FP

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.812/2
DU 18 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 12 avril 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, § 1er, alinéa 1er, 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 1er 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 modification 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 établissement 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 des transpositions;

- 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 1er novembre 2007 au motif que les établissements financiers ne seraient pas en mesure de respecter leurs nouvelles obligations à temps 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 intégrés, 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, § 1er, alinéa 1er, 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.

Observation préalable

La technicité du projet, son ampleur et les questions juridiques qu'il soulève, notamment quant à sa compatibilité avec le droit européen, auraient mérité un examen par la section de législation du Conseil d'État dans un délai plus long que celui, limité à cinq jours ouvrables, fixé par le demandeur d'avis en application de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

La section de législation n'a pas disposé du temps nécessaire pour procéder à un examen approfondi du projet, pas même en ce qui concerne les éléments énumérés à l'article 84, § 3, alinéa 1er, de ces lois coordonnées. On ne peut dès lors nécessairement déduire de l'absence d'observation relative à une disposition dans le présent avis qu'il n'y aurait rien à en dire ni que, lorsqu'une observation est formulée, elle est exhaustive.

C'est sous cette réserve que le présent avis est émis.

Observations générales

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à transposer deux directives européennes (1) et à procéder aux adaptations requises en vertu du règlement n/ 1287/2006 de la Commission du 10 août 2006 portant des mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les obligations des entreprises d'investissement en matière d'enregistrement, le compte rendu des transactions, la transparence du marché, l'admission des instruments financiers à la négociation et la définition de termes aux fins de ladite directive (ci-après "règlement 1287/2006").

L'auteur se fonde, pour ce faire, sur plusieurs dispositions de loi habilitant le Roi à transposer les normes de droit européen et à modifier compléter, remplacer, abroger ou coordonner dans ce cadre les dispositions légales en vigueur ainsi qu'à déterminer les mesures et les sanctions administratives et pénales applicables en cas de non-respect des règles.

---

(1) Il s'agit de :
- la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (ci-après "directive MiFID");
- la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles et les conditions d'exercice applicables aux entreprises d'investissement et la définition de certains termes aux fins de ladite directive (ci-après "directive 2006/73/CE").

.../...

Il s'agit de :

- l'article 51 de la loi du 1er avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition;

- l'article 146 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers;

- l'article 230 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuille d'investissement.

Ces différentes dispositions prévoient cependant que l'arrêté royal pris sur leur base devra être soumis pour ratification au Parlement.

2.1. Le Conseil d'État constate que, dans certains cas, le texte en projet semble aller au-delà des directives et du règlement dont il doit assurer la transposition ou l'exécution en droit belge.

Tel est le cas des articles 2, 21 et 45 du projet (articles 2, alinéa 1er, 1/, k), 26, alinéa 1er, 6/, et 58 en projet), qui seront examinés dans le cadre des observations particulières.

À défaut de pouvoir indiquer la disposition de la directive ou du règlement qui est transposée ou exécutée, ces articles doivent être omis, même s'ils ne font que reproduire le droit existant (2).

2.2. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur la nécessité de s'en tenir strictement à la mise en oeuvre des habilitations légales données au Roi (par les lois du 2 août 2002, du 20 juillet 2004 et du 1er avril 2007, précitées, mentionnées dans le préambule), qui sont limitées aux mesures "nécessaires" à la transposition des dispositions "obligatoires" des textes européens concernés.

---

(2) Même si pareil procédé permet comme en l'espèce, de concevoir une réforme d'ensemble devant répondre à des objectifs de cohérence et de lisibilité, il a pour effet de rouvrir un nouveau délai de recours contre les dispositions qui seraient ainsi adoptées, en ce compris sur les aspects de ces dispositions n'ayant subi aucune modification de fond.

Faute pour l'auteur du projet d'indiquer de manière claire et précise les dispositions obligatoires de droit européen dont la transposition impose l'adoption des dispositions du projet, il y aurait lieu d'exclure du texte en projet les dispositions qui dépassent l'habilitation conférée au Roi.

Les articles suscitant des difficultés au regard de ce qui précède sont mentionnés dans le cadre des observations particulières.

3. La demande d'avis est accompagnée de deux tableaux mettant en correspondance les dispositions des directives et celles du projet qui les transposent. Ces tableaux, qui facilitent le travail d'examen de conformité du texte en projet avec le droit européen, seront utilement joints au rapport au Roi. Dans la même mesure, ils seront également portés à la connaissance des Chambres lorsque l'arrêté royal leur sera soumis pour ratification.

