

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 44.951/2/V
DU 12 AOÛT 2008

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 18 juillet 2008, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 4 mars 2005 relatif à certains organismes de placement collectif publics", 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 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.

Fondement juridique

1. L'arrêté en projet tend notamment à assurer la transposition dans l'arrêté royal du 4 mars 2005 relatif à certains organismes de placement collectif publics de la directive 2007/16/CE de la Commission du 19 mars 2007 portant application de la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), en ce qui concerne la clarification de certaines définitions.

Il n'y a cependant pas lieu de viser comme fondement juridique cette directive dans le préambule ⁽¹⁾, car les arrêtés se fondent sur des normes de droit interne, même s'ils transposent les dispositions d'une directive. Le premier alinéa du préambule sera donc omis.

2. Le deuxième alinéa - qui en deviendra par conséquent le premier - sera en revanche complété, comme c'est le cas dans le préambule de l'arrêté royal du 4 mars 2005 que l'arrêté en projet modifie, par la mention des articles de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement - et, s'il y a lieu, de leurs subdivisions pertinentes - qui constituent les fondements juridiques précis des dispositions en projet.

⁽¹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation 24, a), [www.raadvst-consetat.be/?page=technique législative&lang=fr](http://www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr), [12 août 2008].

Il conviendrait également que le rapport au Roi qui accompagne le projet d'arrêté soit, comme c'est le cas dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 4 mars 2005 précité, complété par l'indication précise, au regard des diverses dispositions du projet, des articles de la loi du 20 juillet 2004 précitée qui leur sert de fondement. Il en va particulièrement ainsi pour les articles 49 et suivants du projet dans la mesure où ils trouvent à s'appliquer aux organismes de placement collectif de droit étranger visés au livre III de la partie II de la loi du 20 juillet 2004 précitée.

3. Suivant le tableau de correspondance transmis au Conseil d'État et qui sera donc annexé au rapport au Roi publié avec l'arrêté en projet, seuls ses articles 2, 13 à 20, 23 et 42 assureraient la transposition de la directive précitée, de sorte que l'article 1^{er} serait plus exactement rédigé comme suit :

"Article 1^{er}. Les articles [énumération avec, s'il y a lieu, indication des subdivisions pertinentes ⁽²⁾] transposent la directive 2007/16/CE [intitulé comme au projet].".

4. L'article 64 du projet fixe la date d'entrée en vigueur de l'ensemble de l'arrêté le 23 juillet 2008, ce qui lui conférerait un effet rétroactif.

La rétroactivité fait l'objet des précisions suivantes dans les "Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires" de 2008 ⁽³⁾ :

"211. La non-rétroactivité des actes législatifs et des actes administratifs est la règle. La rétroactivité est une exception à cette règle; ses conditions d'admissibilité ont été dégagées de manière évolutive par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et par la section de législation du Conseil d'État.

En ce qui concerne les actes législatifs, la Cour constitutionnelle a décidé à plusieurs reprises que «la non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit

⁽²⁾ À titre d'exemples, l'article 17, 1/ et 3/, et l'article 20, à l'exception du 4/, ne consistent pas en une transposition de dispositions de la directive 2007/16/CE.

⁽³⁾ Recommandation 211, page 127.

soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise»⁽⁴⁾. Une disposition rétroactive ne peut dès lors se justifier «que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général, tel que le bon fonctionnement ou la continuité du service public»⁽⁵⁾. Par ailleurs, si la rétroactivité a pour but «d'influencer dans un sens déterminé l'issue de procédures judiciaires ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit dont elles sont saisies, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles justifient cette intervention du législateur qui porte atteinte, au détriment d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous»⁽⁶⁾.

En ce qui concerne les actes administratifs, la section de législation du Conseil d'État rappelle fréquemment que leur non-rétroactivité est la règle en vertu d'un principe général de droit. Leur rétroactivité peut toutefois être justifiée si elle est autorisée par un acte législatif et si cette autorisation est elle-même admissible au regard des critères rappelés ci-avant. En l'absence d'autorisation législative, la rétroactivité ne peut être admise qu'à titre exceptionnel, par exemple lorsqu'elle est nécessaire à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit, pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels."

Le commentaire de l'article 64 du projet dans le rapport au Roi est le suivant :

"La date d'entrée en vigueur du présent arrêté coïncide avec la date à compter de laquelle les États membres doivent appliquer les dispositions de la directive 2007/16/CE, conformément à l'article 13 de cette directive."

