

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.568/2
DU 11 JUIN 2008

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 16 mai 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant l'arrêté-loi du 18 mai 1945 portant création d'un Fonds des Rentes", a donné 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.

Formalité préalable

Comme la section de législation l'a déjà indiqué au sujet de l'article 68 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dont s'inspire l'article 11 en projet, cet article n'a "pas été soumis à la formalité de la négociation syndicale. Or, conformément à la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités, ils auraient dû y être soumis en ce qui concerne les règles relatives à la responsabilité civile des membres du personnel" ¹.

Observation générale

Selon l'exposé des motifs

"(...) il a été estimé utile de (...) revoir la structure du texte en y insérant des chapitres et en regroupant des dispositions sous ceux-ci, conformément à une structure que l'on retrouve dans d'autres législations organiques ou autres réglementations statutaires. Au total, le texte ainsi modifié sera plus clair, subdivisé en chapitres et expurgé des articles *bis* et *ter*".

Cette clarification est opportune, mais le procédé utilisé appelle des réserves.

⁽¹⁾ Avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur un avant-projet de loi "relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers" (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n^{os} 1842/1 et 1843/1).

L'avant-projet remplace l'ensemble des dispositions de l'arrêté-loi du 18 mai 1945 portant création d'un Fonds des rentes (ci-après l'"arrêté-loi") et le complète par de nouveaux articles. Dans cette opération, l'avant-projet reprend toutefois des dispositions existantes. Le fonctionnaire délégué a indiqué que cette méthode a été choisie pour "conserver la référence très connue à l'arrêté-loi de 1945". Ce faisant, l'arrêté-loi apparaît néanmoins comme un simple réceptacle dont l'auteur de l'avant-projet vide intégralement le contenu pour le remplir à nouveau ensuite. L'objectif étant d'opérer une refonte du texte, il serait plus clair de promulguer une nouvelle loi et d'abroger le texte actuel.

En toute hypothèse, l'exposé des motifs est souvent insuffisant. Il serait préférable de le compléter de manière à expliquer toutes les mesures projetées, en ce compris celles qui reprennent des dispositions existantes. Il serait également indiqué de joindre à l'exposé des motifs un tableau de concordance faisant apparaître les dispositions anciennes qui sont reprises par le nouveau texte. La compréhension de la matière y gagnerait et le procédé serait plus transparent pour les destinataires de la loi et pour le Parlement. Il convient en effet de rappeler que ce dernier doit pouvoir exercer ses droits de division et d'amendement en connaissance de cause, cela, même vis-à-vis des textes repris de l'arrêté-loi, puisqu'ils constitueraient quand même une nouvelle manifestation du pouvoir législatif.

Par ailleurs, l'auteur de l'avant-projet reprend parfois des dispositions actuelles dont l'interprétation est acquise et ne pose pas de problème, en les modifiant pour des raisons purement formelles. Son attention est attirée sur le risque que ce procédé présente.

Enfin, demeurer dans le cadre de l'arrêté-loi ne change rien à la nécessité qu'il y aura d'adapter les arrêtés réglementaires faisant référence à des dispositions précises de l'arrêté-loi ².

(2) Voir, ainsi, la référence au "Comité du Fonds des Rentes visé à l'article 3 de l'arrêté-loi" que comporte l'article 1^{er}, 5/, de l'arrêté royal du 20 décembre 2007 relatif aux obligations linéaires, aux titres scindés et aux certificats de trésorerie. L'article 25 en projet adapte la législation existante à la nouvelle numérotation.

Observations particulières

Dispositif

Article 7

L'article 3, alinéa 3, en projet, est une disposition transitoire qui trouverait mieux sa place à la fin de l'avant-projet.

Article 8

Article 4, §§ 1^{er} et 3, en projet

Comme l'indique le commentaire de l'article 4, en projet, le paragraphe 1^{er} est repris de l'article 2, alinéa 5, actuel, de l'arrêté-loi. Il prévoit que le Fonds peut, d'une part, se faire communiquer toute information ou toute copie de document utile à l'exercice de sa mission et procéder, d'autre part, à des inspections sur place.

L'article 4, § 3, en projet, prétend, pour sa part, étendre les pouvoirs d'investigation de la CBFA au Fonds.

Ces dispositions appellent trois remarques.

Premièrement, la section de législation observe qu'il est incohérent de préciser dans le texte même de l'avant-projet certains pouvoirs d'enquête tout en renvoyant à la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Il en va d'autant plus ainsi que cette méthode est partiellement redondante ³.

Deuxièmement, la section de législation rappelle les garanties dont il convient d'entourer les pouvoirs d'investigation en cause. Elle a, en substance, observé,

⁽³⁾ Comparez avec l'article 4, § 1^{er}, de l'avant-projet et l'article 34, § 1^{er}, a) et b), de la loi du 2 août 2002, précitée.

dans l'avis 42.055/2, donné le 31 janvier 2007 ⁴, que la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la notion de domicile, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, aux locaux professionnels ⁵. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit au respect du "domicile" peut également être invoqué par des personnes morales ⁶. Même si la proportionnalité de l'ingérence dans les locaux d'une personne morale est susceptible d'être plus facilement admise qu'en ce qui concerne les atteintes au domicile d'une personne physique ⁷, l'auteur de l'avant-projet doit veiller à contenir le pouvoir de perquisition octroyé Fonds dans des limites compatibles avec le respect du droit au domicile. Ainsi, les inspections sur place devraient être décidées par une autorité offrant des garanties particulières; en outre, une garantie devrait, au moins, consister dans la présence de la personne physique ou d'un représentant de la personne morale concernée et dans l'établissement d'un inventaire des documents consultés ou copiés, puisque l'article en projet permet au fonds de se faire remettre tous documents utiles à l'exercice de sa mission ⁸. Des investigations menées sur la base de l'article 4, § 1^{er}, en projet, seraient dépourvues des garanties esquissées ci-dessus.

Compte tenu des deux remarques qui précèdent, l'article 4, § 1^{er}, doit être revu.

(4) Avis 42.055/2, donné le 31 janvier 2007, sur un avant-projet de loi relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, n/ 2963/1).

(5) C.E.D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, n/ 13710/88; 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe c. France, n/ 11471/85; voir également 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, pp. 117 et s.

(6) C.E.D.H., 16 avril 2002, Sociétés Colas Est e.a. c. France, n/ 37971/97.

(7) Voir en ce sens arrêt Niemietz c. Allemagne, précité, § 31.

(8) Comparer avec l'article 39 du Code d'instruction criminelle.

En troisième lieu, l'article 4, § 3, en projet, manque de précision; par souci de sécurité juridique, il conviendrait d'énumérer, avec exactitude, les dispositions applicables au Fonds ⁹.

Article 4, § 2, en projet

L'article 4, § 2, en projet, est repris de l'article 2, alinéa 6, de l'arrêté-loi, lui-même inséré par l'article 132, 4/, de la loi du 2 août 2002, précitée. Il prévoit notamment la possibilité pour le Fonds d'imposer des sanctions et, notamment, des amendes administratives.

