

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 42.656/2
DU 4 AVRIL 2007

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 29 mars 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal "visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers", a donné l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"En effet l'urgence est motivée par le fait :

- que la directive MiFID 2004/39/CE et la directive d'exécution 2006/73/CE doivent être transposées en droit belge;
- que la transposition des deux directives doit avoir lieu simultanément dans la mesure où leurs dispositions sont étroitement liées;
- que ces directives ne laissent qu'un délai limité pour la transposition en droit belge puisque la directive d'exécution n'a été publiée qu'en septembre 2006 et que la date de transposition de celle-ci a été fixée au 31 janvier 2007;
- que pour permettre aux établissements fournissant des services d'investissement ainsi qu'aux marchés réglementés de se préparer aux nouvelles règles, les directives ont fixé l'entrée en vigueur des dispositions de transposition au 1^{er} novembre 2007;
- que la date de transposition des directives est dépassée,
- que pour accélérer leur transposition en droit belge, il est fait usage d'habilitations légales qui confèrent au Roi le pouvoir de procéder aux modifications législatives requises; que ces habilitations doivent être utilisées au plus vite pour ne pas en perdre l'utilité;
- que le présent arrêté vise à opérer les modifications législatives requises pour assurer la transposition des directives précitées;
- que, sans le bénéfice de l'urgence, le risque est grand que les nouvelles règles soient adoptées avec un retard considérable;
- que le présent arrêté doit être adopté sans délai étant donné que tout report compliquerait sérieusement la mise en oeuvre, à temps et correctement, de la nouvelle réglementation par le secteur financier dans la mesure où celui-ci doit pouvoir prendre connaissance de cette nouvelle réglementation pour s'y conformer sur le plan de la classification, des profils et de la documentation des clients, ainsi que sur le plan des politiques suivies et des documents reprenant ces politiques, des systèmes informatiques et des structures organisationnelles; que les participants du marché ne peuvent en effet arrêter une décision définitive quant aux étapes opérationnelles nécessaires qu'une fois les dispositions de transposition adoptées;

.../...

- qu'il convient d'éviter que les activités transfrontalières du secteur financier belge soient entravées et que le secteur subisse un préjudice du fait que le passeport européen des établissements belges serait remis en question pour cause de respect inadéquat de la nouvelle réglementation, lequel serait à son tour causé par l'adoption et la publication tardives des dispositions de transposition;
- qu'il convient également d'éviter que le renforcement de la protection des investisseurs, visé par les directives précitées, ne soit pas totalement garanti au 1^{er} novembre 2007 au motif que les établissements financiers ne seraient pas en mesure de respecter leurs nouvelles obligations à temps et correctement en raison de leur promulgation tardive;
- qu'il est, enfin, impératif d'adopter le présent arrêté sans délai pour éviter que les avantages du marché des capitaux plus intégré, résultant de la MiFID, profitent dans une moindre mesure à l'économie belge, ce qui affecterait sa compétitivité".

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, 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 du 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, le projet appelle les observations ci-après.

Le préambule vise, comme fondements légaux du projet, l'article 146 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, remplacé par la loi du 14 février 2005, l'article 230, § 2, de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement, inséré par la loi du 16 juin 2006, et l'article 51 de la "loi du ... relative aux offres publiques d'acquisition" ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Est également visé l'article 77 de cette loi, qui habilite le Roi à fixer la date d'entrée en vigueur de ses dispositions et constitue dès lors le fondement légal de l'article 126 du projet, lequel détermine la date d'entrée en vigueur de l'article 51 de cette loi.

Ces dispositions légales requièrent que les arrêtés royaux pris pour leur exécution soient délibérés en Conseil des ministres.

Or, il ne ressort pas des éléments du dossier soumis au Conseil d'État que l'arrêté en projet a fait l'objet d'une délibération en Conseil des ministres.

La délibération collégiale prescrite qui doit avoir lieu en Conseil des ministres ne peut être assimilée à une "formalité préalable" au sens de l'article 84, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il a été remplacé par la loi du 2 avril 2003 ⁽²⁾. Cette délibération est en effet destinée à permettre à l'ensemble des ministres d'échanger leur point de vue sur un projet d'arrêté et de collaborer à la rédaction de celui-ci.

Ce n'est qu'une fois un consensus acquis qu'un projet d'arrêté royal peut être considéré comme en état d'être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État.

Il ne revient donc pas à un ministre de solliciter cet avis avant que le projet d'arrêté royal ait été délibéré en Conseil des ministres et, le cas échéant, adapté à la suite de cette délibération.

La demande d'avis est dès lors prématurée et, partant, irrecevable ⁽³⁾.

⁽²⁾ L'alinéa 2 de cette disposition prescrit: "Lorsque l'avis est demandé dans un délai visé au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/ ou 2/, il est donné nonobstant l'inaccomplissement éventuel des formalités prescrites".

⁽³⁾ Voir en ce sens, par exemple, l'avis 41.305/1, donné le 28 septembre 2006, sur un projet d'arrêté royal portant réforme de la carrière de certains agents du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale de niveau A et l'avis 42.333/2, donné le 12 mars 2007, sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 5 novembre 1971 portant création et érection en établissement scientifique de l'État de l'Institut national de Criminalistique et de Criminologie.