Le deuxième alinéa du premier paragraphe de cet article 13 impose en effet aux États membres d'appliquer à dater du 23 juillet 2008 les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive. Comme cette justification ne vaut cependant que pour les dispositions de l'arrêté en projet ayant effectivement pour objet la transposition de cette

⁽⁴⁾ *Note infrapaginale 167 du Guide* : Cour constitutionnelle, n/ 189/2002, B.12.2; n/ 193/2004, B.8.2; n/ 25/2005, B.8.2; n/ 177/2005, B.12.2.

⁽⁵⁾ *Note infrapaginale 168 du Guide* : Cour constitutionnelle, n/ 189/2002, B.12.4; n/ 193/2004, B.8.4; n/ 25/2005, B.8.4, n/ 177/2005, B.18.1.

⁽⁶⁾ *Note infrapaginale 169 du Guide* : Cour constitutionnelle, n/ 189/2002, B.12.4; n/ 193/2004, B. 8.4; n/ 25/2005, B.8.4, n/ 177/2005, B.18.1.

directive, à savoir celles visées à l'article 1^{er} du projet ⁽⁷⁾, la rétroactivité au 23 juillet 2008 doit en tout cas être évitée pour les autres : l'article 64 sera donc revu en conséquence.

5. Le projet doit être complété par un article relatif à son exécution.

⁽⁷⁾ Pour ces dispositions, conformément au Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires précité, formule F 4-5-1-3, l'effet rétroactif de cette entrée en vigueur doit être exprimé par le recours à la formule "produisent leurs effets" au lieu de "entrent en vigueur".

La chambre était composée de

Messieurs	M. HANOTIAU,	président de chambre,
	Ph. QUERTAINMONT,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

M. HANOTIAU

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.951/2/V
VAN 12 AUGUSTUS 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 18 juli 2008 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 maart 2005 met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging", 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 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.

Rechtsgrond

1. Het ontwerpbesluit strekt inzonderheid tot de omzetting, in het koninklijk besluit van 4 maart 2005 met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging, van richtlijn 2007/16/EG van de Commissie van 19 maart 2007 tot uitvoering van richtlijn 85/611/EEG van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat de verduidelijking van bepaalde definities betreft.

Er is evenwel geen aanleiding om in de aanhef naar die richtlijn te verwijzen bij wijze van rechtsgrond ⁽¹⁾, daar de besluiten rechtsgrond vinden in internrechtelijke regelgeving, zelfs indien ze de bepalingen van een richtlijn omzetten. Het eerste lid van de aanhef moet dus vervallen.

2. Het tweede lid van de aanhef, dat bijgevolg het eerste lid ervan wordt, moet zijnerzijds, naar het voorbeeld van de aanhef van het bij het ontwerpbesluit gewijzigde koninklijk besluit van 4 maart 2005, worden aangevuld met de vermelding van de artikelen van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles - alsook, in voorkomend geval, van de ter zake

⁽¹⁾ Zie Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, aanbeveling 24, a), www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=nl [12 augustus 2008].

dienende onderverdelingen ervan - die de precieze rechtsgrond van de ontworpen bepalingen vormen.

Tevens moet het verslag aan de Koning gevoegd bij het ontwerpbesluit, zoals het geval is met het verslag aan de Koning voorafgaand aan het voornoemde koninklijk besluit van 4 maart 2005, worden aangevuld met de precieze opgaaf - ten aanzien van de verschillende bepalingen van het ontwerp - van de artikelen van de voornoemde wet van 20 juli 2004 die de rechtsgrond ervan vormen. Dit geldt inzonderheid voor de artikelen 49 en volgende van het ontwerp, in zoverre ze van toepassing zijn op de instellingen voor collectieve belegging naar buitenlands recht, waarvan sprake is in deel II, boek III, van de voornoemde wet van 20 juli 2004.

3. Volgens de aan de Raad van State bezorgde concordantietabel, die moet worden gevoegd bij het verslag aan de Koning dat samen met het ontwerpbesluit wordt bekendgemaakt, zouden alleen de artikelen 2, 13 tot 20, 23 en 42 de voornoemde richtlijn omzetten, zodat het exacter zou zijn artikel 1 als volgt te redigeren :

"Artikel 1. De artikelen [opgaaf van de artikelen, met in voorkomend geval vermelding van de ter zake dienende onderverdelingen ⁽²⁾] voorzien in de omzetting van richtlijn 2007/16/EG [opschrift zoals in het ontwerp]."