Afin de clarifier les garanties accordées aux opérateurs, il conviendrait de préciser, dans l'avant-projet, qu'ils peuvent exercer le recours prévu à l'article 123, § 2, de la loi du 2 août 2002, précitée.

Article 9

La section de législation a déjà émis une objection à l'encontre d'une règle similaire à l'article 5, en projet. Elle a observé, au sujet de l'avant-projet d'article devenu l'article 59 de la loi du 2 août 2002, précitée, que, "compte tenu de l'importance des règles susceptibles d'être énoncées dans le règlement d'ordre intérieur, il convient (...) de soumettre celui-ci à l'approbation du Roi et non à celle du Ministre des Finances" ¹⁰.

⁽⁹⁾ Par exemple, l'article 36 de la loi du 2 août 2002, précitée, confère à la CBFA le pouvoir d'adresser des injonctions sous peine, le cas échéant, d'une astreinte. Toutefois, il figure dans une section consacrée au "contrôle par la CBFA" qui énumère certains de ses pouvoirs d'investigation. La question se pose, dès lors, de savoir si le Fonds pourrait ou non disposer du même pouvoir sur la base de la disposition examinée.

⁽¹⁰⁾ Avis 33.182/2, précité.

Article 11

La notion de "fonctionnaires supérieurs" est incertaine. Il est préférable de se référer aux catégories constituant actuellement la carrière des fonctionnaires.

Article 12

Selon l'article 7, en projet, "aucun remplacement n'est prévu" en cas d'absence du président ou des membres du Comité.

La section de législation attire l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur les inconvénients de cette formule. Vu l'exigence du quorum, l'indisponibilité temporaire du président et de membres pourrait paralyser l'activité du Fonds, sauf à les remplacer en mettant fin à leurs fonctions par arrêté royal. La lourdeur de cette procédure est difficilement compatible avec l'urgence dans laquelle le Comité peut être amené à intervenir (article 8, alinéa 2, en projet). Il en va *a fortiori* ainsi en ce qui concerne le remplacement du président qui doit pouvoir agir "immédiatement", en cas d'extrême urgence (article 8, alinéa 3, en projet). Par ailleurs, l'article 9, en projet, ne résout pas cette difficulté dans la mesure où, hormis en ce qui concerne l'action et la défense en justice, il aménage seulement une délégation de signature ¹¹.

Article 14

Article 9, alinéa 1^{er}, en projet

L'article 9, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit :

"Le président ou deux membres du Comité signent les conventions, les transactions et les actes de toute nature, intentent des actions en justice au nom du Fonds des Rentes et les défendent sans avoir à justifier d'un pouvoir quelconque vis-à-vis des tiers."

⁽¹¹⁾ Voir ci-dessous les observations sur l'article 14 de l'avant-projet.

Selon l'exposé des motifs, il tend à indiquer les "personnes pouvant représenter et obliger (*via* le cas échéant, un pouvoir de signature) le Fonds des Rentes".

Il ressort des articles 6 et 8, en projet, que les décisions que prend le Fonds sont de la compétence du Comité, composé au minimum de quatre personnes, ou du président en cas d'extrême urgence. Ces articles impliquent que les décisions de conclure une convention ou une transaction ou celles d'adopter tout autre acte échoient à ces organes.

L'article 9, alinéa 1^{er}, pourrait être lu comme comportant une exception à cette règle dans la mesure où il attribue au président ou à deux membres le pouvoir d'agir en justice ¹² au nom du Fonds et de l'y défendre.

Le reste de l'alinéa a seulement pour objet de déterminer qui peut signer les *instrumenta* des conventions, des transactions et de tous les autres actes décidés, dans le chef du Fonds, conformément aux articles 6 et 8 en projet. Cela ressort du texte même de la disposition et de son origine ¹³. Au demeurant, lorsque le commentaire mentionne que l'objet de l'article 9, alinéa 1^{er}, est relatif aux personnes pouvant "obliger" le Fonds, celui-ci semble viser le cas des obligations contractuelles. Il convient, à cet égard, de

(12) Voir le verbe "intentent"

(13) L'article 9 s'inspire de l'actuel article 4, alinéas 5 et 6, de l'arrêté-loi, tel qu'introduit par une loi du 22 juillet 1991. Aussi, le parcours législatif de ces dispositions éclaire sa portée. La section de législation avait notamment observé au sujet de l'avant-projet qui allait devenir la loi du 22 juillet 1991 que la formule envisagée à l'époque, selon laquelle "le président engage(ait) le Fonds par sa seule signature", semblait correspondre à une délégation de pouvoir. La section de législation estimait, toutefois que l'exposé des motifs méritait d'être précisé à cet égard (avis 20.799/2, donné le 17 mai 1991, sur un projet de loi "modifiant l'arrêté-loi du 18 mai 1945 portant création d'un Fonds des rentes", Doc. parl., Sénat, 1990-1991, n/ 1360/1). En réponse, le Gouvernement a indiqué, dans l'exposé des motifs du projet de loi, que, si le président se voyait reconnaître la capacité d'engager le Fonds vis-à-vis des tiers, "les engagements ainsi pris d(e)vaient l'être en conformité avec la décision du Comité qui (...) est détenteur des pouvoirs d'administration du Fonds" (Doc. parl., Sénat, loc. cit., p. 6). En conséquence, le projet disposait que "le président engage(ra)it valablement le Fonds par sa signature". Lors des débats, le Ministre des Finances a encore confirmé que cette compétence du président devait s'analyser au sens d'une délégation de signature. Il a néanmoins admis un amendement consistant à maintenir un système de "double signature" (Doc. parl., Sénat, 1990-1991, n/ 1361/2, p. 11). Le texte est ainsi devenu l'article 4, alinéa 6, de l'arrêté-loi.

rappeler que la décision de conclure un contrat est un acte détachable qui produit déjà des effets juridiques et qui, d'ailleurs, est attaquant comme tel. Cette décision incombe au Comité, conformément à l'article 8, en projet. En revanche, les obligations contractuelles naissent, *a posteriori*, de l'échange des consentements opéré par la notification de l'acceptation d'une offre ou par la signature d'une convention.

Il résulte de ce qui précède qu'à l'article 9, alinéa 1^{er}, en projet, les mots "intentent des actions en justice" doivent être remplacés par une disposition réglant la seule représentation en justice, tant en demandant qu'en défendant les intérêts du Fonds.

Article 9, alinéa 2, en projet

L'intention de l'auteur de l'avant-projet est de prévoir "la possibilité pour le Comité d'aménager les pouvoirs de signature pour des actes spécifiques en dérogeant à l'alinéa 1^{er}" ¹⁴. Il convient d'indiquer clairement que l'article 9, alinéa 2, en projet, habilite le Comité à déroger aux délégations de signature envisagées à l'alinéa 1^{er} et d'introduire la précision que ces dérogations peuvent seulement concerner des actes spécifiques.

Articles 15 et 16

1. Il ressort de l'exposé des motifs et des explications du fonctionnaire délégué que l'article 10 en projet tend à exonérer le président et les membres du Comité de toute responsabilité personnelle vis-vis du Fonds. Ils n'assument donc de responsabilité à l'égard du Fonds des Rentes que dans le cadre de l'exécution de leur mandat. La première phrase est donc inutile et peut être omise.

⁽¹⁴⁾ Voir le commentaire de la disposition.

2. S'agissant de l'article 11, en projet, il convient de rappeler que la section de législation avait formulé l'observation suivante au sujet de l'article 68 de la loi du 2 août 2002, précitée, dont il reproduit les termes :

"Les articles 68 et 104 de l'avant-projet de loi exonèrent la CBF et l'OCA de toute responsabilité civile, en raison de leurs décisions, actes ou comportements dans l'exercice de leurs missions légales, sauf en cas de dol ou de faute lourde. (...) Ces dispositions dérogent au droit commun de la responsabilité civile des pouvoirs publics. Ceux-ci sont en principe soumis à l'article 1382 du Code civil.

Il appartient à l'auteur du projet de justifier au regard des articles 10 et 11 de la Constitution le traitement différencié de ces organismes par rapport aux autres pouvoirs publics exerçant des missions de surveillance et de contrôle." ¹⁵

Il convient de justifier aussi l'article 11, en projet, en ayant spécialement égard aux missions du Fonds.

Article 17

L'article 12, en projet, est "relatif au règlement d'ordre intérieur" ¹⁶. Il n'y a pas lieu d'indiquer que le Comité règle les questions administratives conformément à celui-ci.

L'article 8, alinéa 4, dispose déjà le Comité a tous les pouvoirs d'administration et il va de soi que celui-ci devra respecter son règlement d'ordre intérieur en application de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*.

⁽¹⁵⁾ Avis 33.182/2, précité.

⁽¹⁶⁾ Voir le commentaire de la disposition.

Article 18

Article 14, en projet

Le montant de la dotation est uniquement exprimé en francs belges. Il y a lieu de convertir ce montant en euros.

Article 17, en projet

L'article 17, en projet, remplace l'obligation, figurant actuellement à l'article 7 de l'arrêté-loi, de publier au Moniteur belge un rapport sur les opérations annuelles par une obligation de publier les comptes en eux-mêmes.

Interrogé sur les raisons de ce changement, le fonctionnaire délégué a exposé que

"La pratique des dernières années veut que, fin mars, les comptes annuels commentés sont publiés au Moniteur belge, suivi d'un rapport annuel circonstancié au mois de mai. La modification veut entériner cette pratique."

Le texte projeté ne traduit pas cette intention. Il conviendrait plutôt d'écrire :

"Le Fonds publie au Moniteur belge ses comptes annuels le 31 mars au plus tard et un rapport sur ses opérations annuelles avant le 1^{er} juin."

Articles 19 à 22

1.1. L'article 19 en projet pose le principe que les informations détenues par le Fonds sont confidentielles ¹⁷. Les articles 20 et 21 en projet l'autorisent toutefois à communiquer des informations confidentielles dans les cas de figure énumérés ensuite.

⁽¹⁷⁾ Le texte ne traduit pas de manière suffisamment claire cette intention, puisqu'il pourrait permettre aux personnes qui y sont mentionnées de faire le tri entre celles des informations qu'elles considèrent comme confidentielles et celles qui, selon elles, ne le sont pas.

Interrogé sur ces dispositions, le fonctionnaire délégué a exposé ce qui suit :

"Dans les cas énumérés dans les articles 20 et 21, l'interdiction de divulgation de certaines informations est levée pour les différents contextes (qui y sont) décrits; ces différents contextes comportent autant de régimes différents."

Le délégué a ajouté que le Fonds aura ainsi pour tâche

"de vérifier au cas par cas si les conditions (...) de communication sont remplies et si la base légale pour l'échange d'informations ou le contexte réglementaire imposent la communication ou le permettent".

Le fonctionnaire délégué a conclu que

"parfois la loi/la réglementation qui ouvre la possibilité de communiquer l'information obligera le Fonds (à) répondre à la demande de l'autre institution ou autorité; parfois la loi/la réglementation octroiera au Fonds une marge d'appréciation".

1.2. Il résulte de ce qui précède et d'explications supplémentaires du fonctionnaire délégué que lorsque le Fonds interviendra en application de lois particulières, les dispositions à appliquer par priorité, en ce qui concerne la communication d'informations, devraient être celles régissant cette communication dans le domaine spécifique en cause. Ainsi, lorsque le Fonds agira, en application de l'article 14 de la loi du 2 août 2002, précitée, dans le cadre de l'arrêté royal du 20 décembre 2007 relatif aux obligations linéaires, aux titres scindés et aux certificats de trésorerie, l'échange d'informations avec la CBFA serait réglé, en premier lieu, par l'article 12 de celui-ci. Le fonctionnaire délégué a cependant ajouté que les articles 20 et 21 en projet devraient être appliqués à titre subsidiaire, quand aucune disposition ne règle l'échange d'informations, ou même à titre complémentaire quand les dispositions spécifiques ne se suffisent pas à elles-mêmes ¹⁸.

La section de législation constate que ce mécanisme ne ressort pas clairement des projets d'articles 20 et 21, en général, et de l'article 20, 1/, en particulier.

⁽¹⁸⁾ Il semble que tel soit le cas de l'article 12 de l'arrêté royal du 20 décembre 2007, précité.

De plus, la question de savoir quand un texte spécifique se suffira ou non à lui-même dépendra d'une analyse au cas par cas, en fonction du contexte juridique, comme l'a confirmé le fonctionnaire délégué. La méthode ainsi envisagée est source d'incertitudes et de conflits. Dans la mesure où l'octroi au Fonds de fonctions d'administration et de surveillance de marchés de valeurs mobilières nécessite, en toute hypothèse, une intervention du législateur ¹⁹, il serait préférable que celui-ci, fixe le régime de confidentialité applicable à la mission spécifique conférée au Fonds, éventuellement par renvoi à des dispositions existantes ²⁰.

2. En toute hypothèse, la législation sur le Fonds des Rentes doit respecter la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) et 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 et abrogeant la directive 93/22/CEE dans la mesure où le Fonds exerce des fonctions de surveillance des marchés de valeur mobilière afin de prévenir ces dérives.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est, dès lors attirée sur le fait que les articles 19 à 22 en projet ne transposent pas la précision selon laquelle les informations confidentielles peuvent seulement être transmises "sous une forme résumée ou agrégée empêchant l'identification des entreprises d'investissement, des opérateurs de marchés, des marchés réglementés ou de toute autre personne concernés" (article 54, paragraphe 1, de la directive 2004/39) ²¹.

⁽¹⁹⁾ Voir l'article 2, 3/, en projet.

⁽²⁰⁾ Par exemple aux articles 74 et suivants de la loi du 2 août 2002, précitée, quand le Fonds est investi d'une mission de contrôle en application de l'article 14 de la même loi.

⁽²¹⁾ Comparer avec l'article 74, 5/, de la loi du 2 août 2002, précitée.

3.1. Il ressort des explications du fonctionnaire délégué reproduites ci-dessus ²² et du commentaire de l'article 20, 3/, en projet, que le Fonds ne serait pas nécessairement tenu de communiquer des informations confidentielles dans les cas énumérés. Il pourrait s'agir d'une faculté.

La question se pose de savoir si le Fonds conserve ce pouvoir d'appréciation même en cas de témoignage en justice en matière pénale (article 20, 2/, en projet), dans le cadre de recours administratifs ou juridictionnels ou lors de toute autre instance ²³.

3.2. Il convient de rappeler, à cet égard, que le principe du contradictoire, inhérent au droit à un procès équitable, exige, en principe, que chaque partie à un procès portant sur un droit civil au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou accusée en matière pénale ait la possibilité de prendre position sur toute pièce ou document invoqué à son encontre.

La jurisprudence admet, néanmoins, la nécessité de dissimuler certains éléments à une partie, afin de protéger un autre intérêt prépondérant. Ainsi, il est, notamment, justifié de préserver les secrets d'affaires.

Il existe ainsi un conflit entre la préoccupation légitime de celui qui se prévaut de la confidentialité de certaines données et le souci, tout aussi légitime, de la partie à qui elle est opposée de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir ses droits et d'exposer sa thèse devant le juge.

L'importance respective des intérêts en jeu est telle que la résolution de ce conflit doit passer par la recherche d'un équilibre.

(22) Voir les observations d'ensemble sur l'article 19 de l'avant-projet.

(23) L'article 21, § 1^{er}, 4/, en projet, dispose, dans le même sens que le "Fonds des Rentes peut communiquer des informations confidentielles (...) au cours de procédures civiles ou commerciales, aux autorités et mandataires de justice impliqués dans des procédures de faillite ou de concordat judiciaire ou (dans) des procédures collectives analogues".

Aussi le refus de communiquer certains éléments de preuve à une autre partie doit être soumis au contrôle du juge, afin qu'il puisse apprécier si leur caractère secret est justifié ²⁴.

L'article 20, en projet, doit être revu en ce sens.

Cette conclusion n'est infirmée ni par la directive 2003/6/CE ni par la directive 2004/39/CE dans le prolongement desquelles l'avant-projet s'inscrit ²⁵. L'article 13 de la directive 2003/6/CE laisse au législateur national la liberté de déroger à l'obligation de secret professionnel qu'il impose en principe. L'article 54 de la directive 2004/39/CE est plus contraignant. Il excepte, toutefois, les "cas relevant du droit pénal", de sorte que le dernier mot en matière de confidentialité revient bien au juge en ce domaine. De plus, les directives susmentionnées ne sauraient déroger au principe du droit à un procès équitable qui s'impose aux institutions en tant que principe général de droit communautaire (article 6 du Traité sur l'Union européenne). Aussi, les dispositions ci-dessus doivent s'interpréter à la lumière du droit à une protection juridictionnelle effective. Par conséquent, dans le cas de recours juridictionnels, les organes des "États membres" qui doivent veiller au respect de la confidentialité des données sont les juridictions et ce sont elles qui doivent pouvoir apprécier si la confidentialité d'éléments est invoquée à juste titre ²⁶.

4. Dans la version française, à l'article 20, première phrase, en projet, la locution "sans préjudice de" est utilisée à contresens. Il serait préférable d'écrire "par dérogation à" ou "nonobstant" comme à l'article 74, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002, précitée, pris pour modèle par l'auteur de l'avant-projet.

(24) C.E.D.H., 16 février 2000, Jasper c. Royaume-Uni, 27052/95, § 56; 24 juin 2003, Dowsett c. Royaume-Uni, 39482/98, § 50; 7 juin 2007, Botmeh et Alami c. Royaume-Uni, 15187/03, §§ 43 et 44.

(25) Voir l'exposé des motifs.

(26) Pour des applications des principes susmentionnés, voir C.J.C.E., 14 février 2008, Varec, C-450/06, §§ 46, 47, 49 et 51 à 53; T.P.I.C.E., 11 juillet 2007, Sison v. Conseil, T-47/03, §§ 202 et 203.

5. Selon le fonctionnaire délégué, à l'article 20, 3/, en projet, il y a lieu de lire "article 4, § 3" et non "article 4, alinéa 3".

6. En conclusion, les articles 19 à 22, en projet, doivent être fondamentalement revus.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	H. BOSLY,	assesseurs de la section de législation,
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. GILLIAUX, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

LC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.568/2
VAN 11 JUNI 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 16 mei 2008 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 "tot wijziging van de besluitwet van 18 mei 1945 houdende oprichting van een Rentenfonds", heeft 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 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 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.

Voorafgaande vormvereiste

Met betrekking tot artikel 68 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, waaraan het ontworpen artikel 11 ontleend is, heeft de afdeling wetgeving reeds opgemerkt dat voor dat artikel "het vormvereiste van de onderhandeling met de vakbonden niet vervuld (is). Overeenkomstig de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel had omtrent die bepalingen met de vakbonden onderhandeld moeten worden over de regels betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de personeelsleden" ¹.

Algemene opmerking

Zoals uit de memorie van toelichting blijkt

"(...) werd het nuttig geacht (...) de structuur van de tekst te herzien, door er hoofdstukken in te voegen en bepalingen daaronder te bundelen, die overeenstemt met de structuur van andere organieke wetten of statutaire voorschriften. Al met al wordt de aldus gewijzigde tekst duidelijker, met een indeling in hoofdstukken en gezuiverd van artikels *bis* en *ter*."

⁽¹⁾ Advies 33.182/2, gegeven op 29 april 2002, over een voorontwerp van wet "betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten" (Gedr. St., Kamer, 2001-02, nr. 1842/1 en 1843/1).

Deze verduidelijking is wenselijk, maar bij de gevolgde werkwijze moet enig voorbehoud gemaakt worden.

Het voorontwerp vervangt alle bepalingen van de besluitwet van 18 mei 1945 tot oprichting van een Rentenfonds (hierna de "besluitwet") en vult deze aan met nieuwe artikelen. Daarbij worden in het voorontwerp evenwel bestaande bepalingen overgenomen. De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat voor die methode gekozen is teneinde de erg bekende verwijzing naar de besluitwet van 1945 te behouden. Zodoende komt de besluitwet echter eerder over als een loutere vergaarbak die door de steller van het voorontwerp helemaal geledigd wordt om deze vervolgens opnieuw te vullen. Aangezien het de bedoeling is om de tekst te herzien, zou het duidelijker zijn om een nieuwe wet af te kondigen en de huidige tekst op te heffen.

De memorie van toelichting is hoe dan ook vaak ontoereikend. Het zou beter zijn om deze te vervolledigen zodanig dat alle vooropgestelde maatregelen toegelicht worden, met inbegrip van die waarbij bestaande bepalingen overgenomen worden. Het zou ook raadzaam zijn om bij de memorie van toelichting een concordantietabel te voegen waaruit blijkt welke vroegere bepalingen overgenomen worden door de nieuwe tekst. Dat zou het de bevattelijkheid van de materie ten goede komen en het procédé zou daardoor duidelijker zijn voor de adressaten van de wet en voor het Parlement. Er dient immers nogmaals gewezen te worden op het feit dat het Parlement over de mogelijkheid moet beschikken om zijn amenderings- en splitsingsrecht uit te oefenen met kennis van zaken; dat geldt zelfs wat betreft de teksten die uit de besluitwet overgenomen worden, aangezien deze toch een nieuwe uiting zouden zijn van de wetgevende macht.

De steller van het voorontwerp neemt bovendien soms bestaande bepalingen over waarvan de interpretatie vaststaat en geen problemen oplevert en wijzigt ze om louter formele redenen. Zijn aandacht wordt gevestigd op het gevaar dat deze manier van werken inhoudt.

Tot slot zal het feit dat niet afgeweken wordt van het kader van de besluitwet, niets verandert aan de noodzaak om de regelgevende besluiten aan te passen waarin verwezen wordt naar welbepaalde bepalingen van de besluitwet ².

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 7

Het ontworpen artikel 3, derde lid, is een overgangsbepaling die beter aan het einde van het voorontwerp zou komen te staan.

Artikel 8

Ontworpen artikel 4, §§ 1 en 3

Zoals blijkt uit de bespreking van het ontworpen artikel 4, wordt paragraaf 1 overgenomen uit het huidige artikel 2, vijfde lid, van de besluitwet. Daarin wordt bepaald dat het Fonds zich enerzijds alle voor de uitoefening van zijn opdracht nuttige inlichtingen of kopieën van documenten kan doen verstrekken en anderzijds ter plaatse inspecties kan verrichten.

Het ontworpen artikel 4, § 3, is anderzijds bedoeld om de onderzoeksbevoegdheden van de CBFA uit te breiden tot het Fonds.

Bij die bepalingen behoren drie opmerkingen te worden geformuleerd.

⁽²⁾ Zie, aldus, de verwijzing naar het "Comité van het Rentenfonds bedoeld in artikel 3 van de voornoemde besluitwet" die vervat ligt in artikel 1, 5/, van het koninklijk besluit van 20 december 2007 betreffende de lineaire obligaties, de gesplitste effecten en de schatkistcertificaten. Het ontworpen artikel 25 past de bestaande wetgeving aan aan de nieuwe nummering.

Ten eerste merkt de afdeling wetgeving op dat het getuigt van een gebrek aan samenhang om in de tekst zelf van het voorontwerp bepaalde onderzoeksbevoegdheden nader te omschrijven, en tegelijk te verwijzen naar de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. Dat geldt des te meer daar die werkwijze gedeeltelijk overbodig is ³.

Ten tweede herinnert de afdeling wetgeving nogmaals aan de waarborgen waarmee de desbetreffende onderzoeksbevoegdheden behoren te worden omringd. Zij heeft in advies 42.055/2, gegeven op 31 januari 2007 ⁴, in substantie opgemerkt dat het Europees Hof voor de rechten van de mens het begrip "woning", dat beschermd wordt in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, verruimd heeft tot de beroepslokalen ⁵. Bovendien heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens geoordeeld dat het recht op eerbiediging van de "woning" eveneens kan worden aangevoerd door rechtspersonen ⁶. Ook al wordt de evenredigheid van inmenging in de lokalen van een rechtspersoon misschien gemakkelijker aanvaard dan bij huisvredebreuk bij een woning van een natuurlijk persoon ⁷, de steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat het recht om huiszoekingen te verrichten dat toegekend is aan het Fonds zodanig beperkt wordt dat het verenigbaar is met de eerbiediging van het recht op woning. Aldus zou de beslissing om inspecties ter plaatse te houden, genomen moeten worden door een instantie die bijzondere waarborgen kan bieden; bovendien zou een waarborg ten minste moeten bestaan uit de aanwezigheid van een natuurlijk persoon of van een vertegenwoordiger van de betrokken rechtspersoon en uit het opmaken van een inventaris

(3) Vergelijk met artikel 4, § 1, van het voorontwerp en artikel 34, § 1, a) en b), van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

(4) Advies 42.055/2, gegeven op 31 januari 2007, over een voorontwerp van wet "op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt en houdende diverse bepalingen" (Gedr. St., Kamer, 2006-2007, nr. 2963/1).

(5) EHRM, 16 december 1992, Niemietz tegen Duitsland, nr. 13710/88; 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe tegen Frankrijk, nr. 11471/85; zie eveneens 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, blz. 117 en volgende.

(6) EHRM, 16 april 2002, Sociétés Colas Est e.a. tegen Frankrijk, nr. 37971/97, Rec. 2002 -II.

(7) Zie in die zin het vernoemde arrest Niemietz tegen Duitsland, § 31.

van de geraadpleegde documenten of de documenten waarvan een afschrift is gemaakt, aangezien het ontworpen artikel het Fonds machtigt om zich alle voor de uitoefening van zijn opdracht nuttige documenten te doen verstrekken ⁸. Onderzoekingen die verricht worden op grond van het ontworpen artikel 4, § 1, zouden door geen enkele hiervoor beschreven waarborg omringd zijn.

Gelet op de twee voorafgaande opmerkingen dient artikel 4, § 1, te worden herzien.

Ten derde, is het ontworpen artikel 4, § 3, niet duidelijk genoeg; ter wille van de rechtszekerheid zou het beter zijn om een precieze opsomming te geven van de bepalingen die van toepassing zijn op het Fonds ⁹.

Ontworpen artikel 4, § 2

Het ontworpen artikel 4, § 2, wordt overgenomen uit artikel 2, zesde lid, van de besluitwet, dat zelf ingevoegd is bij artikel 132, 4/, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002. Daarin wordt inzonderheid voorzien in de mogelijkheid voor het Fonds om straffen, en onder andere administratieve geldboeten, op te leggen.

Teneinde duidelijkheid te scheppen omtrent de waarborgen die geboden worden aan de operatoren, moet in het voorontwerp gepreciseerd worden dat zij het beroep kunnen instellen, bepaald in artikel 123, § 2, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

⁽⁸⁾ Vergelijk met artikel 39 van het Wetboek van Strafvordering.

⁽⁹⁾ Zo verleent bijvoorbeeld artikel 36 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 aan de CBFA de bevoegdheid om bevelen te richten op verbeurte, in voorkomend geval, van een dwangsom. Deze bevoegdheid ligt echter vervat in een afdeling gewijd aan "het toezicht door de CBFA", waarin een aantal van haar onderzoeksbevoegdheden worden opgesomd. De vraag rijst derhalve of het Fonds al dan niet over dezelfde bevoegdheid mag beschikken op grond van de onderzochte bepaling.

Artikel 9

De afdeling wetgeving heeft reeds een bezwaar geuit met betrekking tot een gelijkkluidende regel als die in het ontworpen artikel 5. Zij heeft in verband met het voorontwerp van artikel, dat artikel 59 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 geworden is, opgemerkt dat, "gezien het belang van de regels die in het inrichtingsreglement kunnen worden gegeven, (...) dit reglement ter goedkeuring aan de Koning (dient) te worden voorgelegd en niet ter goedkeuring aan de Minister van Financiën" ¹⁰.

Artikel 11

Het begrip "hogere ambtenaren" is onduidelijk. Het is verkieslijk terug te grijpen naar de categorieën die thans de loopbaan van de ambtenaren vormen.

Artikel 12

Het ontworpen artikel 7 bepaalt het volgende in verband met de voorzitter en de leden van het Comité: "Bij afwezigheid worden zij niet vervangen".

De afdeling wetgeving wijst de steller van het voorontwerp op de nadelen van deze formulering. Gelet op het quorumvereiste kan de tijdelijke onbeschikbaarheid van de voorzitter en van leden de activiteit van het Fonds belemmeren, tenzij ze worden vervangen nadat bij koninklijk besluit een eind is gemaakt aan hun opdracht. De logheid van deze procedure is moeilijk in overeenstemming te brengen met de spoed waarmee het Comité eventueel moet handelen (ontworpen artikel 8, tweede lid). Dit is *a fortiori* het geval met betrekking tot de vervanging van de voorzitter, die in uiterst dringende gevallen "onmiddellijk" moet kunnen optreden (ontworpen artikel 8, derde lid). Bovendien lost het ontworpen artikel 9 dat probleem niet op in zoverre het, behoudens in het geval van het

⁽¹⁰⁾ Voornoemd advies 33.182/2.

in rechte optreden als eiser of als verweerder, slechts voorziet in een delegatie van de handtekeningsbevoegdheid ¹¹.

Artikel 14

Ontworpen artikel 9, eerste lid

Het ontworpen artikel 9, eerste lid, bepaalt:

"De voorzitter of twee leden van het Comité ondertekenen de overeenkomsten, de dadingen en de akten van alle aard, stellen namens het Rentenfonds rechtsvorderingen in en verdedigen ze, zonder enige macht tegenover derden te moeten rechtvaardigen."

Volgens de memorie van toelichting strekt deze bepaling ertoe de personen aan te wijzen "die (eventueel *via* een handtekeningsbevoegdheid) het Rentenfonds kunnen vertegenwoordigen en verbinden".

Uit de ontworpen artikelen 6 en 8 volgt dat de beslissingsbevoegdheid van het Fonds ligt bij het Comité, dat uit ten minste vier personen bestaat, of, in uiterst dringende gevallen, bij de voorzitter. Deze artikelen houden in dat beslissingen om overeenkomsten te sluiten of dadingen aan te gaan of om akten van alle aard te stellen, aan deze organen toekomen.

Artikel 9, eerste lid, kan aldus worden gelezen dat het een uitzondering op deze regel bevat in zoverre het aan de voorzitter of aan twee leden bevoegdheid verleent om namens het Fonds in rechte op te treden ¹² en het in rechte te verdedigen.

Voorts heeft dit lid geen andere strekking dan te bepalen wie de *instrumenta* van de overeenkomsten, dadingen en akten van alle aard mag ondertekenen waartoe het Fonds overeenkomstig de ontworpen artikelen 6 en 8 heeft besloten. Zulks volgt uit de

⁽¹¹⁾ Zie hieronder de opmerkingen omtrent artikel 14 van het voorontwerp.

⁽¹²⁾ Zie de uitdrukking "rechtsvorderingen instellen".

tekst zelf van de bepaling en uit de wordingsgeschiedenis ervan¹³. Voorts lijkt het erop dat in de passage in de artikelsgewijze bespreking waarin te lezen staat dat artikel 9, eerste lid, de personen betreft die het Fonds kunnen "verbinden", daaronder de contractuele verbintenissen worden bedoeld. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat de beslissing om een overeenkomst te sluiten een losstaande handeling is die op zich reeds rechtsgevolgen doet ontstaan en die trouwens als zodanig kan worden aangevochten. Deze beslissing dient overeenkomstig het ontworpen artikel 8 te worden genomen door het Comité. Contractuele verbintenissen daarentegen ontstaan *a posteriori* als gevolg van de uitwisseling van instemmingsbeslissingen, door kennisgeving van het aanvaarden van een aanbod of door de ondertekening van een overeenkomst.

Uit het vorenstaande volgt dat in het ontworpen artikel 9, eerste lid, de woorden "stellen [...] rechtsvorderingen in" vervangen moeten worden door een bepaling die alleen het in rechte optreden, als eiser of als verweerder, ter verdediging van de belangen van het Fonds regelt.

(13) Artikel 9 is ingegeven door het huidige artikel 4, vijfde en zesde lid, van de besluitwet, zoals dat artikel is ingevoerd bij een wet van 22 juli 1991. De draagwijdte van artikel 9 wordt eveneens verduidelijkt door de parlementaire voorbereiding van die bepalingen. In verband met het voorontwerp dat de wet van 22 juli 1991 zou worden, heeft de afdeling wetgeving inzonderheid opgemerkt dat de destijds voorgestelde formulering, volgens welke de voorzitter "het Fonds verbindt door zijn handtekening alleen", lijkt overeen te stemmen met een overdracht van bevoegdheid. De afdeling wetgeving oordeelde evenwel dat het beter zou zijn in dat opzicht de memorie van toelichting te verduidelijken (advies 20.779/2, op 17 mei 1991 verstrekt omtrent een ontwerp van wet "tot wijziging van de besluitwet van 18 mei 1945 houdende oprichting van een Rentenfonds", Gedr. St., Senaat, 1990-1991, nr. 1360/1). De regering heeft als antwoord daarop in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp aangegeven dat de voorzitter weliswaar bevoegd was om het Fonds te verbinden ten aanzien van derden, maar dat "de aldus aangegane verbintenissen (...) eensluidend (moeten) zijn met de beslissing van het Comité dat (...) de beheersbevoegdheden van het Fonds bezit" (Gedr. St., Senaat, loc. cit., blz. 6). Het ontwerp bepaalde bijgevolg : "De voorzitter verbindt het Comité op geldige wijze door zijn handtekening.". Tijdens de bespreking heeft de Minister van Financiën tevens bevestigd dat die bevoegdheid van de voorzitter moest worden opgevat als een overdracht van handtekeningsbevoegdheid. Hij heeft niettemin ingestemd met een amendement waarbij een systeem van "dubbele handtekening" wordt gehandhaafd (Gedr. St., Senaat, 1990-1991, nr. 1361/2, blz. 11). De tekst is aldus artikel 4, zesde lid, van de besluitwet geworden.

Ontworpen artikel 9, tweede lid

Het is de bedoeling van de steller van het voorontwerp om te voorzien in "de mogelijkheid (voor het Comité) de handtekeningsbevoegdheid voor specifieke handelingen te regelen in afwijking van het eerste lid" ¹⁴. Er moet duidelijk worden aangegeven dat het ontworpen artikel 9, tweede lid, het Comité machtigt om af te wijken van de overdrachten van handtekeningsbevoegdheid bedoeld in het eerste lid en er moet worden gepreciseerd dat deze afwijkingen alleen op specifieke handelingen betrekking kunnen hebben.

Artikelen 15 en 16

1. Uit de memorie van toelichting en uit de toelichtingen verstrekt door de gemachtigde ambtenaar blijkt dat het ontworpen artikel 10 ertoe strekt de voorzitter en de leden van het Comité vrij te stellen van enige persoonlijke aansprakelijkheid ten aanzien van het Fonds. Zij zijn dus alleen in het kader van de uitoefening van hun opdracht aansprakelijk ten aanzien van het Rentenfonds. De eerste zin is derhalve doelloos en kan vervallen.

2. In verband met het ontworpen artikel 11 moet eraan herinnerd worden dat de afdeling wetgeving in verband met artikel 68 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, dat in dezelfde bewoordingen is gesteld, het volgende heeft opgemerkt :

"Volgens de artikelen 68 en 104 van het voorontwerp van wet zijn de CBF en de CDV vrijgesteld van elke burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor hun beslissingen, handelingen of gedragingen in de uitoefening van hun wettelijke opdrachten, behalve in geval van bedrog of zware fout. (...) (d)ie bepalingen (houden) een afwijking in van de regeling van het gemene recht inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsinstanties. Voor die overheidsinstanties geldt in principe artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

⁽¹⁴⁾ Zie de commentaar op deze bepaling.

Het staat aan de steller van het ontwerp om in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te rechtvaardigen dat deze instellingen anders behandeld worden dan andere openbare overheden die toezicht- en controleopdrachten uitvoeren" ¹⁵.

Het ontworpen artikel 11 dient eveneens te worden gerechtvaardigd wat inzonderheid de opdrachten van het Fonds betreft.

Artikel 17

Het ontworpen artikel 12 heeft " betrekking (...) op het huishoudelijk reglement" ¹⁶. Er hoeft niet te worden aangegeven dat het Comité de administratieve aangelegenheden regelt overeenkomstig dit reglement.

Artikel 8, vierde lid, bepaalt reeds dat het Comité alle bevoegdheden van bestuur bezit en het spreekt vanzelf dat het Comité zijn huishoudelijk reglement zal moeten naleven met toepassing van het adagium *patere legem quam ipse fecisti*.

Artikel 18

Ontworpen artikel 14

Het bedrag van de dotatie wordt uitsluitend in Belgische franken uitgedrukt. Dit bedrag moet worden omgezet in euro's.

Ontworpen artikel 17

Het ontworpen artikel 17 vervangt de verplichting om in het Belgisch Staatsblad een verslag bekend te maken over de jaarlijkse verrichtingen, een verplichting die thans in artikel 7 van de besluitwet is opgenomen, door de verplichting om de rekeningen zelf bekend te maken.

⁽¹⁵⁾ Voornoemd advies 33.182/2.

⁽¹⁶⁾ Zie de commentaar op deze bepaling.

Toen de gemachtigde ambtenaar gevraagd is naar de reden van die wijziging, heeft deze het volgende uiteengezet :

"La pratique des dernières années veut que, fin mars, les comptes annuels commentés sont publiés au Moniteur belge, suivi d'un rapport annuel circonstancié au mois de mai. La modification veut entériner cette pratique."

De ontworpen tekst geeft die bedoeling niet weer. Het zou beter zijn te schrijven :

"Het Fonds maakt uiterlijk 31 maart zijn jaarrekening en vóór 1 juni een verslag over zijn jaarlijkse verrichtingen bekend in het Belgisch Staatsblad."

Artikelen 19 tot 22

1.1. Het ontworpen artikel 19 huldigt het beginsel dat de inlichtingen waarover het Fonds beschikt vertrouwelijk zijn¹⁷. De ontworpen artikelen 20 en 21 staan het Fonds echter toe vertrouwelijke inlichtingen mee te delen in de vervolgens opgesomde gevallen.

Toen de gemachtigde ambtenaar om uitleg gevraagd is omtrent deze bepalingen, heeft deze het volgende uiteengezet :

"Dans les cas énumérés dans les articles 20 et 21, l'interdiction de divulgation de certaines informations est levée pour les différents contextes (qui y sont) décrits; ces différents contextes comportent autant de régimes différents."

⁽¹⁷⁾ De tekst geeft deze bedoeling onvoldoende duidelijk weer, daar hij de erin vermelde personen de mogelijkheid kan geven zelf te bepalen welke inlichtingen ze als vertrouwelijk beschouwen, en welke niet.

De gemachtigde ambtenaar heeft voorts gesteld dat het Fonds aldus tot taak zal hebben

"de vérifier au cas par cas si les conditions (...) de communication sont remplies et si la base légale pour l'échange d'informations ou le contexte réglementaire imposent la communication ou le permettent".

Hij heeft het volgende geconcludeerd :

"parfois la loi/la réglementation qui ouvre la possibilité de communiquer l'information obligera le Fonds (à) répondre à la demande de l'autre institution ou autorité; parfois la loi/la réglementation octroiera au Fonds une marge d'appréciation".

1.2. Uit het vorenstaande en uit de aanvullende toelichtingen van de gemachtigde ambtenaar volgt dat, wanneer het Fonds handelt met toepassing van bijzondere wetten, de bepalingen die met betrekking tot het medelen van inlichtingen bij voorrang moeten worden toegepast diegene moeten zijn welke deze mededeling regelen in het specifieke domein in kwestie. Wanneer het Fonds aldus met toepassing van artikel 14 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 zal handelen in het kader van het koninklijk besluit van 20 december 2007 betreffende de lineaire obligaties, de gesplitste effecten en de schatkistcertificaten, zal de uitwisseling van inlichtingen met de CBFA in de eerste plaats geregeld zijn bij artikel 12 van dit besluit. De gemachtigde ambtenaar heeft er evenwel aan toegevoegd dat de ontworpen artikelen 20 en 21 subsidiair dienen te worden toegepast wanneer geen enkele bepaling de uitwisseling van inlichtingen regelt, of zelfs in bijkomende orde wanneer de specifieke bepalingen op zich niet volstaan ¹⁸.

De afdeling wetgeving stelt vast dat dit mechanisme niet duidelijk blijkt uit de ontworpen artikelen 20 en 21 in het algemeen, en uit het ontworpen artikel 20, 1/, in het bijzonder.