Observations particulières

Préambule

Les deux directives figurant aux premier et troisième alinéas du préambule ne constituant pas la base légale du projet d'arrêté, leur mention doit être omise. Il en va de même du règlement visé à l'alinéa 2 qui exécute la directive mentionnée à l'alinéa 1er.

Dispositif

Article 2

L'article 2, 1/, k), en projet va au-delà de l'article 4, paragraphe 1, 17/, de la directive MiFID, qui donne une énumération limitative de ce qu'il y a lieu d'entendre par "instruments financiers".

Il y a, dès lors, lieu de l'omettre.

Article 12

1. Cet article tend notamment à compléter l'article 9, 2/, de la loi du 2 août 2002, précitée, par la phrase suivante :

> "(...) le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, pris sur avis de la CBFA prescrire que l'identité des clients soit mentionnée dans les déclarations, selon les modalités qu'Il détermine;".

L'article 13, paragraphe 4, du Règlement 1287/2006 prévoit certes que

> "Les États membres peuvent également exiger qu'un compte rendu établi conformément à l'article 25, paragraphes 3 et 5, de la directive 2004/39/CE identifie les clients pour le compte desquels l'entreprise d'investissement a exécuté la transaction".

C'est donc cette simple faculté laissée aux États membres par cette disposition du règlement que la phrase en projet entend habiliter le Roi à mettre en oeuvre. Or, l'article 51, § 1er, 3/, de la loi du 1er avril 2007, précitée, ne Lui permet d'ainsi compléter la loi qu'en vue de "prendre les mesures d'adaptation nécessaires à la suite du règlement 1287/2006".

Il est, dès lors, renvoyé à l'observation générale n/ 2.2, d'autant plus qu'en raison de la matière que règle la disposition, elle est susceptible de porter atteinte à la vie privée et que pour assurer le respect de l'article 22 de la Constitution, une intervention du législateur est requise.

2. L'article 12 du projet tend aussi à compléter l'article 9, 3/, de la loi du 2 août 2002, précitée, par un c) visant la

> "publication des informations de marché, tant antérieures que postérieures aux négociations, qui sont applicables aux transactions portant sur des instruments financiers qui ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé, mais qui sont admis à la négociation sur un MTF belge, que ces transactions soient effectuées ou non sur le MTF en question".

.../...

Comme cette habilitation est sans fondement dans l'article 25, § 3, de la directive MiFID, puisqu'il ne concerne que "tout instrument financier admis à la négociation sur un marché réglementé", le Conseil d'État n'aperçoit pas de quelle autre de ses dispositions cette habilitation légale supplémentaire constituerait l'une des "mesures nécessaires à la transposition des dispositions obligatoires de la directive 2004/39/CE", que le Roi serait autorisé à ajouter à la législation conformément à l'article 51, § 1er, 1/, de la loi du 1er avril 2007, précitée.

Dès lors, sauf indication claire et précise des dispositions obligatoires de cette directive dont l'ajout de l'habilitation examinée serait nécessaire pour assurer la transposition, il y a lieu de se reporter à l'observation générale n/ 2.2.

Articles 17 et 18

Dans la mesure où il ne vise pas seulement "toute personne dirigeant effectivement les activités et l'exploitation d'un marché réglementé", comme l'article 37 de la directive MiFID, mais également "les personnes qui prennent part à l'administration ou à la gestion de l'entreprise et du groupe dont elle fait le cas échéant partie, sans participer à leur direction effective", l'article 17, § 1er, 4/, en projet, ne paraît pas justifié par la nécessité de transposer certaines des dispositions obligatoires de cet article 37. Il est, dès lors, renvoyé à l'observation générale n/ 2.2. L'observation vaut également pour l'article 17*bis* en projet à l'article 18.

Il en va de même à l'article 17, § 1er, 5/, en projet, en tant qu'il porte sur "la situation financière du groupe dont elle fait, le cas échéant, partie", qui est étrangère à l'article 39, f), de la même directive, ainsi que pour l'article 17, § 1er, 9/, en projet, qui ne semble pas requis pour la transposition des dispositions obligatoires de son article 50.

Article 21

1. L'alinéa 4 de l'article 26, en projet, transpose l'article 42, paragraphe 4, de la directive MiFID, qui ne concerne toutefois que les transactions sur un marché réglementé. En tant qu'il vise également les "MTF", il y a lieu de se reporter à l'observation générale n/ 2.2.

2. L'article 21 remplace l'article 26 de la loi du 2 août 2002, précitée.

Le 6/ de l'article 26, alinéa 1er, en projet, prévoit que le Roi peut soumettre aux conditions d'exercice de l'activité prévues par et en vertu des articles 27, 28 et 28*bis*, "les autres établissements (qu'Il désigne sur avis de la Commission bancaire, financière et des assurances, ci-après la "CBFA"), le cas échéant, pour les dispositions indiquées ou adaptées par Lui".

L'auteur du projet devrait justifier cette extension dans la mesure où la directive MiFID ne contient apparemment pas une telle possibilité et s'en tient à une énumération limitative.

Article 29

1. L'alinéa en projet au 1/ ne paraît transposer aucune des dispositions obligatoires de l'article 56 de la directive MiFID. Il y a lieu dès lors lieu de se référer à l'observation générale n/ 2.2.

2. Au 2/ de l'article 29 du projet, les mots "importance considérable" sont utilisés dans le paragraphe 4 en projet sans être autrement définis. Dès lors que ce critère détermine l'adoption de dispositifs de coopération par la CBFA, il convient que ces termes soient mieux précisés éventuellement par référence, dans le dispositif, à l'article 16 du règlement 1287/2006, comme le mentionne le rapport au Roi.

Articles 38, 42, 44 et 45

La rédaction de l'article en projet à l'article 38 ne paraît pas résulter de modifications nécessaires pour assurer la transposition des articles 5, paragraphe 1, et 6, paragraphe 1, de la directive MiFID, de sorte que les modifications envisagées en ce qui concerne les types d'agrément et les services que permet de fournir celui en qualité de "société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement" semblent manquer de fondement légal suffisant. Il est, dès lors, renvoyé à l'observation générale n/ 2.2.

L'observation vaut également pour les articles 42 et 44, 2/, 4/ et 5/.

Eu égard à ce qui précède, et vu le bref délai imparti pour l'examen de la demande d'avis, le Conseil d'État n'a pu s'assurer que les modifications de l'article 58, résultant de sa nouvelle rédaction prévue par l'article 45 du projet, sont nécessaires à la transposition de dispositions obligatoires de la directive précitée, notamment de son article 12, ainsi qu'au respect des exigences imposées par les dispositions de droit européen auxquelles il renvoie.

Article 47

Le paragraphe 3 de l'article 60, en projet, semble étranger à l'article 9 de la directive MiFID. Il est renvoyé à l'observation générale n/ 2.2.

Article 48

L'article 62*bis* en projet semble comporter des dispositions qui ne sont pas toutes nécessaires à la transposition des dispositions obligatoires de la directive MiFID, qu'il a pour objet de mettre en oeuvre. Ainsi, notamment, le paragraphe 8 constitue l'exercice d'un simple droit que l'article 51, paragraphe 4, de la directive 2006/73/CE accorde aux États membres. Il y a lieu dès lors lieu de se référer à l'observation générale n/ 2.2, d'autant plus que le paragraphe 8 permettant le règlement par arrêté royal de l'enregistrement des conversations téléphoniques ou des communications électroniques en rapport avec des ordres de clients portant sur des instruments financiers, il vise une

matière qui est susceptible de porter atteinte à la vie privée; or, pour assurer le respect de l'article 22 de la Constitution, toute exception au principe de la protection de la vie privée doit faire l'objet d'une intervention du législateur.

En tout état de cause, et pour les mêmes motifs, le règlement de cette matière ne peut être confié à la CBFA comme le prévoit le paragraphe 9.

Article 49

L'article 49 assure la transposition de l'article 11 de la directive MiFID, lequel ne vise que "toute entité sollicitant l'agrément comme entreprise d'investissement". L'article 65, en projet, vise, quant à lui, "les entreprises d'investissement, ainsi que les autres entreprises ou personnes désignées par le Roi". Dans la mesure où elles ne solliciteraient pas l'agrément comme entreprise d'investissement, il y a lieu de se reporter à l'observation générale n/ 2.2.

Articles 61, 70 et 76

Ces articles appellent la même observation que celle figurant sous l'article 38.