4. Artikel 64 van het ontwerp bepaalt dat het besluit in zijn geheel in werking treedt op 23 juli 2008, waardoor aan het besluit terugwerkende kracht wordt verleend.

In de "Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten" van 2008 wordt in verband met de terugwerkende kracht het volgende gepreciseerd ⁽³⁾ :

⁽²⁾ Bij wijze van voorbeeld : artikel 17, 1/ en 3/, en artikel 20, uitgezonderd punt 4/, voorzien niet in de omzetting van bepalingen van richtlijn 2007/16/EG.

⁽³⁾ Aanbeveling 211, blz. 127.

"211. In de regel hebben wetgevende handelingen en bestuurshandelingen geen terugwerkende kracht. Terugwerkende kracht is een uitzondering op deze regel; de voorwaarden waaronder terugwerkende kracht aanvaardbaar is, zijn op veranderende wijze aangegeven in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en door de afdeling wetgeving van de Raad van State.

Wat wetgevende handelingen betreft, heeft het Grondwettelijk Hof bij verscheidene gelegenheden beslist dat «de niet-retroactiviteit van wetten (...) een waarborg (is) ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat eenieder in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht». Een terugwerkende bepaling is dan enkel verantwoord «wanneer ⁽⁴⁾ zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, zoals de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst» ⁽⁵⁾. Indien de terugwerkende kracht bovendien tot doel heeft «dat de afloop van gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges verhinderd worden zich uit te spreken over een aanhangig gemaakte rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden» ⁽⁶⁾.

Wat bestuurshandelingen aangaat, wijst de afdeling wetgeving er dikwijls op dat bestuurshandelingen krachtens een algemeen rechtsbeginsel in de regel geen terugwerkende kracht hebben. Terugwerkende kracht ervan kan echter gewettigd zijn indien zij door een wetgevende handeling wordt toegestaan en indien dit aanvaardbaar is in het licht van de criteria waaraan hierboven herinnerd is. Wanneer dat echter niet het geval is, is terugwerkende kracht alleen aanvaardbaar bij wijze van uitzondering, inzonderheid wanneer dat nodig is voor de continuïteit van de openbare dienst of voor de regularisering van een rechts- of feitelijke toestand en voor zover de vereisten inzake rechtszekerheid en de individuele rechten geëerbiedigd worden."

De commentaar op artikel 64 van het ontwerp in het verslag aan de Koning luidt als volgt :

"De datum van inwerkingtreding van dit besluit sluit aan bij de datum waarop de lidstaten de bepalingen van de Richtlijn 2007/16/EG dienen toe te passen, overeenkomstig artikel 13 van deze Richtlijn."

⁽⁴⁾ Voetnoot 167 van de Handleiding : Grondwettelijk Hof, 189/2002, B.12.2; 193/2004, B.8.2; 25/2005, B.8.2; 177/2005, B.12.2.

⁽⁵⁾ Voetnoot 168 van de Handleiding : Grondwettelijk Hof, 189/2002, B.12.4; 193/2004, B.8.4; 25/2005, B.8.4; 177/2005, B.18.1.

⁽⁶⁾ Voetnoot 169 van de Handleiding : Grondwettelijk Hof, 189/2002, B.12.4; 193/2004, B.8.4; 25/2005, B.8.4, 177/2005, B.18.1.

Dit artikel 13, lid 1, tweede alinea, schrijft immers voor dat de lidstaten vanaf 23 juli 2008 de bepalingen moeten toepassen die noodzakelijk zijn om aan deze richtlijn te voldoen. Die verantwoording geldt echter uitsluitend voor de bepalingen van het ontwerpbesluit die werkelijk de omzetting van deze richtlijn beogen, te weten de bepalingen genoemd in artikel 1 van het ontwerp ⁽⁷⁾, zodat voor de overige bepalingen terugwerking tot 23 juli 2008 in ieder geval moet worden gemeden : artikel 64 moet derhalve dienovereenkomstig worden herzien.

5. Het ontwerp moet worden aangevuld met een artikel dat de uitvoering ervan betreft.

⁽⁷⁾ Overeenkomstig de voornoemde Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, formule F 4-5-1-3, moet de terugwerkende kracht van de inwerkingtreding voor die bepalingen weergegeven worden met de woorden "hebben uitwerking met ingang van" in plaats van "treden in werking op".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. HANOTIAU,	kamervoorzitter,
	Ph. QUERTAINMONT,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	C. GIGOT,	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, staatsraad.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

C. GIGOT

M. HANOTIAU