En cas de nouvelle saisine de la section de législation du Conseil d'État, le dossier devrait être complété par un tableau de correspondance, dans les deux sens, entre les dispositions du projet et celles des instruments européens dont il assure la mise en oeuvre.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE

LC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.656/2
VAN 4 APRIL 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 29 maart 2007 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot omzetting van de Europese richtlijn betreffende de markten voor financiële instrumenten", heeft het volgende advies gegeven :

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996 en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

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

"En effet l'urgence est motivée par le fait :

- que la directive MiFID 2004/39/CE et la directive d'exécution 2006/73/CE doivent être transposées en droit belge;
- que la transposition des deux directives doit avoir lieu simultanément dans la mesure où leurs dispositions sont étroitement liées;
- que ces directives ne laissent qu'un délai limité pour la transposition en droit belge puisque la directive d'exécution n'a été publiée qu'en septembre 2006 et que la date de transposition de celle-ci a été fixée au 31 janvier 2007;
- que pour permettre aux établissements fournissant des services d'investissement ainsi qu'aux marchés réglementés de se préparer aux nouvelles règles, les directives ont fixé l'entrée en vigueur des dispositions de transposition au 1^{er} novembre 2007;
- que la date de transposition des directives est dépassée,
- que pour accélérer leur transposition en droit belge, il est fait usage d'habilitations légales qui confèrent au Roi le pouvoir de procéder aux modifications législatives requises; que ces habilitations doivent être utilisées au plus vite pour ne pas en perdre l'utilité;
- que le présent arrêté vise à opérer les modifications législatives requises pour assurer la transposition des directives précitées;
- que, sans le bénéfice de l'urgence, le risque est grand que les nouvelles règles soient adoptées avec un retard considérable;
- que le présent arrêté doit être adopté sans délai étant donné que tout report compliquerait sérieusement la mise en oeuvre, à temps et correctement, de la nouvelle réglementation par le secteur financier dans la mesure où celui-ci doit pouvoir prendre connaissance de cette nouvelle réglementation pour s'y conformer sur le plan de la classification, des profils et de la documentation des clients, ainsi que sur le plan des politiques suivies et des documents reprenant ces politiques, des systèmes informatiques et des structures organisationnelles; que les participants du marché ne peuvent en effet arrêter une décision définitive quant aux étapes opérationnelles nécessaires qu'une fois les dispositions de transposition adoptées;

.../...

- qu'il convient d'éviter que les activités transfrontalières du secteur financier belge soient entravées et que le secteur subisse un préjudice du fait que le passeport européen des établissements belges serait remis en question pour cause de respect inadéquat de la nouvelle réglementation, lequel serait à son tour causé par l'adoption et la publication tardives des dispositions de transposition;
- qu'il convient également d'éviter que le renforcement de la protection des investisseurs, visé par les directives précitées, ne soit pas totalement garanti au 1^{er} novembre 2007 au motif que les établissements financiers ne seraient pas en mesure de respecter leurs nouvelles obligations à temps et correctement en raison de leur promulgation tardive;
- qu'il est, enfin, impératif d'adopter le présent arrêté sans délai pour éviter que les avantages du marché des capitaux plus intégré, résultant de la MiFID, profitent dans une moindre mesure à l'économie belge, ce qui affecterait sa compétitivité".

*

* *

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

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

.../...

In de aanhef worden als rechtsgrond van het ontwerp genoemd artikel 146 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, vervangen bij de wet van 14 februari 2005, artikel 230, § 2, van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles, ingevoegd bij de wet van 16 juni 2006, en artikel 51 van de "wet van . . . op de openbare overnamebiedingen" ⁽¹⁾.

Die wetsbepalingen vereisen dat over koninklijke besluiten die ter uitvoering daarvan vastgesteld worden, overleg wordt gepleegd in de Ministerraad.

Uit de gegevens van het dossier dat aan de Raad van State is voorgelegd, blijkt evenwel niet dat over het ontworpen besluit overleg gepleegd is in de Ministerraad.

Het voorgeschreven collegiale overleg in de Ministerraad kan niet worden gelijkgesteld met een "voorafgaand vormvereiste" in de zin van artikel 84, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003 ⁽²⁾. Dat overleg is immers bedoeld om alle ministers de gelegenheid te bieden van gedachten te wisselen over een voorgelegd ontwerpbesluit en mee te werken aan het opstellen ervan.

Pas wanneer een consensus bereikt is, kan een ontwerp van koninklijk besluit worden beschouwd als zijnde in zoverre gereed dat het om advies kan worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.

Een minister kan dat advies dus niet aanvragen voordat over het ontwerp van koninklijk besluit overlegd is in de Ministerraad en voordat het in voorkomend geval aangepast is als gevolg van dat overleg.

⁽¹⁾ Er wordt ook verwezen naar artikel 77 van die wet, dat de Koning machtigt de datum van inwerkingtreding van de bepalingen ervan vast te stellen en derhalve de rechtsgrond is van artikel 126 van het ontwerp, waarin de datum van inwerkingtreding van artikel 51 van die wet wordt vastgesteld.

⁽²⁾ Het tweede lid van die bepaling schrijft voor : "Wanneer het advies wordt gevraagd binnen een termijn van paragraaf 1, eerste lid, 1/ of 2/, wordt het gegeven zelfs indien de voorgeschreven vormvereisten niet zijn vervuld".

Daaruit volgt dat de adviesaanvraag voorbarig en bijgevolg niet ontvankelijk is ⁽³⁾.

Indien de afdeling wetgeving van de Raad van State opnieuw om advies gevraagd wordt, dient het dossier te worden aangevuld met een tabel van overeenstemming, in de beide richtingen, tussen de bepalingen van het ontwerp en die van de Europese instrumenten, waarvan het de inwerkingstelling bewerkstelligt.

⁽³⁾ Zie in die zin, bijvoorbeeld, advies 41.305/1, gegeven op 28 september 2006, over een ontwerp van koninklijk besluit houdende hervorming van de loopbaan van sommige ambtenaren van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg van niveau A, en advies 42.333/2, gegeven op 12 maart 2007, over een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 5 november 1971 tot instelling van een Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, met het statuut van wetenschappelijke inrichting van de Staat".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouwen	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	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,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE