et l'on observe encore, d'autre part, que rien, dans l'avant-projet, ne permet d'exclure qu'un comportement susceptible d'être constitutif d'une infraction pénale puisse aussi être considéré par la Commission bancaire et financière comme une infraction justiciable d'une amende administrative.

La question se pose, dans ces conditions, de savoir si pareil cumul de sanctions administratives et pénales est compatible avec le principe «non bis in idem» consacré à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que dans l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qui constitue, en droit interne, «une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit»¹⁹. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a évolué sur cette question. Dans son arrêt *Gradinger contre Autriche* du 23 octobre 1995, la Cour a considéré que le principe «non bis in idem» était violé dès lors qu'un «même comportement» avait fait l'objet, d'une part, d'une sanction administrative et, d'autre part, d'une sanction pénale. Dans son arrêt *Oliveira contre Suisse* du 30 juillet 1998, elle précise cependant qu'un même fait peut donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes, l'article 4 du Protocole n° 7 prohibant seulement «de juger deux fois une même infraction». Cette jurisprudence a été récemment confirmée par la Cour européenne dans l'arrêt *Ponsetti & Chesnel contre France* du 14 septembre 1999, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une sanction administrative et une sanction pénale peuvent frapper le même fait dès lors que les deux pénalités «n'ont pas trait à la même infraction».

Il ressort de cette jurisprudence que le cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale est parfaitement possible pour sanctionner un même fait à condition que les éléments constitutifs de l'infraction pénale et les éléments constitutifs de l'infraction sanctionnée par l'amende administrative soient différents, en manière telle qu'il doit apparaître qu'il s'agit bien de deux infractions distinctes.

La jurisprudence de la Cour européenne paraît donc plus sévère que l'enseignement de notre Cour de cassation selon lequel le principe non bis in idem n'empêche pas que les autorités belges

«... puissent établir des sanctions de nature différente pour une même infraction, l'une soumise au régime du droit pénal national et l'autre soumise au régime des

⁽¹⁹⁾ J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

sanctions administratives, même si cette sanction administrative revêt un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme»²⁰.

La prééminence des normes internationales, et notamment de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, incite à donner la préférence à la jurisprudence de la Cour européenne. Commentant cette dernière, la doctrine la plus récente relève que, dans la logique des arrêts Oliveira et Ponsetti & Chesnel, le principe non bis in idem devrait exclure qu'une même infraction - c'est-à-dire une incrimination dont les éléments constitutifs seraient les mêmes - puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale²¹.

Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient dès lors pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer - au regard de leurs éléments constitutifs - des infractions identiques."

Ces observations gardent toute leur pertinence. Les dispositions à l'examen seront revues en conséquence.

Les mêmes observations valent pour les articles 120, 132 et 133.

Article 73

Le paragraphe 1^{er} transpose notamment l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/71/CE. Le Conseil d'État s'interroge sur la raison pour laquelle le paragraphe 2, e), n'est pas reproduit dans l'avant-projet.

Article 74

1. En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, il est renvoyé à l'observation générale n° 2.

⁽²⁰⁾ Cass., 5 février 1999, J.L.M.B., 1999, pp. 537 et suiv. et la note de Anne Demoulin.

⁽²¹⁾ Voir ainsi J. Put, Bis sed non idem, R.W., 2001-2002, p. 941, n° 18.

2. Le paragraphe 2 contient un dispositif implicite de législation par référence qui suscite les mêmes observations que celles énoncées sous l'observation générale n° 2, au titre notamment des exigences de la sécurité juridique.

Les lois qui se réfèrent actuellement à des dispositions de la loi du 22 avril 2003 seront revues pour adapter ces références en fonction du texte de la loi en projet et de la loi du 22 avril 2003 revue à la suite de l'observation générale n° 2 formulée ci-avant.

Article 126

Selon l'article 134, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 20 juillet 2004, le "refus d'inscription par la CBFA est motivé".

Ce membre de phrase doit être omis. En effet :

- a) d'une part, elle rappelle inutilement une obligation résultant déjà de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- b) d'autre part, elle pourrait donner à penser que le législateur entend dispenser d'autres actes administratifs pris en application de la loi en projet de l'obligation de motivation formelle consacrée par la loi précitée du 29 juillet 1991.

Article 143

Dans la version française du texte de l'article 144, § 1^{er}, deuxième phrase, en projet, de la loi du 2 août 2002, précitée, il y a lieu de remplacer les mots "son statut" par les mots "ses statuts".

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.529/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 5 december 2005 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "op de openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt", heeft op 4 januari 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1.1. Artikel 2 van het voorontwerp van wet luidt als volgt :

"Met deze wet wordt inzonderheid Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (hierna te noemen richtlijn 2003/71/EG), omgezet in Belgisch recht".

Aan de memorie van toelichting moet een tabel worden toegevoegd waarin voor elke bepaling van het voorontwerp de overeenkomstige bepalingen van de relevante Europese richtlijnen wordt aangegeven, opdat de Wetgevende Kamers zich met kennis van zaken kunnen uitspreken over de middelen die de steller van het voorontwerp heeft gekozen en opdat het amenderingsrecht vervat in artikel 76 van de Grondwet niet verder reikt dan de beoordelingsbevoegdheid die de lidstaten krachtens het Europees recht kunnen uitoefenen.

1.2. Dankzij die concordantietabel zal overigens makkelijk kunnen worden nagegaan of de omzetting van de onderscheiden artikelen van richtlijn 2003/71/EG volledig of slechts ten dele tot stand wordt gebracht en door middel van welke bepalingen, ongeacht of het gaat om bepalingen die reeds in het Belgische juridisch instrumentarium

voorkomen¹, bepalingen van het voorliggende voorontwerp of bepalingen die nog moeten worden uitgevaardigd, inzonderheid bij koninklijk besluit. Om het laatstgenoemde aspect te verduidelijken, dient de steller van het voorontwerp niet alleen op te geven welke wets- en verordeningsbepalingen nog zouden moeten worden aangenomen om voor een perfecte omzetting van de richtlijn te zorgen, maar ook welke koninklijke besluiten gewijzigd of opgeheven dienen te worden².

Zulks is des te raadzamer daar de steller van het voorontwerp met het oog op de omzetting geopteerd heeft voor een andere structuur maar ook voor een andere terminologie dan die van richtlijn 2003/71/EG. Het voorontwerp maakt immers deel uit van een ruimer kader dan de loutere omzetting van richtlijn 2003/71/EG, aangezien het de bedoeling van de steller ervan is de verplichting om in een prospectus te voorzien te laten gelden voor zowel de verrichtingen die bij de richtlijn geharmoniseerd zijn (titel IV, hoofdstukken I en II) als die welke niet geharmoniseerd zijn (titel IV, hoofdstuk III) door, zowel voor de ene als voor de andere categorie, definities op te geven - die noodzakelijkerwijze ruimer zijn dan en dus verschillen van die welke in de richtlijn worden gebezigd - in titel II van het voorontwerp.