Article 62

L'article 81, alinéa 2, en projet, prévoit que les entreprises d'investissement agréées sont "tenues de signaler à la Commission bancaire et financière et des assurances toute modification importante concernant les conditions de l'agrément initial", ce qui laisse supposer que les modifications de peu d'importance ne doivent pas l'être, alors que le rapport au Roi précise que le nouvel article "impose à l'établissement de soumettre à la CBFA toute modification aux conditions légales de l'agrément".

Cette discordance sera résolue.

Article 78

L'article 78 du projet remplace l'article 168 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements. Le texte tel que libellé suscite une double question. D'une part, faut-il le comprendre comme signifiant que, si l'entreprise d'investissement fournissait des services ou activités dans un ou plusieurs États de l'Espace Économique Européen avant le 1er novembre 2007, elle peut poursuivre celles-ci quand bien même elle n'avait pas reçu d'agrément, pour autant qu'elle fasse la notification requise à la CBFA avant le 31 janvier 2008 ? D'autre part, la continuité des activités et services de ce type d'entreprise d'investissement est-elle limitée dans le temps à l'instar de ce qui est prévu à l'article 163 nouveau, §§ 3 et 4, soit jusqu'au 31 mars 2008 ?

Article 83

1. L'article 83 appelle la même observation que celle formulée sous l'article 48.

2. La disposition à l'examen prévoit l'insertion dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, d'un article 20*bis* qui dispose notamment, en son paragraphe 4, alinéa 3, que la CBFA "publie une communication sur sa politique en matière d'externalisation de services de gestion de portefeuille fournis à des clients de détail".

Dans le texte français, la référence à "sa" politique d'externalisation est ambigüe. Dans la version néerlandaise, les mots "een beleidsverklaring" laissent entendre aussi qu'il s'agit de la politique de la CBFA, qui doit être publiée alors qu'il s'agit, semble-t-il, de la politique de l'établissement de crédit et non de celle de la CBFA.

En revanche, s'il devait s'agir de la politique de la CBFA elle-même, le texte appellerait l'observation suivante : alors qu'à de très nombreuses reprises, la CBFA peut préciser les règles et obligations en découlant (voir, par exemple, l'article 20*bis*, § 1er, alinéa 3, et § 9, en projet) et donc par le fait même en imposer le respect, dans le cas

présent, elle publierait seulement une communication, dont il faut déduire qu'elle a une valeur indicative et non contraignante. L'auteur du projet devrait expliquer cette réduction de la protection des clients des établissements de crédit, s'agissant d'externalisation des services de gestion de portefeuille.

Le dispositif doit être revu en vue de le clarifier et le rapport au Roi doit être complété.

Article 93

Il y a lieu de se reporter à l'observation formulée sous l'article 38.

Article 107

L'article 153 en projet paraît excéder l'habilitation légale autorisant les adaptations requises par les dispositions obligatoires des articles 12, 13, 19 et 66 de la directive MiFID.

Il est fait référence à l'observation générale n/ 2.2.

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

FP

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.812/2
VAN 18 APRIL 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 12 april 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 :

Volgens 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 aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"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 1er 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 modification 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 établissement 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 des transpositions;

- 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 1er novembre 2007 au motif que les établissements financiers ne seraient pas en mesure de respecter leurs nouvelles obligations à temps 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 intégrés, 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 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 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.

Voorafgaande opmerking

De technische aard van het ontwerp, de omvang ervan en de juridische vragen die het doet rijzen, inzonderheid wat betreft de verenigbaarheid ervan met het Europees recht, hadden een onderzoek door de afdeling wetgeving van de Raad van State verdiend binnen een langere termijn dan die welke gesteld door de adviesaanvrager, een termijn beperkt tot vijf werkdagen met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De afdeling wetgeving heeft niet kunnen beschikken over de tijd die noodzakelijk is om het ontwerp grondig te onderzoeken, en dit zelfs niet wat betreft de punten opgesomd in artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten. Uit de omstandigheid dat in dit advies geen opmerking over een welbepaalde bepaling wordt gemaakt, kan niet noodzakelijkerwijs worden afgeleid dat er niets tegen in te brengen is, noch dat een opmerking, wanneer ze wordt gemaakt, exhaustief is.

Het is onder dit voorbehoud dat dit advies wordt uitgebracht.

Algemene opmerkingen

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe twee Europese richtlijnen [(1)] om te zetten en de aanpassingen aan te brengen die vereist zijn krachtens verordening nr. 1287/2006 van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de voor beleggingsondernemingen geldende verplichtingen betreffende het bijhouden van gegevens, het melden van transacties, de markttransparantie, de toelating van financiële instrumenten tot de handel en de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn betreft (hierna te noemen "verordening 1287/2006").

De steller van het ontwerp steunt hiertoe op verschillende wetsbepalingen die de Koning machtigen Europese rechtsnormen om te zetten en in dit kader de van kracht zijnde wetsbepalingen aan te vullen, te vervangen, op te heffen of te coördineren, alsook de maatregelen en administratieve en strafrechtelijke sancties te bepalen die van toepassing zijn wanneer de regels niet worden nageleefd.

---

(1) Het gaat om :
- richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van richtlijn 93/22/EEG van de Raad (hierna te noemen "MiFID-richtlijn");
- richtlijn 2006/73/EG van de Commissie van 10 augustus 2006 tot uitvoering van richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de door beleggingsondernemingen in acht te nemen organisatorische eisen en voorwaarden voor de bedrijfsuitoefening en wat betreft de definitie van begrippen voor de toepassing van genoemde richtlijn.

.../...

Het gaat om :

- artikel 51 van de wet van 1 april 2007 op de openbare overnameaanbiedingen;

- artikel 146 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten;

- artikel 230 van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles.

Deze verschillende bepalingen schrijven evenwel voor dat het op basis ervan vastgestelde koninklijk besluit ter bekrachtiging aan het Parlement moet worden voorgelegd.

2.1. De Raad van State stelt vast dat in sommige gevallen de ontworpen tekst verder lijkt te gaan dan de richtlijnen en de verordening die hij moet omzetten of in het Belgische recht ten uitvoer moet leggen.

Dit is het geval met de artikelen 2, 21 en 45 van het ontwerp (ontworpen artikelen 2, eerste lid, 1/, k), 26, eerste lid, 6/, en 58), die in het kader van de bijzondere opmerkingen zullen worden onderzocht.

Doordat niet kan worden aangegeven welke bepaling van de richtlijn of van de verordening wordt omgezet of uitgevoerd, moeten deze artikelen vervallen, zelfs al wordt er gewoon het bestaande recht in overgenomen [(2)].

2.2. De aandacht van de steller van het ontwerp wordt gevestigd op de noodzaak om zich strikt te houden aan de tenuitvoerlegging van de wettelijke machtigingen die aan de Koning zijn verleend (door de voormelde wetten van 2 augustus

---

(2) Ook al maakt zo'n werkwijze het mogelijk, zoals in casu, om een globale hervorming op te vatten die moet beantwoorden aan vereisten inzake consistentie en leesbaarheid, ze heeft tot gevolg dat er wordt voorzien in een nieuwe termijn om beroep in te stellen tegen de bepalingen die aldus zouden worden uitgevaardigd, met inbegrip van de aspecten van deze bepalingen die geen enkele fundamentele wijziging hebben ondergaan.

2002, 20 juli 2004 en 1 april 2007, vermeld in de aanhef), welke machtigingen beperkt zijn tot de maatregelen die "noodzakelijk" zijn om de "dwingende" bepalingen van de betrokken Europese teksten om te zetten.

Doordat de steller van het ontwerp niet duidelijk en nauwkeurig vermeldt welke dwingende bepalingen van Europees recht moeten worden gekozen met het oog op omzetting ervan, zouden de bepalingen die verder gaan dan de aan de Koning verleende machtiging uit de ontworpen tekst moeten worden gehaald.

De artikelen die gelet op het vorenstaande problemen doen rijzen, worden in het raam van de bijzondere opmerkingen vermeld.

3. De adviesaanvraag gaat vergezeld van twee tabellen waarin de bepalingen van de richtlijnen en die van het ontwerp die ze omzetten met elkaar in verband worden gebracht. Het is dienstig dat deze tabellen, die het onderzoek naar de conformiteit van de ontworpen tekst met het Europees recht vergemakkelijken, bij het verslag aan de Koning worden gevoegd. Ze moeten evenzo ter kennis van de Kamers worden gebracht wanneer het koninklijk besluit eraan ter bekrachtiging wordt voorgelegd.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

De twee richtlijnen die in het eerste en derde lid van de aanhef worden vermeld, vormen niet de rechtsgrond van het ontwerp van besluit, zodat ze moeten vervallen. Hetzelfde geldt voor de verordening waarnaar wordt verwezen in het tweede lid, die de in het eerste lid vermelde richtlijn ten uitvoer legt.

Dispositief

Artikel 2

Het ontworpen artikel 2, 1/, k), gaat verder dan artikel 4, lid 1, 17/, van de MiFID-richtlijn, dat een limitatieve opsomming geeft van wat onder "financiële instrumenten" moet worden verstaan.

Het moet daarom vervallen.

Artikel 12

1. Dit artikel strekt er inzonderheid toe artikel 9, 2/, van de voormelde wet van 2 augustus 2002 aan te vullen met de volgende zin :

> "(...) op advies van de CBFA kan de Koning bij een besluit vastgelegd na overleg in de Ministerraad de opname, op de door Hem bepaalde wijze, van de cliëntenidentiteit in de kennisgevingen voorschrijven;"

Artikel 13, lid 4, van verordening 1287/2006 bepaalt weliswaar het volgende :

> "De lidstaten kunnen ook voorschrijven dat in een overeenkomstig artikel 25, leden 3 en 5, van Richtlijn 2004/39/EG verrichte transactiemelding de cliënten moeten worden geïdentificeerd in wier naam de beleggingsonderneming de transactie in kwestie heeft uitgevoerd".

Deze loutere mogelijkheid die de lidstaten door die verordeningsbepaling wordt gelaten is het dus waarvoor de ontworpen zin de Koning wil machtigen tot tenuitvoerlegging. Artikel 51, § 1, 3/, van de voornoemde wet van 1 april 2007 machtigt Hem evenwel de wet alleen aan te vullen om "de aanpassingsmaatregelen (te) treffen nodig ingevolge de verordening 1287/2006".

Er wordt derhalve verwezen naar algemene opmerking 2.2, des te meer daar de bepaling, door de aangelegenheid die ze regelt, inbreuk kan maken op de persoonlijke levenssfeer en de inachtneming van artikel 22 van de Grondwet een optreden van de wetgever vereist.

2. Artikel 12 van het ontwerp strekt er eveneens toe artikel 9, 3/, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 aan te vullen met een c) inzake :

> "(...) de bekendmaking van marktinformatie van zowel vóór als na de handel betreffende transacties in niet tot een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten, die zijn toegelaten tot de verhandeling op een Belgische MTF, al dan niet op de MTF uitgevoerd".

Aangezien deze machtiging geen rechtsgrond vindt in artikel 25, lid 3, van de MiFID-richtlijn, vermits dit artikel alleen betrekking heeft op "tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten", is het de Raad van State niet duidelijk van welke andere bepaling ervan deze bijkomende wettelijke machtiging een van de "nodige maatregelen ter omzetting van de dwingende bepalingen die voortvloeien uit de richtlijn 2004/39/EG" zou zijn die de Koning zou mogen toevoegen aan de wetgeving overeenkomstig artikel 51, § 1, 1/, van de voormelde wet van 1 april 2007.

Er dient derhalve te worden verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2., tenzij duidelijk en nauwkeurig wordt aangegeven voor welke dwingende bepalingen van deze richtlijn de onderzochte machtiging zou moeten worden toegevoegd om voor de omzetting te zorgen.

Artikelen 17 en 18

Doordat het ontworpen artikel 17, § 1, 4/, niet alleen betrekking heeft op "de personen die het bedrijf en de werking van de gereglementeerde markt feitelijk leiden", zoals aangegeven in artikel 37 van de MiFID-richtlijn, maar eveneens op "de personen die deelnemen aan het bestuur of het beleid van de onderneming en van de groep waarvan zij in voorkomend geval deel uitmaakt, zonder deel te nemen aan de effectieve leiding", lijkt het geen rechtvaardigingsgrond te vinden in de noodzaak om sommige van de dwingende bepalingen van dit artikel 37 om te zetten. Er wordt derhalve verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2. De opmerking geldt ook voor het ontworpen artikel 17*bis* in artikel 18.

Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 17, § 1, 5/, in zoverre het betrekking heeft op "de financiële toestand van de groep waarvan zij in voorkomend geval deel uitmaakt", welke toestand niets uitstaande heeft met artikel 39, f), van dezelfde richtlijn, alsook voor het ontworpen artikel 17, § 1, 9/, dat niet vereist lijkt te zijn voor de omzetting van de dwingende opheffingsbepalingen van artikel 50 van de richtlijn.

Artikel 21

1. Bij het ontworpen artikel 26, vierde lid, wordt artikel 42, lid 4, van de MiFID-richtlijn omgezet, welke bepaling evenwel alleen betrekking heeft op transacties op een gereglementeerde markt. Voor zover in de ontworpen bepaling eveneens sprake is van de "MTF", wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

2. Bij artikel 21 wordt artikel 26 van de voormelde wet van 2 augustus 2002 vervangen.

In het ontworpen artikel 26, eerste lid, 6/, wordt bepaald dat "andere instellingen (die de Koning op advies van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen, hierna te noemen de "CBFA, aanwijst), in voorkomend geval voor de door de Koning aangeduide of aangepaste bepalingen door Hem aan de door en krachtens de artikelen 27, 28 en 28bis bepaalde bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden kunnen worden onderworpen".

De steller van het ontwerp zou die uitbreiding moeten verantwoorden, aangezien de MiFID-richtlijn blijkbaar geen dergelijke mogelijkheid bevat en daarin alleen een limitatieve opsomming voorkomt.

Artikel 29

1. Het ontworpen lid dat in onderdeel 1/ vervat is, lijkt geen enkele van de dwingende bepalingen van artikel 56 van de MiFID-richtlijn om te zetten. Bijgevolg zij verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

2. In artikel 29, 2/, van het ontwerp worden de woorden "aanzienlijk belang" in de ontworpen paragraaf 4 gebezigd zonder dat ze nader bepaald worden. Aangezien dat criterium doorslaggevend is voor het instellen van samenwerkingsregelingen door de CBFA, zouden die woorden beter omschreven moeten worden, eventueel door verwijzing, in het dispositief, naar artikel 16 van verordening 1287/2006, zoals in het verslag aan de Koning wordt vermeld.

Artikelen 38, 42, 44 en 45

De redactie van het ontworpen artikel dat vervat is in artikel 38, lijkt niet het resultaat te zijn van wijzigingen die noodzakelijk zijn om de omzetting van de artikelen 5, lid 1, en 6, lid 1, van de MiFID-richtlijn tot stand te brengen, zodat de voorgenomen wijzigingen op het stuk van de soorten vergunningen en de diensten die op basis daarvan als "vennootschap voor vermogensbeheer en beleggingsadvies" mogen worden verricht blijkbaar geen toereikende rechtsgrond bezitten. Bijgevolg wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 42 en 44, 2/, 4/ en 5/.

In het licht van hetgeen voorafgaat en gelet op de korte termijn die voor het onderzoek van de adviesaanvraag is toegemeten, heeft de Raad van State zich er niet van kunnen vergewissen dat de wijzigingen in artikel 58, die voortvloeien uit de nieuwe redactie ervan voorgeschreven in artikel 45 van het ontwerp, noodzakelijk zijn voor de omzetting van dwingende bepalingen van de voornoemde richtlijn, inzonderheid van artikel 12 ervan, alsook voor het voldoen van de eisen opgelegd bij de bepalingen van Europees recht waarnaar daarin wordt verwezen.

Artikel 47

Paragraaf 3 van het ontworpen artikel 60 heeft blijkbaar niets uitstaande met artikel 9 van de MiFID-richtlijn. Er wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

Artikel 48

Het ontworpen artikel 62*bis* lijkt bepalingen te bevatten die niet allemaal noodzakelijk zijn voor de omzetting van de dwingende bepalingen van de MiFID-richtlijn tot uitvoering waarvan dat artikel strekt. Zo is inzonderheid paragraaf 8 de uitoefening van een louter recht dat bij artikel 51, lid 4, van richtlijn 2006/73/EG aan de lidstaten wordt verleend. Bijgevolg zij verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2., temeer daar paragraaf 8, naar luid waarvan het opnemen van telefoongesprekken of elektronische mededelingen die verband houden met orders van cliënten in financiële instrumenten bij koninklijk besluit kan worden geregeld, verband houdt met een aangelegenheid die een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan meebrengen; welnu, om voor de naleving van artikel 22 van de Grondwet te zorgen moet elke uitzondering op het principe van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer evenwel door de wetgever tot stand worden gebracht.

Hoe dan ook kan het regelen van deze aangelegenheid om dezelfde redenen niet aan de CBFA worden toevertrouwd, zoals in paragraaf 9 wordt bepaald.

Artikel 49

Artikel 49 zorgt voor de omzetting van artikel 11 van de MiFID-richtlijn, dat alleen betrekking heeft op "elke entiteit die een vergunning als beleggingsonderneming aanvraagt". In het ontworpen artikel 65, zijnerzijds, is sprake van "de beleggingsondernemingen alsook de andere ondernemingen of personen die door de Koning worden aangeduid". Voor zover ze de vergunning als beleggingsonderneming niet zouden aanvragen, wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

Artikelen 61, 70 en 76

Deze artikelen geven aanleiding tot dezelfde opmerking als die welke over artikel 38 is gemaakt.

Artikel 62

In het ontworpen artikel 81, tweede lid, wordt bepaald dat de beleggingsondernemingen waaraan een vergunning is verleend "de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen op de hoogte (dienen) te brengen van elke betekenisvolle wijziging met betrekking tot de voorwaarden voor de initiële vergunningverlening", wat de indruk wekt dat wijzigingen die van gering belang zijn niet hoeven te worden meegedeeld, terwijl in het verslag aan de Koning wordt aangegeven dat bij het nieuwe artikel "aan de instelling (de verplichting wordt opgelegd) om wijzigingen in de wettelijke vergunningsvoorwaarden steeds voor te leggen aan de CBFA".

Die discrepantie moet worden verholpen.

Artikel 78

Bij artikel 78 van het ontwerp wordt artikel168 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs vervangen. Zoals de tekst geredigeerd is, geeft hij aanleiding tot twee vragen. Ten eerste, moet de tekst aldus worden verstaan dat, als de beleggingsonderneming in een of meer lidstaten van de Europese Economische Ruimte diensten of activiteiten uitvoerde vóór 1 november 2007, ze die kan voortzetten ook al heeft ze geen vergunning gekregen, voor zover ze de vereiste kennisgeving aan de CBFA verricht voor 31 januari 2008 ? Ten tweede, is de voortzetting van de activiteiten en diensten van dit type van beleggingsonderneming beperkt in de tijd, naar het voorbeeld van wat bepaald is in het nieuwe artikel 163, §§ 3 en 4, namelijk tot 31 maart 2008 ?

Artikel 83

1. Artikel 83 geeft aanleiding tot dezelfde opmerking als die welke bij artikel 48 is gemaakt.

2. Bij deze bepaling wordt bepaald dat in de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen een artikel 20*bis* wordt ingevoegd waarin, inzonderheid in paragraaf 4, derde lid, ervan wordt voorgeschreven dat de CBFA "een beleidsverklaring (publiceert) inzake uitbestedingen van diensten van beheer van vermogen van niet-professionele cliënten".

In de Franse tekst is de verwijzing naar "sa politique d'externalisation" dubbelzinnig. Het gaat uiteraard om het beleid van de kredietinstelling en niet om dat van de CBFA, welke indruk door de tekst kan worden gewekt.

Als het daarentegen om het beleid van de CBFA zelf zou gaan, zou de tekst aanleiding geven tot de volgende opmerking : hoewel de CBFA op vele terreinen een nadere omschrijving kan geven van de regels en de daaruit voortvloeiende verplichtingen (zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 20*bis*, § 1, derde lid, en § 9) en door dat feit alleen al de naleving ervan verplicht kan maken, zou ze in het onderhavige geval alleen een verklaring publiceren, waaruit moet worden afgeleid dat ze een indicatieve waarde en geen bindende waarde heeft. De steller van het ontwerp zou uitleg moeten geven omtrent deze vermindering van de bescherming van de cliënten van de kredietinstellingen op het stuk van de uitbesteding van diensten van vermogensbeheer.

Het dispositief behoort aldus te worden herzien dat het duidelijker wordt en het verslag aan de Koning behoort te worden aangevuld.

Artikel 93

Er wordt verwezen naar de opmerking die bij artikel 38 is gemaakt.

Artikel 107

Het ontworpen artikel 153 reikt blijkbaar verder dan de wettelijke machtiging op basis waarvan de aanpassingen mogen worden verricht die vereist zijn door de dwingende bepalingen van de artikelen 12, 13, 19 en 66 van de MiFID-richtlijn.

Er wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 2.2.

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