Bovendien zal de vraag wanneer een specifieke tekst al dan niet op zich zal volstaan, afhangen van een onderzoek van ieder geval afzonderlijk, naargelang van de

⁽¹⁸⁾ Zulks lijkt het geval te zijn met artikel 12 van het voornoemde koninklijk besluit van 20 december 2007.

juridische context, zoals de gemachtigde ambtenaar heeft bevestigd. De aldus voorgestelde werkwijze kan aanleiding geven tot onzekerheid en tot conflicten. In zoverre voor het opdragen, aan het Fonds, van taken van bestuur en toezicht op de effectenmarkten in ieder geval een wetgevend initiatief vereist is ¹⁹, is het verkieslijk dat de wetgever het stelsel van vertrouwelijkheid bepaalt dat toepasselijk is op de specifieke taak opgedragen aan het Fonds, eventueel door verwijzing naar bestaande bepalingen ²⁰.

2. De wetgeving betreffende het Rentenfonds moet hoe dan ook in overeenstemming zijn met richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), alsook met 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, in zoverre het Fonds taken van toezicht op de effectenmarkten uitoefent teneinde die uitwassen te voorkomen.

De steller van het voorontwerp wordt bijgevolg erop gewezen dat de ontworpen artikelen 19 tot 22 niet voorzien in de omzetting van de bepaling dat vertrouwelijke gegevens alleen mogen worden bekendgemaakt "in een samengevatte of geaggregeerde vorm, zodat individuele beleggingsondernemingen, marktexploitanten, gereguleerde markten of andere personen niet herkenbaar zijn" (artikel 54, lid 1, van richtlijn 2004/39/EG) ²¹.

⁽¹⁹⁾ Zie het ontworpen artikel 2, 3/.

⁽²⁰⁾ Bij voorbeeld naar de artikelen 74 en volgende van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, wanneer aan het Fonds een taak van toezicht wordt opgedragen met toepassing van artikel 14 van dezelfde wet.

⁽²¹⁾ Vergelijk met artikel 74, 5/, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

3.1. Uit de hierboven aangehaalde toelichtingen van de gemachtigde ambtenaar²² en uit de commentaar op het ontworpen artikel 20, 3/, volgt dat het Fonds in de opgesomde gevallen niet noodzakelijk verplicht zou zijn vertrouwelijke inlichtingen mee te delen. De mededeling ervan zou facultatief zijn.

De vraag rijst of het Fonds die beoordelingsbevoegdheid ook behoudt in het geval van een getuigenis in rechte in strafzaken (ontworpen artikel 20, 2/), in het kader van administratieve of gerechtelijke beroepsprocedures of in ieder ander rechtsgeding²³.

3.2. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het principe van de tegenspraak, dat inherent is aan het recht op een eerlijk proces, in beginsel vereist dat iedere partij in een geding omtrent een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens of eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld in een strafzaak, in de gelegenheid moet worden gesteld zich te kunnen verklaren omtrent ieder stuk of document dat tegen hem wordt aangevoerd.

De jurisprudentie aanvaardt niettemin de noodzaak om sommige gegevens achter te houden voor een partij, teneinde een ander zeer belangrijk belang veilig te stellen. Zo is het bij voorbeeld gerechtvaardigd zakengeheimen te beschermen.

Aldus bestaat een conflict tussen de gerechtvaardigde bekommernis van de persoon die zich beroept op de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens, en het al even gerechtvaardigde streven van de tegenpartij om te beschikken over de informatie die noodzakelijk is om haar rechten ten volle te kunnen uitoefenen en haar standpunt te kunnen uiteenzetten ten overstaan van de rechter.

Het respectieve belang van de in het geding zijnde belangen is van die aard dat naar een evenwicht moet worden gezocht om dit conflict op te lossen.

(22) Zie het geheel van de opmerkingen omtrent artikel 19 van het voorontwerp.

(23) Het ontworpen artikel 21, § 1, 4/, bepaalt in dezelfde zin dat "het Rentenfonds vertrouwelijke informatie (mag) meedelen (...) tijdens burgerrechtelijke of handelsrechtelijke procedures, aan de autoriteiten en gerechtelijke mandatarissen die betrokken zijn bij procedures van faillissement of gerechtelijk akkoord of bij analoge collectieve procedures".

Voorts moet de weigering om bepaalde bewijselementen aan een andere partij mee te delen onderworpen worden aan controle door een rechter, zodat deze kan oordelen of de vertrouwelijke aard ervan wel gewettigd is ²⁴.

Het ontworpen artikel 20 moet in die zin worden herzien.

Deze conclusie wordt niet ontkracht door richtlijn 2003/6/EG, noch door richtlijn 2004/39/EG, waarvan het voorontwerp een uitvloeisel is ²⁵. Artikel 13 van richtlijn 2003/6/EG laat de nationale wetgever vrij af te wijken van de verplichting tot het bewaren van het beroepsgeheim, een verplichting die de richtlijn als regel stelt. Artikel 54 van richtlijn 2004/39/EG is dwingender. Het maakt evenwel een uitzondering voor de "gevallen die onder het strafrecht vallen", zodat de eindbeslissing inzake de vertrouwelijkheid in dit domein wel degelijk aan de rechter toekomt. Bovendien kunnen de voornoemde richtlijnen geen afbreuk doen aan het beginsel van het recht op een eerlijk proces, dat voor de instellingen een algemeen beginsel van communautair recht vormt (artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie). Tevens moeten de voornoemde bepalingen geïnterpreteerd worden in het licht van het recht op daadwerkelijke jurisdictionele bescherming. Bijgevolg worden in het geval van een jurisdictioneel beroep onder de organen van de "lidstaten" die moeten waken voor de naleving van het vertrouwelijke karakter van de gegevens de gerechten bedoeld, die tevens moeten kunnen oordelen of de vertrouwelijkheid van gegevens terecht wordt aangevoerd ²⁶.

4. In de Franse lezing van het ontworpen artikel 20, eerste zin, wordt de uitdrukking "sans préjudice de" verkeerd aangewend. Het zou verkieslijk zijn "par dérogation à" te schrijven, of "nonobstant" zoals in artikel 74, tweede lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, dat de steller van het voorontwerp als model heeft gebruikt.

(24) EHRM, 16 februari 2000, Jasper t. Verenigd Koninkrijk, 27052/95, § 56; EHRM, 24 juni 2003, Dowsett t. Verenigd Koninkrijk, 39482/98, § 50; EHRM, 7 juni 2007, Botmeh en Alami t. Verenigd Koninkrijk, 15187/03, §§ 43 en 44.

(25) Zie de memorie van toelichting.

(26) Voor de toepassingen van de voornoemde beginselen, zie arrest HJEG, 14 februari 2008, Varec, c-450/06, §§ 46, 47, 49 en 51 tot 53; HGEAEG, 11 juli 2007, Sison t. Raad, T-47/03, §§ 202 en 203.

5. Volgens de gemachtigde ambtenaar leze men in het ontworpen artikel 20, 3/, "artikel 4, § 3," in plaats van "artikel 4, derde lid".

6. De slotsom is dat de ontworpen artikelen 19 tot 22 fundamenteel moeten worden herzien.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	H. BOSLY,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouwen	A. WEYEMBERGH,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. GILLIAUX, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

Y. KREINS