1.3. Een soortgelijke opmerking dient te worden gemaakt in verband met de omzetting van richtlijn 2005/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2005 tot wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 85/611/EEG, 91/675/EEG, 92/49/EEG en 93/6/EEG van de Raad en de Richtlijnen 94/19/EG, 98/78/EG, 2000/12/EG, 2001/34/EG, 2002/83/EG en 2002/87/EG met het oog op de instelling van een nieuwe comitéstructuur voor financiële diensten (hierna te noemen richtlijn 2005/1/EG). Die richtlijn wordt immers eveneens omgezet in titel XIV, hoofdstuk V, van het voorontwerp van wet.

(1) Zie in dit verband bijvoorbeeld artikel 22 van richtlijn 2003/71/EG, waarvan lid 1 betrekking heeft op het beroepsgeheim en waarvan de omzetting niet tot stand wordt gebracht door het onderhavige voorontwerp, terwijl die aangelegenheid overigens geregeld wordt door afdeling 6 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna te noemen de wet van 2 augustus 2002) in verband waarmee ervan uit moet worden gegaan dat ze eveneens van toepassing is in het kader van de verrichtingen met effecten waarop het voorontwerp van wet betrekking heeft.

(2) Zie in dit verband bijvoorbeeld de commentaar op de artikelen 1, 10 en 19 van het voorontwerp.

2. Het tot stand brengen van de omzetting van richtlijn 2003/71/EG brengt de steller van het voorontwerp ertoe een tekst op te maken die, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, "de nieuwe gemeenrechtelijke regeling voor openbare aanbiedingen en toelatingen tot de verhandeling van beleggingsinstrumenten (omvat)". Het gaat om de meeste artikelen van de titels II, III, en IV, hoofdstukken I en II, alsook om de titels VI, VII en X tot XIV.

Zodoende heeft de steller van het voorontwerp, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, ervoor gekozen om "in deze wet de vereisten te bundelen die gelden voor prospectussen over openbare aanbiedingen of toelatingen tot de verhandeling op een gereguleerde markt van effecten uitgegeven door ICB's die onder de toepassing van de (...) richtlijn vallen", dat wil zeggen de vereisten die, enerzijds, voorkomen in de wet van 22 april 2003 betreffende de openbare aanbiedingen van effecten (hierna te noemen de wet van 22 april 2003) en, anderzijds, sommige van die welke vermeld worden in de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles (hierna te noemen de wet van 20 juli 2004).

Daaruit volgt dat het niet voldoende is om, zoals in titel XIV, hoofdstuk III, van het voorontwerp geschiedt, de wet van 20 juli 2004 aldus te wijzigen dat de doelstelling van de steller van het voorontwerp wordt gehaald, namelijk ervoor te zorgen dat daarin, wat de prospectussen betreft, alleen de bepalingen overblijven betreffende verrichtingen op rechten van deelneming in ICB's met een veranderlijk aantal rechten van deelneming die zijn geregeld bij overeenkomst (gemeenschappelijke beleggingsfondsen met een veranderlijk aantal rechten van deelneming) of bij statuten (beveks)³, maar dat ook moet worden gezorgd voor uitdrukkelijke opheffing, in de wet van 22 april 2003, van de bepalingen die overgenomen worden in het thans onderzochte voorontwerp en voor wijziging van de bepalingen die blijven gelden, gelet op de werkingssfeer, zoals die beperkt wordt door het nieuwe dispositief waarin het voorontwerp voorziet.

Op het laatstgenoemde punt worden in het voorontwerp evenwel niet duidelijk de gevolgen getrokken die de gekozen methode met zich brengt.

⁽³⁾ Niettemin blijven de inhoud van en het toezicht op reclame, alsook de inschrijvingsvereisten voor ICB's geregeld bij de wet van 20 juli 2004 (Zie memorie van toelichting, blz. 4-5).

Artikel 74, § 1, van het voorontwerp luidt immers als volgt :

"De wet van 22 april 2003 betreffende de openbare aanbiedingen van effecten blijft enkel van kracht voor wat de openbare overnameaanbiedingen betreft."

Met zulk een bepaling kan niet worden volstaan. Ze leidt overigens tot rechtsonzekerheid. Artikel 74, § 1, van het voorontwerp dient bijgevolg aldus te worden herzien dat daarin een opsomming wordt gegeven van de bepalingen van de wet van 22 april 2003 die opgeheven worden. Bovendien moeten bij het voorontwerp de artikelen van die wet van 22 april 2003 worden gewijzigd teneinde rekening te houden met de beperking van de werkingssfeer ervan.

Zulks is des te meer aan te bevelen daar in de memorie van toelichting een nieuwe wijziging wordt aangekondigd van de bepalingen van de wet van 22 april 2003 betreffende de openbare overnameaanbiedingen, gelet op de tegen 20 mei 2006 uit te voeren omzetting van richtlijn 2004/39/EG van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten (hierna te noemen richtlijn 2004/39/EG).

3.1. Bij artikel 67 van het voorontwerp worden aan de CBFA de injunctierechten opgedragen die vermeld worden in artikel 21, leden 3 en 4, van richtlijn 2003/71/EG.

De vraag rijst of die specifieke rechten toegevoegd worden aan of in de plaats komen van die welke bij de wet van 2 augustus 2002 eraan worden verleend. De steller van het voorontwerp wordt er immers opmerkzaam op gemaakt dat er moet worden voorzien in een beroep tegen de beslissing van de CBFA, a fortiori omdat niet-naleving van de injuncties van de CBFA krachtens datzelfde artikel 67 bestraft wordt met dwangsommen.

In dit opzicht is het van tweeën één :

- ofwel moeten de bepalingen van het voorontwerp aansluiten bij die van de wet van 2 augustus 2002 en is hoofdstuk VI van die wet, dat betrekking heeft op de verhaalmiddelen, van toepassing; in dat geval dient de steller van het voorontwerp zich er evenwel van te vergewissen of beide teksten goed op elkaar aansluiten;

.../...

- ofwel leveren de bijzonderheden van de aangelegenheid die door het voorontwerp van wet wordt behandeld een reden op om de rechten die bij artikel 67 aan de CBFA worden opgedragen te laten uitoefenen los van die waarover deze instantie beschikt met toepassing van de wet van 2 augustus 2002, in welk geval de steller van het voorontwerp moet nagaan of er geen grond bestaat om te voorzien in een beroep tegen de beslissingen van de CBFA naar het voorbeeld van het beroep dat bij de wet van 2 augustus 2002 is geregeld.

3.2. In het licht van de bevoegdheden die de CBFA krachtens het voorontwerp van wet dient uit te oefenen, inzonderheid in het kader van de procedure tot goedkeuring van het prospectus, dient de steller van het voorontwerp er hoe dan ook voor te zorgen dat de voorwaarden voor de uitoefening van die bevoegdheden correct aansluiten bij de garanties waarin de wet van 2 augustus 2002 voorziet, ook wat de aspecten van de procedure betreft.

4. Hoewel het de bedoeling is dat richtlijn 2003/71/EG bij het voorliggende voorontwerp zelf wordt omgezet, zoals artikel 2 zulks bevestigt, en hoewel titel XIV, hoofdstuk V, van het voorontwerp strekt tot de omzetting van richtlijn 2005/1/EG, dient artikel 138 van het voorontwerp ertoe de Koning te machtigen "de nodige maatregelen (te) treffen voor de omzetting van Richtlijnen van de Europese Gemeenschappen die betrekking hebben op de materies die door deze wet en door de wet van 20 juli 2004 worden geregeld", waarbij bepaald wordt dat de koninklijke besluiten die op deze basis worden uitgevaardigd "de van kracht zijnde wettelijke bepalingen (kunnen) wijzigen, aanvullen, vervangen of opheffen" ⁴.

Ofschoon deze bepaling deel uitmaakt van een hoofdstuk van het voorontwerp dat als opschrift "Toekomstige aanpassingen" draagt, dat hoe dan ook geen regelgevende draagwijdte bezit en overigens betrekking zou kunnen hebben op "aanpassingen" zowel van het intern recht als van het Europees recht, is deze bepaling, zoals ze geredigeerd is, van volstrekt algemene aard en zou ze, in de betrokken aangelegenheden, betrekking kunnen hebben zowel op bestaande richtlijnen die nog niet omgezet zijn, als op toekomstige richtlijnen.

⁽⁴⁾ Zoals in de commentaar op artikel 138 uiteengezet wordt, is deze bepaling geredigeerd naar het voorbeeld van artikel 34 van de wet van 22 april 2003. Die bepaling kwam niet voor in het voorontwerp dat tot de wet van 22 april 2003 heeft geleid en waarover de afdeling wetgeving van de Raad van State op 26 juni 2002 advies 33.346/2 heeft uitgebracht.

Gelet op de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen en op die betreffende de aanvaardbaarheid van zulke machtigingen ⁵, geeft artikel 138 aanleiding tot de volgende opmerkingen, die rekening houden met de noodzaak om die grondwettelijke beginselen te laten samengaan met de vereisten van het Europees recht, naar luid waarvan het Europees recht volledige uitwerking moet krijgen in de interne rechtsordeningen.

Voor zover de machtiging betrekking heeft op bestaande richtlijnen ⁶, die alleen verband houden met de aangelegenheden in kwestie, dienen die richtlijnen duidelijk te worden aangegeven in het dispositief ⁷.

Bovendien moet uit de commentaar op die bepaling blijken dat er zodanige uitzonderlijke omstandigheden bestaan dat de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf de voorgenomen omzettingen tot stand te brengen omdat de inachtneming van de

⁽⁵⁾ Zie inzonderheid Arbitragehof, arrest nr. 100/2003 d.d. 17 juli 2003, overweging B.11.1; arrest nr. 31/2004 d.d. 3 maart 2004, overweging B.5.4; arrest nr. 39/2005 d.d. 16 februari 2005, overweging B.3.2; arrest nr. 72/2005 d.d. 20 april 2003, overweging B.30; arrest nr. 137/2005 d.d. 19 juli 2005, overweging B.4; afdeling wetgeving van de Raad van State, advies 36.541/3 van 23 maart 2004, over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 9 december 2004 houdende de financiering van het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (Gedr. St., Kamer, 2003-04, nr. 51-1228/1, blz. 20-24, nrs. 4-7) en advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet "houdende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten".

⁽⁶⁾ Binnen de grenzen van de aanvaardbaarheid van de machtiging in kwestie, verdient het aanbeveling om de machtiging in dat geval uit te breiden tot andere Europese instrumenten van afgeleid recht dan de richtlijnen, inzonderheid tot de verordeningen, aangezien niet uitgesloten is dat daarbij aan de lidstaten verplichtingen worden opgelegd die nationale uitvoeringsregels vereisen.

⁽⁷⁾ Binnen de hiervoor uiteengezette perken is een machtiging van het type dat hier wordt onderzocht alleen aanvaardbaar als ze uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is (voormeld advies 36.541/3), dat wil zeggen als ze betrekking heeft op aangelegenheden die ze uitdrukkelijk, nauwkeurig en limitatief opsomt (advies 25.166/2 van 3 juni 1996, gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, Gedr. St., Kamer, 1995-1996, nr. 608/1, blz. 19 en 20).

parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen om met de vereiste spoed te handelen om zulk een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken ⁸.

Ten slotte moet de bepaling worden aangevuld door het opgeven van de duur van de machtiging, welke beperkt moet zijn tot de vereisten die uit de uitzonderlijke omstandigheden voortvloeien ⁹, alsook van een korte termijn waarbinnen voor de maatregelen die de Koning op basis van de machtiging heeft aangenomen een procedure van bekrachtiging bij wet moet worden gevolgd, waarbij in de tekst zou moeten worden bepaald dat bij ontstentenis van zulk een bekrachtiging, de koninklijke besluiten geen enkel gevolg meer zouden hebben of, op zijn minst, van rechtswege opgeheven zouden worden bij het verstrijken van de termijn ¹⁰.

⁽⁸⁾ Zie in deze zin inzonderheid : Arbitragehof, arrest nr. 100/2003 d.d. 17 juli 2003, overweging B.11.2; arrest nr. 186/2005 d.d. 14 december 2005, overweging B.7.2; afdeling wetgeving van de Raad van State, voormeld advies 36.541/3. Volgens deze rechtspraak is de voorwaarde betreffende de uitzonderlijke omstandigheden niet van tel wanneer de werkelijke draagwijdte van de machtiging beperkt is, bijvoorbeeld wanneer ze het slechts mogelijk maakt om verplichtingen die zonder meer uit het internationaal recht voortvloeien in de interne rechtsorde uit te voeren (cf. Arbitragehof, arrest nr. 60/2002 d.d. 28 maart 2002, overweging B.2.5.), dit wil zeggen waarvoor geen enkele beoordelingsbevoegdheid uitgeoefend hoeft te worden. Voor het overige volgt uit arrest nr. 57/2005 d.d. 16 maart 2005 van het Arbitragehof dat het feit alleen dat ervoor moet worden gezorgd dat een regel van Europees recht volledige uitwerking heeft, geen voldoende reden is om af te kunnen wijken van de grondwettelijke beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen.

⁽⁹⁾ Zie inzonderheid het voormelde advies 25.166/2, blz. 18 en 19.

⁽¹⁰⁾ Arbitragehof, arrest nr. 100/2003 d.d. 17 juli 2003, overweging B.11.2. Zie eveneens inzonderheid Arbitragehof, arrest nr. 52/99 d.d. 26 mei 1999, overweging B.3.3; arrest nr. 68/99 d.d. 17 juni 1999, overweging B.5.3; arrest nr. 32/2000 d.d. 21 maart 2000, overweging B.7.7; arrest nr. 53/2003 d.d. 30 april 2003, overweging B.3.4; arrest nr. 57/2005 d.d. 16 maart 2005, overweging B.8.2; arrest nr. 186/2005 d.d. 14 december 2005, overwegingen B.7 en B.10; afdeling wetgeving van de Raad van State, advies 33.182/2 van 29 april 2002 over het voorontwerp dat de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten is geworden (Gedr. St., Kamer, zitting 2001-2002, nr. 1842/1); opmerking nr. 3 in advies 37.871/2, dat op 13 december 2004 is gegeven over het amendement nr. 1 van de Regering bij het ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en van artikel 40 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van die wet (Gedr. St. Kamer, 2004-2005, nr. 51-1440/2, blz. 6 en 7).

In zoverre de machtiging betrekking heeft op richtlijnen die thans onbekend zijn, is ze niet aanvaardbaar, behalve indien aldus bepalingen van richtlijnen worden bedoeld die aan de nationale autoriteiten geen enkele beoordelingsbevoegdheid laten ¹¹.

In ieder geval dient artikel 138, derde lid, te vervallen, daar het een overlapping is van artikel 3bis, § 1, eerste en tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De tekst van artikel 138, derde lid, die niet overneemt wat in paragraaf 1, derde lid, en paragraaf 2 van dezelfde bepaling staat, doet a contrario de vraag rijzen of de laatstgenoemde bepalingen wel van toepassing zijn op de besluiten en ontwerpen van besluiten die op basis van de ontworpen machtiging zouden worden uitgevaardigd ¹².

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

In artikel 2 van het voorontwerp wordt gesteld dat met dit voorontwerp inzonderheid richtlijn 2003/71/EG wordt omgezet. Deze vermelding wordt inderdaad voorgeschreven door artikel 29 van de richtlijn. Aangezien het voorontwerp evenwel ook tot doel heeft richtlijn 2005/1/EG om te zetten, dient het woord "inzonderheid" in artikel 2 te worden weggelaten en dient de bepaling te worden aangevuld met de vermelding dat daarbij eveneens de laatstgenoemde richtlijn omgezet wordt, waarbij naar de mate van het mogelijke gepreciseerd moet worden welke bepalingen van het voorontwerp de ene of de andere richtlijn omzetten.

(11) Zie voetnoot 8 hierboven.

(12) Deze toepasselijkheid is weinig twijfelachtig, maar het loutere feit dat de onderzochte bepaling zich als bijzonder voordoet ten opzichte van artikel 3bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, doet dit interpretatieprobleem onnodig rijzen.

Artikel 7

Volgens paragraaf 2 wordt de drempel van 1.000 euro, daar het gaat om effecten in een andere valuta dan de euro, geacht bereikt te zijn als de nominale waarde van die effecten "nagenoeg " gelijk is aan 1.000 euro op het ogenblik van de aanbidding of de toelating, al naargelang het geval.

De term "nagenoeg" geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid. Hij moet worden verduidelijkt.

Artikel 10

Paragraaf 2

In artikel 10, § 1, wordt omschreven wat moet worden verstaan onder "gekwaliceerde beleggers". Krachtens artikel 3, § 2, zijn aanbiedingen aan gekwalificeerde beleggers geen openbare aanbiedingen.

Overeenkomstig artikel 2, lid 1, e), iv) en v), van richtlijn 2003/71/EG, machtigt artikel 10, § 2, van het voorontwerp de Koning om het begrip gekwalificeerde beleggers uit te breiden.

Er moet evenwel worden gepreciseerd, zoals in de richtlijn, dat de uitbreiding slechts "onder voorbehoud van wederzijdse erkenning" kan geschieden, zowel voor natuurlijke personen (paragraaf 2, 1)) als voor de rechtspersonen (paragraaf 2, 2)).

Bovendien moet in paragraaf 2, 1), worden bepaald dat de natuurlijke persoon uitdrukkelijk moet verzoeken om als gekwalificeerde belegger te worden aangemerkt (artikel 2, lid 1, e), iv), van richtlijn 2003/71/EG) in plaats van dit uitsluitend voor te schrijven in 2), dat betrekking heeft op rechtspersonen. In dezelfde gedachtegang heeft de verplichting die aan de CBFA wordt opgelegd om een register van de betrokken personen bij te houden niet alleen betrekking op rechtspersonen, zoals de ontworpen tekst lijkt aan te geven, maar ook op natuurlijke personen (zie artikel 2, lid 3, van richtlijn 2003/71/EG). Bij de redactie van de ontworpen tekst dient dit tot uiting te worden gebracht.

Ten slotte dient te worden verwezen naar de statutaire zetel van de rechtspersoon, zoals artikel 2, lid 1, e), v), van richtlijn 2003/71/EG bepaalt, en niet, zoals in de Franse tekst, naar de "siège social" ervan, dat een beperkter begrip is. In de Nederlandse tekst is sprake van "zetel" zonder meer, en niet van "statutaire zetel"; hij dient eveneens te worden herzien.

Paragraaf 2 van artikel 10 zou derhalve als volgt moeten worden herzien :

"§ 2. Onder voorbehoud van wederzijdse erkenning kan de Koning het begrip gekwalificeerde belegger uitbreiden, door in voorkomend geval een onderscheid maken naar het type van betrokken beleggingsinstrumenten :

1. tot de natuurlijke personen die op het Belgische grondgebied verblijven indien ze uitdrukkelijk hebben verzocht om als gekwalificeerde belegger te worden aangemerkt en indien ze voldoen aan ten minste twee van de volgende drie criteria :

(... verder zoals in het voorontwerp);

2. tot alle of sommige rechtspersonen die hun statutaire zetel in België hebben indien ze uitdrukkelijk hebben verzocht om als gekwalificeerde belegger te worden aangemerkt en indien ze niet voldoen aan ten minste twee van de drie in paragraaf 1, c), genoemde criteria.

De CBFA legt een register aan van de betrokken personen."

Bovendien moet worden bepaald aan welke overheid en volgens welke procedure de aanvraag moet worden gericht.

Artikel 13

Het begrip "bemiddeling" is ontstaan uit de definitie van bemiddelaar, die is opgenomen in artikel 5 van de wet van 22 april 2003.

.../...

In het voornoemde advies 33.346/2 heeft de Raad van State het volgende gesteld :

"Om elke twijfel omtrent de reikwijdte van de term "bemiddelaar" (de term "tussenpersoon" verdient aanbeveling) op te heffen, wordt voorgesteld om uitdrukkelijk te preciseren dat ingeval van vaste opneming van een uitgifte de "vaste opnemer" gelijkgesteld wordt met een tussenpersoon ("bemiddelaar" in het ontwerp). In die toevoeging moet het woord "uitgifte" behouden blijven, aangezien een vaste opneming alleen in dat verband mogelijk is."

Die opmerking behoudt haar volledige geldigheid in het kader van artikel 13 van het onderzochte voorontwerp.

Artikel 15

Onderdeel 2°, a), van paragraaf 1 verwijst naar artikel 2, lid 1, m), ii) en iii), van richtlijn 2003/71/EG, in plaats van de in die bepalingen vervatte regelingen in hun geheel om te zetten in de Belgische wetgeving. De onderdelen a en b van die paragraaf 1, 2°, hebben weliswaar betrekking op de effecten van het type A en B, waardoor teruggegrepen wordt naar de definities die staan in artikel 7, § 1, van het voorontwerp, maar die definities maken op zich slechts een gedeeltelijke omzetting uit van artikel 2, lid 1, m), ii) en iii) van richtlijn 2003/71/EG. De regels die voortspruiten uit die bepalingen van de richtlijn en krachtens welke België beschouwd moet worden als de "lidstaat van herkomst", dienen dus ook volledig en nauwgezet omgezet te worden in de Belgische wetgeving, te meer daar die regels ertoe bijdragen het toepassingsgebied ervan te bepalen.

Artikel 16

In artikel 1, lid 2, e), van richtlijn 2003/71/EG wordt bepaald dat de "effecten die zijn uitgegeven door verenigingen met een wettelijke status of instellingen zonder winstoogmerk, die door een lidstaat zijn erkend, met het oog op het verwerven van de middelen die nodig zijn om hun niet-commerciële doelen te verwezenlijken" buiten de werkingssfeer van die richtlijn vallen. Artikel 16, § 1, 8°, van het voorontwerp heeft echter enkel betrekking op de verenigingen zonder winstoogmerk, internationale verenigingen

.../...

zonder winstoogmerk, stichtingen van openbaar nut en private stichtingen, met uitzondering van verenigingen met een wettelijke status of instellingen zonder winstoogmerk, die door andere lidstaten zijn erkend. Zulk een uitsluiting lijkt onaanvaardbaar.

Hetzelfde geldt voor artikel 1, lid 2, g), van richtlijn 2003/71/EG, dat door artikel 16, § 1, van het voorontwerp niet wordt omgezet.

Artikel 18

Paragraaf 1, d)

Voor een perfecte overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst, wordt voorgesteld om het tweede deel van de zin in de Franse tekst als volgt te stellen :

"... à condition que ces opérations comportent une offre et que des informations considérées par la CBFA comme équivalentes à celles que doit contenir le prospectus soient mises à la disposition des intéressés".

Paragraaf 2

Artikel 4, lid 2, h), ii), van richtlijn 2003/71/EG heeft betrekking op "effecten die voor het eerst tot de handel op een gereguleerde markt worden toegelaten na de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn". Overeenkomstig artikel 32 van die richtlijn is deze in werking getreden op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie, dus op 31 december 2003, en niet, zoals bij vergissing vermeld wordt in artikel 18, paragraaf 2, h), 2°), op 1 juli 2005, dat de laatste dag is van de termijn voor de omzetting, zoals opgelegd door artikel 29 van de richtlijn.

Paragraaf 4

Er zij verwezen naar artikel 31 van het voorontwerp, waarin de taalregeling wordt bepaald, zoals voorts ook in artikel 18, § 2, 5°), gedaan wordt.

Paragraaf 4 zou als volgt moeten worden gesteld :

"§ 4. Informatie die ter beschikking moet worden gesteld van de belanghebbenden krachtens paragraaf 1 of beschikbaar moet worden gesteld krachtens paragraaf 2, moet worden opgesteld in een overeenkomstig artikel 31 bepaalde taal."

Artikel 21

Paragraaf 1

Deze bepaling houdt de omzetting in van artikel 14, lid 1, van richtlijn 2003/71/EG. Daarin wordt bepaald dat zodra het prospectus goedgekeurd is, dit voor het publiek beschikbaar gesteld moet worden :

"(...) zodra dit doenlijk is en in elk geval op een redelijk tijdstip voorafgaand aan en uiterlijk bij de aanvang van de aanbidding of de toelating van de betrokken effecten tot de handel".

In artikel 21, § 1, van het voorontwerp wordt bepaald dat het prospectus voor het publiek "... ten minste drie werkdagen vóór het einde van de openbare aanbidding en, alleszins, ten laatste op de aanvangsdag ervan beschikbaar (moet) worden gesteld".

Zoals uit de richtlijn blijkt, dient er gekozen te worden tussen een van beide termijnen : hetzij drie werkdagen vóór de aanvang van de openbare aanbidding, hetzij uiterlijk op de aanvangsdag ervan.

Voorts dient overeenkomstig de richtlijn te worden gepreciseerd dat het ter beschikking stellen van het prospectus voor het publiek een aangelegenheid is van de "uitgevende instelling, aanbieder of aanvrager van de toelating tot de handel op een gereguleerde markt".

.../...

Artikel 22

Voor de omzetting van de regels vervat in artikel 2, lid 1, m), van richtlijn 2003/71/EG, met toepassing waarvan België beschouwd moet worden als de "lidstaat van herkomst", moet worden verwezen naar de opmerking over artikel 15 die dus ook, mutatis mutandis, geldt voor de aanknopingspunten opgesomd in artikel 22, paragraaf 1, van het voorontwerp.

Artikel 31

1. In het tweede lid wordt gepreciseerd dat de vertaling in het Frans en het Nederlands wordt gemaakt onder verantwoordelijkheid van de uitgevende instelling of "de met het opstellen van het prospectus belaste persoon".

Duidelijkheidshalve en overeenkomstig artikel 36, § 2, eerste lid, (iii), van het voorontwerp wordt voorgesteld om te schrijven dat de vertaling wordt gemaakt "onder verantwoordelijkheid van de uitgevende instelling, de aanbieder, de aanvrager van de toelating tot de verhandeling of de met het opstellen van het prospectus belaste persoon".

In hetzelfde lid moeten de overbodige woorden "onverminderd het eerste lid" vervallen.

Artikel 36

1. In het voorontwerp mag niet, zoals in artikel 36, § 1, geschiedt, worden bepaald dat een met toepassing van titel IV, hoofdstuk II, afdeling 1, goedgekeurd prospectus, alsook alle eventuele aanvullingen erop, geldig zijn voor een openbare aanbidding of voor een toelating tot de verhandeling op een gereguleerde markt in één of meer andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte.

Zulks vloeit weliswaar voort uit artikel 17, lid 1, van richtlijn 2003/71/EG, maar niettemin is het aan de andere lidstaten om dat binnen hun territoriale bevoegdheidssfeer te bepalen.

.../...

2. In paragraaf 2, die paragraaf 1 wordt, moet overeenkomstig artikel 18, lid 1, van richtlijn 2003/71/EG aan het begin van de zin worden toegevoegd :

"§ 1. Op verzoek van de uitgevende instelling, de aanbieder, de aanvrager van de toelating tot de verhandeling of de met het opstellen van het prospectus belaste persoon, legt de CBFA (voorts zoals in het voorontwerp)".

3. In paragraaf 4 wordt verwezen naar "de in § 1 bedoelde procedure", alsook naar "de in § 1 bedoelde kennisgeving". Aangezien die verwijzing naar paragraaf 1 weinig of niet adequaat is - in die paragraaf wordt geen enkele procedure georganiseerd en in de bedoelde kennisgeving wordt in feite in paragraaf 2 voorzien - is de voormelde paragraaf 4 onduidelijk en moet hij dus dienovereenkomstig worden herwerkt.

Artikel 37

Voor de omzetting van de regels vervat in artikel 2, lid 1, m), van richtlijn 2003/71/EG, met toepassing waarvan België niet beschouwd wordt als de "lidstaat van herkomst", moet worden verwezen naar de opmerking over de artikelen 15 en 22 die dus ook, mutatis mutandis, geldt voor de aanknopingspunten opgesomd in artikel 37, paragraaf 1, van het voorontwerp.

Artikel 38

Artikel 17, lid 1, van richtlijn 2003/71/EG bepaalt :

"Wanneer in één of meer lidstaten of in een lidstaat die niet de lidstaat van herkomst is, een aanbieding van effecten aan het publiek of een aanvraag voor de toelating van effecten tot de handel op een gereguleerde markt wordt gepland, zijn onverminderd het bepaalde in artikel 23, het door de lidstaat van herkomst goedgekeurde prospectus en alle documenten ter aanvulling van dat prospectus in een willekeurig aantal lidstaten van ontvangst geldig voor een openbare aanbieding of voor een toelating van de betrokken effecten tot de handel op een gereguleerde markt, op voorwaarde dat de bevoegde autoriteit van iedere lidstaat van ontvangst overeenkomstig artikel 18 een kennisgeving ontvangt. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten van ontvangst starten geen administratieve of goedkeuringsprocedures voor prospectussen."

.../...

In artikel 38 van het voorontwerp worden echter drie voorwaarden verbonden aan de omstandigheid dat het prospectus niet door de CBFA hoeft te worden goedgekeurd, waaromtrent de Raad van State zich afvraagt of de tweede voorwaarde, namelijk dat het prospectus nog steeds geldig is in de zin van artikel 35 van het voorontwerp, niet verder reikt dan de bevoegdheden die de CBFA, als bevoegde autoriteit in de zin van de richtlijn, mag uitoefenen, aangezien de toetsing die zij zal moeten doorvoeren zou kunnen worden beschouwd als "een administratieve procedure voor het prospectus". Temeer daar dat vormvereiste overbodig lijkt aangezien, overeenkomstig artikel 18 van de richtlijn, "de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst aan de bevoegde autoriteit van de lidstaten van ontvangst een goedkeuringsverklaring verstrekt dat het prospectus in overeenstemming met deze richtlijn is opgesteld", wat - daarvan moet worden uitgegaan - inhoudt dat de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst, alvorens de verklaring af te geven, ook zal hebben getoetst of men zich houdt aan de bepalingen van artikel 9 van de richtlijn, namelijk die welke bij artikel 35 van het voorontwerp worden omgezet.

Het laat zich bijgevolg aanzien dat die tweede voorwaarde overbodig is en moet vervallen.

Artikel 39

Artikel 39 van het voorontwerp zet artikel 23 van de richtlijn om.

Dat artikel 23 biedt de CBFA de mogelijkheid om conservatoire maatregelen te nemen, niet alleen wanneer ze tot de bevinding komt dat onregelmatigheden zijn begaan door de uitgevende instelling, de aanbieder of de financiële instellingen die met de procedures voor de openbare aanbidding zijn belast, maar ook wanneer de bevoegde autoriteit, namelijk in voorkomend geval de CBFA, tot de bevinding komt "dat de uitgevende instelling haar verplichtingen niet is nagekomen die voortvloeien uit het feit dat haar effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten".

In artikel 39 zou ook die mogelijkheid moeten worden vermeld.

.../...

Artikel 40

1. Voor de omzetting van de regels vervat in artikel 2, lid 1, m), van richtlijn 2003/71/EG, met toepassing waarvan België niet beschouwd wordt als de "lidstaat van herkomst", moet worden verwezen naar de opmerking over de artikelen 15, 22 en 37 van het voorontwerp die dus ook, mutatis mutandis, voor dit artikel 40 geldt.

2. De werkingssfeer van afdeling 3, betreffende de "overdracht van de goedkeuring van een prospectus aan de CBFA", overeenkomstig artikel 13, lid 5, van de voormelde richtlijn, moet worden beperkt tot de gevallen waarin de goedkeuring van een prospectus met toepassing van die richtlijn vereist is - veeleer dan te worden bepaald door verwijzing naar de gevallen waarin "de publicatie van een prospectus vereist is krachtens hoofdstuk I van deze titel ¹³ of krachtens de nationale bepalingen van de lidstaat waar de aanbidding of de toelating plaatsvindt, en waarvoor België niet de lidstaat van herkomst is" - zodat niet valt in te zien waarom die werkingssfeer niet samenvalt met die bepaald in artikel 37 van het voorontwerp voor de gevallen waarin het prospectus in principe moet worden goedgekeurd door de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat dan België.

Artikel 41

1. Artikel 21, lid 2, van richtlijn 2003/71/EG bepaalt :

"De lidstaten kunnen hun bevoegde autoriteit of autoriteiten toestaan taken te delegeren."

⁽¹³⁾ Zoals inzonderheid blijkt uit artikel 42 van het voorontwerp, houdt dit hoofdstuk immers ook in dat een prospectus moet worden gepubliceerd in het kader van "verrichtingen die niet door Richtlijn 2003/71/EG worden geharmoniseerd". Uiteraard is het echter zo dat artikel 42, overeenkomstig artikel 1, lid 3, van richtlijn 2003/71/EG, niet geldt voor verrichtingen die met toepassing van de artikelen 16, § 2, 22, § 2, en 37, § 2, van het voorontwerp onder de bepalingen van het voorontwerp vallen waarbij die richtlijn wordt omgezet.

In artikel 41, § 1, van het voorontwerp staat :

"In het kader van een in deze afdeling bedoelde verrichting, kan de autoriteit van de lidstaat van herkomst in de zin van artikel 2.1. m) van Richtlijn 2003/71/EG, de goedkeuring van een prospectus overdragen aan de CBFA, op voorwaarde dat deze daarmee instemt".

In plaats van de autoriteit van een andere lidstaat toe te staan taken te delegeren - wat tot de bevoegdheid van de betrokken Staat behoort - zou het beter zijn de CBFA toe te staan zich taken te laten overdragen door de bevoegde autoriteit van een andere lidstaat. Het eerste lid van paragraaf 1 moet dienovereenkomstig worden herzien.

2. Artikel 41, paragraaf 6, bepaalt :

"Het prospectus dat door de CBFA wordt goedgekeurd op grond van een overdracht, mag krachtens hoofdstuk I van deze titel onder de volgende voorwaarden worden gepubliceerd in het kader van een openbare aanbidding op het Belgische grondgebied of van een toelating tot de verhandeling op een Belgische gereglementeerde markt :

(...)."

De Raad van State vraagt zich af waarom in die bepaling alleen de mogelijkheid om het prospectus te publiceren wordt overwogen, terwijl krachtens artikel 20 van het voorontwerp voor elke openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten op het Belgische grondgebied en voor elke toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een Belgische gereglementeerde markt voorafgaandelijk een prospectus moet worden gepubliceerd.

Die onduidelijkheid moet worden weggewerkt.

Artikel 51

Dit artikel is de tegenhanger van artikel 31 over de geharmoniseerde verrichtingen. Naar analogie met artikel 31 moet worden bepaald wie verantwoordelijk is voor het tot stand brengen van de vertaling.

.../...

Artikelen 57 tot 60 (Titel VI)

Overweging 33 van de aanhef van richtlijn 2003/71/EG luidt als volgt :

"Om te voorkomen dat lacunes in de Gemeenschapswetgeving het vertrouwen van het publiek ondermijnen en afbreuk doen aan de goede werking van de financiële markten, dient ook reclame te worden geharmoniseerd."

Die harmonisering wordt geregeld in artikel 15 van de richtlijn, waarvan lid 1 inzonderheid bepaalt dat "de leden 2 tot en met 4 (...) alleen van toepassing (zijn) wanneer de uitgevende instelling, de aanbieder of de aanvrager van de toelating tot de handel verplicht is een prospectus op te stellen" krachtens de richtlijn. Uit de algemene vereisten van communautair recht en uit het verband dat door de richtlijn wordt gelegd tussen de vereisten betreffende het prospectus en die inzake "reclame-uitingen betreffende een openbare aanbieding van effecten of betreffende een toelating tot de handel op een gereguleerde markt" blijkt dat die uitingen niet mogen worden onderworpen aan andere verplichtingen dan die welke voortvloeien uit de harmonisering door het voormelde artikel 15.

Titel VI van het voorontwerp moet dus worden herzien opdat dit werkelijk het geval is, eventueel op basis van een expliciet onderscheid tussen de regels die van toepassing zijn op reclame-uitingen, naargelang ze al dan niet door de richtlijn "geharmoniseerd" zijn.

Onder voorbehoud van die opmerking is het dat onder de artikelen 58 tot 60 de volgende opmerkingen worden gemaakt.

Artikel 58

Bij artikel 58, § 1, wordt artikel 15 van de richtlijn omgezet. In paragraaf 1, 2°, wordt van reclame en andere documenten en berichten gevergd dat "de erin vervatte informatie (...) niet onjuist of misleidend (mag) zijn". In de Franse versie van paragraaf 1, 2°, staat : "les informations qu'ils contiennent ne peuvent être trompeuses ou inexactes". In de Franse versie van artikel 15 van de richtlijn is sprake van "(Les) informations (qui) ne peuvent être erronées, ou prêter à confusion". De woorden "prêter à confusion" en

.../...

"trompeur" dekken niet dezelfde lading, want de tweede term impliceert opzet (leugen, verzwijging), terwijl de eerste term dat niet doet. In de Franse versie moet men zich dus houden aan de terminologie van de richtlijn. De Franse lezing van de paragrafen 2 tot 4 van artikel 61 van het voorontwerp moet ook dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 59

Het eerste lid moet overeenkomstig artikel 15, lid 5, van richtlijn 2003/71/EG beginnen met de woorden "Wanneer geen prospectus vereist is".

Artikel 60

Paragrafen 1 en 2

Reclame-uitingen en andere documenten en berichten die betrekking hebben op een openbare aanbieding of een toelating tot de verhandeling moeten worden goedgekeurd door de CBFA.

In de tekst wordt evenwel niet gepreciseerd op basis van welke criteria de goedkeuring wordt gegeven of geweigerd.

Overeenkomstig artikel 15, lid 6, van richtlijn 2003/71/EG moet worden verduidelijkt dat de goedkeuring gebonden is aan de inachtneming van de principes vervat in artikel 58, §§ 1 tot 3, van het voorontwerp.

Artikel 61

1. Wat paragraaf 1 betreft, is het de Raad van State niet duidelijk wat de strekking van het vierde lid is, gelet op het feit dat de hoofdelijke aansprakelijkheid krachtens paragraaf 2, eerste lid, alleen geldt voor degenen die verantwoordelijk zijn voor het integrale prospectus en de eventuele aanvullingen erop, aangewezen krachtens het eerste lid van die paragraaf 1.

.../...

Deze opmerking geldt ook voor het ontworpen artikel 55, § 1, vierde lid, van de wet van 20 juli 2004 (artikel 90 van het voorontwerp).

2. De Raad van State plaatst vraagtekens bij het weerlegbare vermoeden waarvan sprake in het tweede lid van paragraaf 2, wanneer het nadeel dat de belegger wordt berokkend het gevolg is van het ontbreken van informatie in het prospectus. Hoe staat het in het onderhavige geval met de aansprakelijkheid van de CBFA, die luidens artikel 32 van het voorontwerp onder meer moet nagaan of de vóór publicatie bij haar ingediende documenten volledig zijn ?

Bovendien valt op te merken dat de wet van 22 april 2003, die ook een bepaling over de hoofdelijke aansprakelijkheid bevat (artikel 17, derde lid), alleen in die hoofdelijke aansprakelijkheid voorziet als het nadeel "een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de onjuistheid of valsheid van de gegevens (...)".

Artikel 63

Volgens de toelichting bij titel VIII is het de bedoeling van de indiener van het voorontwerp om artikel 24 van de wet van 22 april 2003 over te nemen.

Artikel 63 is echter restrictiever dan die bepaling : het resultaat van de verrichting hoeft slechts openbaar te worden gemaakt als die verrichting betrekking heeft op effecten met een aandelenkarakter.

Die regeling lijkt niet logisch, aangezien het om een openbare aanbieding gaat en om een wezenlijk kenmerk van die verrichting, namelijk het resultaat ervan, niet in alle gevallen zou worden bekendgemaakt.

Naar het voorbeeld van artikel 24 van de wet van 22 april 2003 wordt bijgevolg voorgesteld om artikel 63 als volgt te stellen :

"Art. 63. Eenieder die een openbare aanbieding als bedoeld in deze titel heeft verwezenlijkt, verstrekt de CBFA alle nuttige inlichtingen over het resultaat van deze verrichting en maakt dit resultaat op de door de CBFA vastgestelde wijze openbaar".

Artikel 65

Voor het bepalen van de gevallen waarin de CBFA de "bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst" is in de zin van artikel 10, lid 2, van richtlijn 2003/71/EG, moet worden verwezen naar de opmerking over de artikelen 15, 22, 37 en 40 die dus ook, mutatis mutandis, geldt voor artikel 65, § 1, van het voorontwerp.

Artikel 67

Paragraaf 1, n)

De tekst van het voorontwerp is restrictiever dan die van artikel 21, lid 3, eerste lid, i), van de richtlijn, luidens welke de toezichthoudende autoriteit "openbaar (kan) maken dat een uitgevende instelling niet aan (haar) verplichtingen voldoet".

Voorgesteld wordt om de bewoordingen van de richtlijn over te nemen.

Paragraaf 1, o)

1. In advies 33.182/2 van 29 april 2002 over het wetsontwerp dat de voormelde wet van 2 augustus 2002 is geworden, had de Raad van State in verband met artikel 35 op het volgende gewezen :

"(...) de vraag rijst of voor onderzoek en expertise ter plaatse in werklokalen ook niet moet worden voorzien in de toestemming van een rechter"¹⁴.

⁽¹⁴⁾ Zie inzonderheid de adviezen 38.503/1 van 5 juli 2005 over een voorontwerp van wet "tot bescherming van de economische mededinging" en 38.939/3 van 16 september 2005 over een voorontwerp van decreet "betreffende de oprichting en de werking van het Fonds voor Landbouw en Visserij".

Die opmerking blijft relevant. In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt er immers van uitgegaan dat het begrip "woning" in bepaalde omstandigheden ook betrekking heeft op beroeps- en bedrijfslokalen ¹⁵ en dat het recht op eerbiediging van de "woning" ook kan worden aangevoerd door rechtspersonen ¹⁶. Bovendien heeft het Arbitragehof erop gewezen dat :

"(...) het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, (...) een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het EVRM" ¹⁷

2. Het Franse woord "expertises" stemt niet overeen met het Nederlandse woord "onderzoeken". Beide versies moeten met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

Artikelen 69 en 71

Wat de eventuele cumulatie van administratieve geldboeten en strafrechtelijke straffen betreft, alsook de bestaanbaarheid daarvan in het licht van het beginsel "non bis in idem", behoort te worden verwezen naar advies 33.182/2 van 29 april 2002 over het voorontwerp dat later de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten ¹⁸ is geworden :

"Krachtens verscheidene bepalingen van het voorontwerp kan eenzelfde strafbaar gedrag tegelijk aanleiding geven tot een administratieve sanctie en een strafrechtelijke straf. Dat geldt inzonderheid, wat administratieve geldboetes

⁽¹⁵⁾ EHRM, 16 december 1992, Niemietz, EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe; EHRM, 16 april 2002, Colas. Zie ook D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", Rev. trim. dr. h., 1994, 117-135.

⁽¹⁶⁾ EHRM, 16 april 2002, Colas.

⁽¹⁷⁾ Arbitragehof, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1.

⁽¹⁸⁾ Gedr. St., Kamer, 2001-2002, nr. 50 1842/1, blz. 250 tot 252.

betreft, voor de straf op overtreding van de verbodsbepalingen, vermeld in artikel 25, en, wat de strafrechtelijke straffen betreft, voor hetgeen strafbaar wordt gesteld in de artikelen 38 tot 41. Evenwel staat op sommige strafbare feiten pas een strafrechtelijke straf als er bijzonder opzet mee gemoeid is, hetgeen niet vereist is voor het opleggen van een administratieve geldboete (zie in dit verband de strafrechtelijke bepalingen die opgenomen zijn in de artikelen 38 en 39). Daartegenover staat evenwel, ten eerste, dat dit bestanddeel niet vereist is voor sommige tenlasteleggingen in strafzaken waarbij gedragingen worden gestraft die in alle opzichten gelijken op die welke met een administratieve geldboete zouden kunnen worden gestraft (zie in dit verband de verbodsbepalingen die opgenomen zijn in artikel 25, § 1, 1°, en de verbodsbepalingen die vervat zijn in artikel 40). Ten tweede zij erop gewezen dat op grond van geen enkele bepaling van het voorontwerp kan worden uitgesloten dat een gedrag dat een strafbaar feit in strafrechtelijke zin kan vormen, door de Commissie voor het Bank- en Financiewezen zou worden beschouwd als een strafbaar feit dat met een administratieve geldboete moet worden gestraft.

In deze omstandigheden rijst de vraag of zulk een cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen bestaanbaar is met het beginsel "non bis in idem", dat vervat is in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en in artikel 14, lid 7, van het International Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en die in het intern recht een essentiële regel van strafprocesrecht is die in het Belgische recht een algemeen rechtsbeginsel vormt ¹⁹. Volgens dat beginsel mag niemand voor een tweede keer strafrechtelijk worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken.

De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in dezen een ontwikkeling doorgemaakt. In zijn arrest-Gradinger tegen Oostenrijk van 23 oktober 1995 heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel "non bis in idem" geschonden is zodra "eenzelfde gedrag" gestraft is met, enerzijds, een administratieve sanctie, en, anderzijds, een strafrechtelijke straf. In zijn arrest-Oliveira tegen Zwitserland van 30 juli 1998 preciseert het Hof evenwel dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie, wanneer het strafrechtelijk feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten, aangezien artikel 4 van Protocol nr. 7 alleen het verbod inhoudt om "twee keer over hetzelfde strafbare feit uitspraak te doen". Die jurisprudentie is enige tijd geleden door het Europees Hof bevestigd in arrest-Ponsetti & Chesnel tegen Frankrijk van 14 september 1999, waarin het Europees Hof voor de rechten van de mens oordeelt dat een administratieve sanctie en een strafrechtelijke straf kunnen worden opgelegd voor hetzelfde feit wanneer de twee straffen «geen betrekking hebben op dezelfde bestanddeel van het strafbaar feit».

⁽¹⁹⁾ J. Velu en R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

Uit deze jurisprudentie volgt dat het perfect mogelijk is zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf op te leggen ter bestraffing van eenzelfde feit, op voorwaarde dat de bestanddelen van het in strafrechtelijk opzicht strafbare feit en die van het feit waarop een administratieve geldboete staat van elkaar verschillen, zodat blijkt dat het wel degelijk om twee aparte strafbare feiten gaat.

De rechtspraak van het Europees Hof blijkt strenger dan de lering van ons Hof van Cassatie, naar luid waarvan het beginsel *non bis in idem* niet belet dat de Belgische overheid

«... sancties van uiteenlopende aard mag bepalen voor eenzelfde inbreuk, de ene onderworpen aan het nationale strafrechtstelsel, de andere onderworpen aan het stelsel van de administratieve sanctie, ook al zou die administratieve sanctie een strafrechtelijke aard hebben in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens»²⁰.

De voorrang van de internationale rechtsregels, en inzonderheid van artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, zet ertoe aan de voorkeur te geven aan de rechtspraak van het Europees Hof. In een commentaar op die rechtspraak wijst de meest recente rechtsleer erop dat in de logica van de arresten-Oliveira en Ponsetti & Chesnel, het beginsel "*non bis in idem*" zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar feit - dat wil zeggen een telastelegging waarvan de bestanddelen dezelfde zijn - kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf²¹.

De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen."

Die opmerkingen blijven relevant. De besproken bepalingen moeten dienovereenkomstig worden herzien.

Die opmerkingen gelden ook voor de artikelen 120, 132 en 133.

⁽²⁰⁾ Cass., 5 februari 1999, Arresten van het Hof van Cassatie 1999, blz. 67 e.v. en de noot van Anne Demoulin in de *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1999, blz. 537 e.v.

⁽²¹⁾ Zie in dit verband J. Put, *Bis sed non idem*, RW, 2001-2002, blz. 941, nr. 18.

Artikel 73

Paragraaf 1 zet inzonderheid artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/71/EG om. De Raad van State vraagt zich af waarom lid 2, e), niet in het voorontwerp is overgenomen.

Artikel 74

1. In verband met paragraaf 1 wordt verwezen naar de algemene opmerking nr. 2.

2. Paragraaf 2 bevat een impliciete regeling van wetgeving door verwijzing, die aanleiding geeft tot dezelfde opmerkingen als die welke worden gemaakt onder algemene opmerking nr. 2, in het bijzonder wat de vereisten inzake rechtszekerheid betreft.

De wetten waarin thans verwezen wordt naar bepalingen van de wet van 22 april 2003 moeten worden herzien : die verwijzingen moeten worden aangepast aan de tekst van de ontworpen wet en van de wet van 22 april 2003, nadat die als gevolg van de hiervoren gemaakte algemene opmerking nr. 2 is herzien.

Artikel 126

Volgens het ontworpen artikel 134, § 1, tweede lid, van de wet van 20 juli 2004 wordt de "weigering van inschrijving door de CBFA (...) gemotiveerd".

Die zinsnede moet om de volgende redenen vervallen :

- a) enerzijds vormt ze een overbodige herhaling van een verplichting die reeds voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen;

.../...

- b) anderzijds zou ze kunnen doen vermoeden dat de wetgever andere, met toepassing van de ontworpen wet gestelde bestuurshandelingen wil vrijstellen van de uitdrukkelijke motiveringsplicht die in de voormelde wet van 29 juli 1991 is vastgelegd.

Artikel 143

In de Franse versie van het ontworpen artikel 144, § 1, tweede zin, van de voormelde wet van 2 augustus 2002 moeten de woorden "son statut" vervangen worden door de woorden "ses statuts".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS