

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 45.830/2
DU 9 FÉVRIER 2009

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 13 janvier 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif étrangères", 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.

Formalités préalables

Les deuxième et troisième alinéas du préambule visent, comme fondements juridiques du projet, les articles 203 et 204 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement, ainsi que - pour ce qui concerne les dispositions modificatives de l'arrêté royal du 20 décembre 1995 relatif aux entreprises d'investissement étrangères, constituant les articles 39 à 42 du projet - les articles 110 et 111 de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement.

Conformément au premier paragraphe des articles 203 et 204 de la loi du 20 juillet 2004, précitée, c'est "sur avis de la CBFA" que le Roi règle le statut et le contrôle des succursales et des activités de prestation de services en Belgique des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen ou de celui d'États qui n'en sont pas membres.

Les articles 110 et 111 de la loi du 6 avril 1995, précitée, prévoient également que c'est "sur avis de l'autorité de contrôle" que le Roi règle le statut et le contrôle des succursales et des activités de prestation de services en Belgique des entreprises d'investissement relevant du droit d'un autre État membre de la Communauté européenne ou de celui d'États qui n'en sont pas membres. Selon l'article 46, 30/, de la même loi, il y a lieu d'entendre par "autorité de contrôle", la Commission bancaire, financière et des assurances.

L'ensemble du projet doit dès lors faire l'objet d'un avis de celle-ci. Cet avis est du reste visé à l'alinéa 5 du préambule, mais sans indication de sa date. La demande d'avis adressée à la section de législation n'en fait pas état et aucune copie de cet avis n'y est jointe.

Il convient dès lors de veiller à l'accomplissement de cette formalité.

Observations générales

1. Selon le rapport au Roi joint au projet,

"En ce qui concerne les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen (ci-après «sociétés de gestion d'organismes de placement collectif de l'Espace économique européen»), et qui tombent dans le champ d'application de la directive 85/611/CEE, l'arrêté transpose plusieurs dispositions de la directive, telle que modifiée par la directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE, en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés. Plus précisément, l'arrêté transpose les articles 6, 6bis, §§ 4 à 6, 6ter, §§ 3 et 4, 6quater, §§ 1^{er} à 6 et 8 à 10, ainsi que les articles 52bis, § 2 et 52ter de la directive 85/611/CEE."

C'est pourquoi l'article 1^{er} du projet précise que "le présent arrêté transpose partiellement" cette directive et le commentaire que le rapport au Roi consacre aux articles 4 à 6 et 8 à 17 indique de manière plus détaillée les dispositions de cette directive dont celles de ces articles assurent la transposition.

Il serait toutefois souhaitable de synthétiser ces informations sous la forme d'un double tableau de transposition, à annexer au rapport au Roi, établissant la correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et les (subdivisions des) articles de l'arrêté en projet qui les transposent, et inversement ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, onglet "Technique législative", à consulter sur le site internet du Conseil d'État <http://www.raadvst-consetat.be> recommandations n^{os} 191 et 194, pp. 118-119; voir le rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2005-2006, spéc. n^{os} 16 et 17, www.raadvst-consetat.be.

2.1. Il ressort par ailleurs de ce qui précède que la transposition de la directive est essentiellement assurée par les cinq premiers chapitres du titre II. Ce titre comporte en effet un chapitre supplémentaire, rédigé comme suit :

" CHAPITRE VI - Succursales et activités de prestation de services en Belgique des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif non soumises à la directive 85/611/CEE

Art. 21

Les articles 4 à 20 du présent arrêté ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif relevant du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen qui ne tombent pas dans le champ d'application de la directive 85/611/CEE en vertu des articles 1 et 2 de cette directive.

Les succursales et les activités de prestation de services en Belgique de ces sociétés de gestion sont soumises aux dispositions des titres III et IV et des articles 22 à 34 du présent arrêté."

Ainsi apparaît la distinction, qui doit déterminer la structure de l'arrêté, entre les sociétés auxquelles s'applique la directive et celles auxquelles elle n'est pas applicable en vertu de ses articles premier et 2. La section de législation observe en outre, incidemment, qu'un simple renvoi à ces deux articles de la directive doit être évité, car insuffisant pour en assurer la transposition effective ⁽²⁾ : il est préférable de reproduire les dispositions pertinentes de ces deux articles de la directive dans l'arrêté en projet.

La distinction précitée doit être opérée dès le début de l'arrêté en projet, par des dispositions introductives réglant le champ d'application des divisions subséquentes du dispositif, suivant qu'elles s'appliquent aux sociétés de gestion soumises à la directive ou non, en lieu et place du critère retenu dans le projet, mais insuffisant c'est-à-dire suivant qu'elles relèvent ou non du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen.

⁽²⁾ *Ibidem*, recommandation n° 183, p. 113; voir aussi, ci-après, le point 3.

Les articles seront groupés en chapitres, eux-mêmes divisés en sections, si nécessaire; toutes les divisions groupant les articles seront numérotées en chiffres arabes, suivis d'un point; dans le texte français, la première division de chaque groupement d'articles sera désignée par le nombre ordinal "1^{er}" ou "1^{re}" - "Chapitre 1^{er}." et Section" 1^{re}." ⁽³⁾.

2.2. Le dispositif pourrait dès lors schématiquement se présenter comme suit :

"Chapitre 1^{er}.- Définitions et champ d'application.

Article 1^{er}

Cet article comporterait les deux définitions figurant à l'article 3 du projet, auxquelles il conviendrait d'ajouter celle de "société de gestion" : toute société dont l'activité habituelle est la gestion d'organismes de placement collectif prenant la forme de fonds communs de placement et/ou de sociétés d'investissement ⁽⁴⁾ et qui a son siège statutaire ⁽⁵⁾ dans un État, ci-après dénommé "État d'origine", autre que la Belgique. Il conviendrait en outre d'introduire, avant cette définition, comme recommandé plus haut, celle d'"organismes de placement collectif" en reproduisant les éléments pertinents de la définition des organismes de placement collectif en valeurs mobilières empruntés aux articles premier et 2 de la directive.

⁽³⁾ *Ibidem*, recommandations n^{os} 62 et 64, pp. 56-57.

⁽⁴⁾ Article 1^{er}*bis*, point 2), de la directive; cf., en droit belge, l'article 3, 11/, de la loi.

⁽⁵⁾ Article 1^{er}*bis*, point 3), de la directive.

Article 2

Vu la technicité de la matière et la multiplicité des aspects régis par le projet, l'article 2 pourrait définir le champ d'application des différents chapitres en indiquant que :

- le chapitre 2 règle le statut et le contrôle des succursales et des activités de prestation de services en Belgique des sociétés de gestion agréées ⁽⁶⁾ dans leur État d'origine ⁽⁷⁾ conformément à la directive, en mentionnant expressément que ce chapitre la transpose partiellement;
- le chapitre 3 règle le statut et le contrôle des succursales en Belgique des autres sociétés de gestion;
- le chapitre 4 règle le statut et le contrôle des activités de prestation de services en Belgique des autres sociétés de gestion.

Chapitre 2 - Succursales et activités de prestation de services en Belgique des sociétés de gestion agréées dans leur État d'origine conformément à la directive.

Ce chapitre reprendrait les sections 1^{re} à 5 correspondant aux chapitres I^{er} à V du titre II du projet, en adaptant la numérotation des articles.

⁽⁶⁾ L'article 6 de la directive dispose en effet comme suit :
"1. Les États membres veillent à ce que les sociétés de gestion agréées par les autorités compétentes d'un autre État membre conformément à la présente directive puissent exercer sur leur territoire l'activité pour laquelle elles ont reçu l'agrément, tant par la création d'une succursale qu'au titre de la libre prestation de services.
2. Les États membres ne peuvent soumettre la création d'une succursale ou la prestation de services à l'obligation d'obtenir un agrément ou à celle de fournir un capital de dotation ou à toute autre mesure d'effet équivalent."

⁽⁷⁾ L'article 5, paragraphe 1, de la directive dispose comme suit :
"L'accès à l'activité des sociétés de gestion est subordonné à un agrément officiel préalable délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'origine. L'agrément accordé à une société de gestion sur la base de la présente directive vaut pour tous les États membres."

Chapitre 3 - Succursales en Belgique des autres sociétés de gestion.

Ce chapitre couvrirait les sections 1^{re} à 4 correspondant aux chapitres I^{er} à IV du titre III du projet, en adaptant la numérotation des articles.

Chapitre 4 - Activités de prestation de services en Belgique des autres sociétés de gestion.

Ce chapitre comporterait les dispositions correspondant à celles du titre IV du projet, en adaptant la numérotation des articles.

Chapitre 5 - Dispositions transitoires, modificatives, abrogatoires et exécutoire.

Ce chapitre intégrerait les sections 1^{re} à 3 correspondant aux chapitres I^{er} à III du titre V du projet, l'intitulé de la section 3 devenant « Exécutoire », la numérotation des articles devant être adaptée.".

3. Les articles 4, 5, 35 et 36 du projet procèdent par renvois à certaines des dispositions de la directive.

La recommandation n/ 183 visée dans la note 2 déconseille de telles références à des dispositions d'une directive, lorsqu'elles visent à les rendre applicables dans le droit interne sans en reproduire le contenu, car cette technique présente le risque de ne pas suffire à y garantir leur transposition effective.

La transposition par référence à la directive telle qu'elle est utilisée par le projet n'est dès lors admissible que si le texte fait référence à la transposition de la directive dans les autres États membres de l'Union européenne, par exemple pour identifier l'autorité compétente que chaque État membre doit désigner ou créer pour veiller à l'application des règles énoncées dans la directive ⁽⁸⁾.

Les dispositions précitées du projet seront complétées le cas échéant.

4. Les observations particulières qui suivent s'inscrivent dans la ligne des observations générales qui précèdent.

Observations particulières

Préambule

Alinéa 1^{er}

Cet alinéa doit être omis, car il ne convient pas de citer comme fondement juridique d'un arrêté une directive européenne. Les arrêtés comportant des mesures de transposition d'une directive trouvent en effet leur fondement juridique dans un acte de droit interne et non dans cet acte de droit européen ⁽⁹⁾.

En revanche, il y a lieu de mentionner la référence à la directive transposée dans un article du dispositif, comme c'est le cas dans l'article 1^{er} du projet ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Comme il n'est pas possible de mentionner chacune de ces autorités dans les normes de droit interne de chaque État membre séparément, il faut renvoyer à l'autorité compétente indiquée dans la disposition de la directive concernée.

⁽⁹⁾ *"Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires"*, loc. cit., onglet "Technique législative", recommandation n/ 24, p. 41.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, recommandation n/ 94, pp. 68-69; voir toutefois ci-après les observations concernant l'article 1^{er} du projet.

Alinéa 2

Doivent être mentionnées, à la fin de cet alinéa - qui devient donc le premier, vu l'observation précédente -, les subdivisions d'articles qui constituent des fondements juridiques précis du projet, ainsi que les modifications encore en vigueur que ces subdivisions pertinentes ont subies ⁽¹¹⁾. Il convient par conséquent d'écrire "[...], les articles 203, § 1^{er}, et 204, § 1^{er}, modifiés par la loi du 16 juin 2006;".

Examen du projet

Dispositif

Article 3

Au 2/, la définition de la directive, qui vaudra pour l'ensemble du projet, doit mentionner de manière précise non seulement la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), mais aussi les modifications apportées à cette directive, qui font l'objet de la transposition opérée par le projet.

Article 4

Au début de l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de viser les sociétés de gestion agréées par les autorités compétentes de leur État d'origine conformément à la directive et de prévoir qu'elles peuvent, par la création d'une succursale, commencer à exercer en Belgique les activités pour lesquelles elles ont reçu l'agrément dans leur État d'origine, dès la notification prévue à la fin de cet alinéa.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, recommandation n/ 27, p. 42.

L'alinéa 2 doit être revu en conséquence, étant notamment entendu qu'il convient d'y viser les autorités compétentes - au lieu des "autorités de contrôle" - de l'État d'origine, comme c'est le cas dans l'article 6bis de la directive. Cette observation vaut également pour la suite du projet.

Les mêmes observations valent pour l'article 5, dont la rédaction sera adaptée en conséquence.

Article 5

À l'alinéa 2, plutôt que de renvoyer à la notification de l'intention d'exercer une activité en Belgique, il convient de prévoir la communication faite par l'autorité compétente de l'État membre d'origine à la CBFA prévue à l'alinéa 1^{er} de la disposition examinée.

Article 7

Comme c'est le siège "statutaire" qui détermine l'État d'origine pour l'application de la directive, c'est donc lui qui doit être mentionné tant dans la version française que dans la version néerlandaise.

Article 9

À l'alinéa 2, dans un souci de sécurité juridique et de transparence, il y a lieu d'omettre les mots "à sa connaissance", dont le rapport au Roi ne fait d'ailleurs pas mention.

Article 14

1. À l'alinéa 1^{er}, afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, il convient de remplacer les mots "Les dirigeants" par les mots "Les administrateurs et les gérants" ⁽¹²⁾.

2. Au même alinéa, dans la version française, il convient d'écrire "agréés" et non "agrées", étant donné que tant les sociétés que les réviseurs doivent être agréés.

Article 20

1. Le commentaire de cet article dans le rapport au Roi indique qu'il

"énumère les dispositions pénales de la loi du 20 juillet 2004 applicables aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif de l'Espace économique européen, ainsi qu'à leurs administrateurs, gérants, ou directeurs".

Pareille extension, par arrêté royal, de dispositions pénales à des personnes que le législateur n'a pas lui-même soumis à leur application, ne se concilie toutefois guère avec le principe de la légalité des incriminations découlant des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution.

Dans leur rédaction actuelle, les articles 203 et 204 de la loi du 20 juillet 2004, précitée, ne semblent en effet pas comporter de dispositions susceptibles de rendre une telle extension, par arrêté d'exécution, compatible avec ce principe constitutionnel.

2. La même observation vaut pour les articles 26, 2/, et 34.

⁽¹²⁾ Voir d'ailleurs l'article 20, § 1^{er}, 3/, du projet.

Article 23

Au 2/, dans la version française, il convient, comme dans la version néerlandaise, d'écrire "qui représentent au moins 5 % du capital ou des droits de vote".

Article 27

Au début de l'alinéa 1^{er}, du paragraphe 1^{er}, il convient de viser les autres sociétés de gestion.

D'autre part, dans ce même paragraphe, le texte des points g) et h) est incomplet.

La version néerlandaise du point i) présente le même défaut.

Articles 35 et 36

Ces deux articles s'appliquent aux sociétés de gestion visées, respectivement, aux articles 4, alinéa 1^{er}, et 5, alinéa 1^{er}.

Articles 40 à 42

Il convient de remplacer, dans ces articles, les mots "de l'arrêté royal du 20 décembre 1995 relatif aux entreprises d'investissement étrangères" par "du même arrêté".

Il y a en outre lieu de préciser, dans l'article 41, que l'article 23, alinéa 4, de cet arrêté a été remplacé par l'arrêté royal du 3 juin 2007 et, dans la phrase liminaire de l'article 42, que le paragraphe 1^{er}, de l'article 25 du même arrêté y a été inséré par l'arrêté royal du 7 juillet 1999 et a ensuite été modifié par les arrêtés royaux des 20 juillet 2000 et 3 juin 2007.

Article 43

L'exécutoire doit être rédigé comme suit :

"Le ministre qui a les Finances dans ses attributions est chargé de l'exécution du présent arrêté."

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.830/2
VAN 9 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 13 januari 2009 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 "betreffende de buitenlandse beheerverenootschappen van 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.

Voorafgaande opmerkingen

In het tweede en het derde lid van de aanhef worden, als rechtsgrond van het ontwerp, de artikelen 203 en 204 van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles genoemd, alsook - wat de bepalingen tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 december 1995 betreffende de buitenlandse beleggingsondernemingen betreft, die de artikelen 39 tot 42 van het ontwerp vormen, - de artikelen 110 en 111 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen.

Overeenkomstig paragraaf 1 van de artikelen 203 en 204 van de voornoemde wet van 20 juli 2004, regelt de Koning, "na advies van de CBFA", het statuut van en het toezicht op de bijkantoren en de dienstverrichtingen in België van beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte of onder het recht van staten die daarvan geen lid zijn.

Ook de artikelen 110 en 111 van de voornoemde wet van 6 april 1995 bepalen dat de Koning "na advies van de toezichthoudende overheid" het statuut van en het toezicht op de bijkantoren en de dienstverrichtingen in België regelt van beleggingsondernemingen die onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Gemeenschap ressorteren of onder het recht van staten die daarvan geen lid zijn. Luidens artikel 46, 30/, van dezelfde wet moet onder "toezichthoudende overheid", de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen worden verstaan.

.../...

Die Commissie moet bijgevolg over het hele ontwerp een advies uitbrengen. Dat advies wordt overigens genoemd in het vijfde lid van de aanhef, zonder vermelding van de datum evenwel. In de adviesaanvraag gericht aan de afdeling wetgeving wordt daarvan geen gewag gemaakt en bij die aanvraag is geen kopie van dat advies gevoegd.

Er moet dus voor gezorgd worden dat dat vormvereiste wordt vervuld.

Algemene opmerkingen

1. In het verslag aan de Koning gevoegd bij het ontwerp staat het volgende :

"Voor de beheerverenootschappen van instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte (hierna «beheerverenootschappen van instellingen voor collectieve belegging uit de Europese Economische Ruimte» genoemd) en die binnen het toepassingsgebied van richtlijn 85/611/EEG vallen, zorgt dit besluit voor de omzetting in Belgisch recht van diverse bepalingen van die richtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot wijziging van richtlijn 85/611/EEG, met de bedoeling een reglementering in te voeren voor beheerverenootschappen en vereenvoudigde prospectussen. Met dit besluit worden meer bepaald de artikelen 6, 6*bis*, leden 4 tot 6, 6*ter*, leden 3 en 4, 6*quater*, leden 1 tot 6 en 8 tot 10, alsook de artikelen 52*bis*, lid 2, en 52*ter* van richtlijn 85/611/EEG in Belgisch recht omgezet."

Daarom staat in artikel 1 van het ontwerp dat dit besluit "in de gedeeltelijk omzetting" van die richtlijn voorziet en wordt in de commentaar die in het verslag aan de Koning gegeven wordt bij de artikelen 4 tot 6 en 8 tot 17, nauwkeuriger aangegeven welke bepalingen van die richtlijn bij die artikelen worden omgezet.

Het zou evenwel wenselijk zijn een overzicht van die informatie te geven in de vorm van een dubbele omzettingstabel, die als bijlage bij het verslag aan de Koning wordt gevoegd, waarbij wordt aangegeven met welke (onderdelen van de) artikelen van

de richtlijn de (onderdelen van de) artikelen van het ontworpen besluit die in de omzetting daarvan voorzien, overeenstemmen, en omgekeerd ⁽¹⁾.

2.1. Uit het bovenstaande blijkt overigens dat de richtlijn voornamelijk wordt omgezet in de eerste vijf hoofdstukken van titel II. Die titel omvat immers een extra hoofdstuk, dat luidt als volgt :

"HOOFDSTUK VI - Bijkantoren en dienstverrichtingen in België van beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging die niet onder richtlijn 85/611/EEG vallen

Art. 21

De artikelen 4 tot 20 van dit besluit zijn niet van toepassing op de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte die niet binnen het toepassingsgebied van richtlijn 85/611/EEG vallen op grond van de artikelen 1 en 2 van deze richtlijn. Voor de bijkantoren en de dienstverrichtingen in België van deze beheervennootschappen zijn de bepalingen van Titels III en IV en van de artikelen 22 tot 34 van dit besluit van toepassing."

Zo blijkt het onderscheid, dat bepalend moet zijn voor de structuur van het besluit, tussen vennootschappen waarop de richtlijn van toepassing is en vennootschappen waarop ze, krachtens de artikelen 1 en 2 ervan, niet van toepassing is. De afdeling wetgeving wijst er bovendien terloops op dat een loutere verwijzing naar die twee artikelen van de richtlijn vermeden moet worden, aangezien zulks niet toereikend is om deze daadwerkelijk om te zetten ⁽²⁾: het zou beter zijn de relevante bepalingen van die twee artikelen van de richtlijn over te nemen in het ontworpen besluit.

⁽¹⁾ *Beginsel van de wetgevingstechniek* - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, te raadplegen op de website van de Raad van State, <http://www.raadvst-consetat.be>, tab "Wetgevingstechniek", aanbevelingen 191 en 194, blz. 118; zie het jaarverslag van de Raad van State voor het jaar 2005-2006, inz. nrs. 16 en 17, www.raadvst-consetat.be.

⁽²⁾ *Ibidem*, aanbeveling 183, blz. 113; zie ook verder, punt 3.

Het voornoemde onderscheid moet reeds in het begin van het ontworpen besluit worden gemaakt, in inleidende bepalingen die de werkingssfeer van de opeenvolgende onderdelen van het dispositief regelen naargelang ze al dan niet gelden voor beheerverenootschappen die onder de richtlijn vallen, en niet op basis van het criterium dat in het ontwerp wordt gehanteerd maar niet toereikend is, namelijk naargelang ze al dan niet onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte vallen.

De artikelen moeten in hoofdstukken worden gegroepeerd, die desnoods op hun beurt in afdelingen moeten worden onderverdeeld; alle indelingen tot groepering van artikelen moeten genummerd worden in Arabische cijfers, gevolgd door een punt; in het Frans wordt de eerste indeling van een groepering van artikelen aangegeven met de rangtelwoorden "1er" of "1ère" - "Chapitre 1er." en "Section 1ère." ⁽³⁾.

2.2. Het dispositief zou er bijgevolg in grote lijnen als volgt uit kunnen zien :

"Hoofdstuk 1. - Definities en werkingssfeer.

Artikel 1

Dit artikel zou de twee definities die in artikel 3 van het ontwerp staan omvatten, waaraan de definitie van «beheerverenootschap» moet worden toegevoegd : een vennootschap waarvan de normale werkzaamheden bestaan in het beheren van instellingen voor collectieve belegging in de vorm van unit trusts/beleggingsfondsen en/of beleggingsmaatschappijen ⁽⁴⁾ en waarvan de statutaire zetel ⁽⁵⁾ gevestigd is in een andere staat, hierna «staat van herkomst» te noemen, dan België. Bovendien dient vóór deze definitie, zoals hierboven reeds is aanbevolen, de definitie ingevoegd te worden van «instellingen voor collectieve belegging», waarbij de relevante gegevens van de definitie van instellingen voor collectieve belegging in effecten, zoals die in de artikelen 1 en 2 van de richtlijn staat, overgenomen worden.

⁽³⁾ *Ibidem*, aanbevelingen 62 en 64, blz. 56-57.

⁽⁴⁾ Artikel 1bis, punt 2 van de richtlijn; cf., in het Belgische recht, artikel 3, 11/, van de wet.

⁽⁵⁾ Artikel 1bis, punt 3 van de richtlijn.

Artikel 2

Gezien het bijzonder technische karakter van de materie en de vele aspecten die in het ontwerp geregeld worden, zou artikel 2 de werkingssfeer van de verschillende hoofdstukken kunnen definiëren door aan te geven dat :

- hoofdstuk 2 het statuut van en het toezicht op de bijkantoren en de dienstverrichtingen in België van de beheerverenootschappen regelt waaraan overeenkomstig de richtlijn een vergunning is verleend ⁽⁶⁾ in hun staat van herkomst ⁽⁷⁾, met de uitdrukkelijke vermelding dat dat hoofdstuk de richtlijn gedeeltelijk omzet;
- hoofdstuk 3 het statuut van en het toezicht op de bijkantoren in België van de overige beheerverenootschappen regelt;
- hoofdstuk 4 het statuut van en het toezicht op dienstverrichtingen in België van de overige beheerverenootschappen regelt.

⁽⁶⁾ Artikel 6 van de richtlijn bepaalt immers het volgende :
"1. De lidstaten dragen er zorg voor dat een beheermaatschappij waaraan de bevoegde autoriteiten van een andere lidstaat overeenkomstig het bepaalde in deze richtlijn een vergunning hebben verleend, op hun grondgebied de onder deze vergunning vallende werkzaamheden zowel door middel van het vestigen van een bijkantoor als door middel van het vrij verrichten van diensten mag uitoefenen.
2. De lidstaten mogen de vestiging van een bijkantoor of het verrichten van diensten niet afhankelijk stellen van een vergunning en evenmin onderwerpen aan bijkomende verplichtingen ten aanzien van eigen kapitaal of aan maatregelen van gelijke werking."

⁽⁷⁾ Artikel 5, lid 1, van de richtlijn bepaalt het volgende :
"De toegang tot de werkzaamheden van beheermaatschappijen wordt afhankelijk gesteld van een voorafgaande officiële vergunning die door de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst wordt verleend. Een krachtens deze richtlijn aan een beheermaatschappij verleende vergunning is geldig in alle lidstaten."

Hoofdstuk 2 - Bijkantoren en dienstverrichtingen in België van de beheerverenootschappen waaraan overeenkomstig de richtlijn een vergunning is verleend in hun staat van herkomst

In dit hoofdstuk zouden de afdelingen 1 tot 5 komen die overeenstemmen met de hoofdstukken I tot V van titel II van het ontwerp, met vernummering van de artikelen.

Hoofdstuk 3 - Bijkantoren in België van de overige beheerverenootschappen

In dit hoofdstuk zouden de afdelingen 1 tot 4 komen, die overeenstemmen met de hoofdstukken I tot IV van titel III van het ontwerp, met de vernummering van de artikelen.

Hoofdstuk 4 - Dienstverrichtingen in België van de overige beheerverenootschappen

In dit hoofdstuk zouden de bepalingen worden opgenomen die overeenstemmen met die van titel IV van het ontwerp, met de vernummering van de artikelen.

Hoofdstuk 5 - Overgangs-, wijzigings-, opheffings- en uitvoeringsbepalingen

In dit hoofdstuk zouden de afdelingen 1 tot 3 komen die overeenstemmen met de hoofdstukken I tot III van titel V van het ontwerp, waarbij het opschrift van afdeling 3 «Uitvoeringsbepaling» zou worden en de artikelen zouden worden vernummerd."

3. In de artikelen 4, 5, 35 en 36 van het ontwerp wordt te werk gegaan door verwijzing naar sommige bepalingen van de richtlijn.

In aanbeveling 183, genoemd in voetnoot 2, worden zulke verwijzingen naar bepalingen van een richtlijn afgeraden wanneer ze ertoe strekken die bepalingen van toepassing te maken in het interne recht zonder de inhoud daarvan over te nemen, omdat die werkwijze mogelijk niet voldoende is om een effectieve omzetting van de richtlijn in het interne recht te waarborgen.

Omzetting door verwijzing naar de richtlijn, zoals geschiedt in het ontwerp, is dan ook slechts aanvaardbaar als in de tekst verwezen wordt naar de omzetting van de richtlijn in de overige lidstaten van de Europese Unie, bijvoorbeeld om de bevoegde overheid aan te geven die elke lidstaat moet aanwijzen of oprichten om toe te zien op de toepassing van de regeling in de richtlijn ⁽⁸⁾.

De voornoemde bepalingen van het ontwerp moeten in voorkomend geval worden aangevuld.

4. De hiernavolgende bijzondere opmerkingen sluiten aan bij de bovenstaande algemene opmerkingen.

Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Eerste lid

Dit lid moet vervallen, daar een Europese richtlijn niet als rechtsgrond van een besluit behoort te worden vermeld. Besluiten waarbij maatregelen ter omzetting van een richtlijn worden uitgevaardigd, vinden immers rechtsgrond in internrechtelijke regelgeving en niet in deze Europeesrechtelijke regelgeving ⁽⁹⁾.

Er moet echter wel naar de omgezette richtlijn worden verwezen in een artikel van het dispositief, zoals geschiedt in artikel 1 van het ontwerp ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Omdat men bezwaarlijk kan verwijzen naar elk van deze overheden in de interne rechtsregels van elke lidstaat afzonderlijk, moet men verwijzen naar de bevoegde overheid bedoeld in de betrokken richtlijnbeepaling.

⁽⁹⁾ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, loc. cit., tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling nr. 24, blz. 41.*

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, aanbeveling 94, blz. 68-69; zie evenwel verder de opmerkingen over artikel 1 van het ontwerp.

Tweede lid

Aan het einde van dit lid - dat gezien de bovenstaande opmerking dus het eerste lid wordt - moeten de onderverdelingen van artikelen die de juiste rechtsgrond van het ontwerp vormen worden vermeld, en de nog van kracht zijnde wijzigingen die de relevante onderverdelingen hebben ondergaan ⁽¹¹⁾. Men schrijve dus "[...], de artikelen 203, § 1, en 204, § 1, gewijzigd bij de wet van 16 juni 2006;".

Onderzoek van het ontwerpDispositiefArtikel 3

In onderdeel 2/ dient in de definitie van de richtlijn, die voor het gehele ontwerp zal gelden, nauwkeurig melding te worden gemaakt van niet alleen richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), maar ook van de wijzigingen die in die richtlijn zijn aangebracht, die betrokken zijn bij de omzetting die bij het ontwerp tot stand wordt gebracht.

Artikel 4

Vooraan in het eerste lid behoort te worden verwezen naar de beheervennootschappen waaraan de bevoegde autoriteiten van hun lidstaat van herkomst overeenkomstig de richtlijn een vergunning hebben verleend en dient te worden bepaald dat ze door het vestigen van een bijkantoor in België de werkzaamheden waarvoor ze in hun staat van herkomst een vergunning hebben verkregen mogen beginnen uit te oefenen vanaf de kennisgeving waarvan achteraan in dat lid sprake is.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, aanbeveling 27, blz. 42.

Het tweede lid behoort dienovereenkomstig te worden herzien, waarbij daarin inzonderheid dient te worden verwezen naar de bevoegde autoriteiten - in plaats van naar de "toezichthoudende autoriteiten" - van de lidstaat van herkomst, zoals het geval is in artikel 6bis van de richtlijn. Deze opmerking geldt eveneens voor de rest van het ontwerp.

Deze opmerkingen gelden eveneens voor artikel 5, waarvan de redactie dienovereenkomstig moeten worden aangepast.

Artikel 5

In het tweede lid behoort niet te worden verwezen naar de mededeling van het voornemen om in België werkzaamheden te verrichten, maar naar de mededeling door de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst aan de CBFA, waarvan sprake is in het eerste lid van de onderzochte bepaling.

Artikel 7

Aangezien de "statutaire" zetel doorslaggevend is voor het bepalen van de lidstaat van herkomst voor de toepassing van de richtlijn, is het dan ook de statutaire zetel die zowel in de Nederlandse als in de Franse tekst behoort te worden vermeld.

Artikel 9

In het tweede lid dienen de woorden "naar haar weten", waarvan overigens geen melding wordt gemaakt in het verslag aan de Koning, te worden weggelaten ter wille van de rechtszekerheid en de helderheid.

Artikel 14

1. In het eerste lid dienen de woorden "De leiders" te worden vervangen door de woorden "De bestuurders en de zaakvoerders" ⁽¹²⁾, teneinde voor meer rechtszekerheid te zorgen.

2. In de Franse tekst van hetzelfde lid dient "agrées" te worden geschreven in plaats van "agréées", aangezien zowel de vennootschappen als de revisoren erkend moeten zijn.

Artikel 20

1. In het verslag aan de Koning wordt in de commentaar bij dit artikel aangegeven dat het

"een opsomming (bevat) van de strafbepalingen van de wet van 20 juli 2004 die van toepassing zijn op de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging uit de Europese Economische Ruimte, en op hun bestuurders, zaakvoerders of directeuren".

Een dergelijke uitbreiding, bij koninklijk besluit, van het toepassingsgebied van strafbepalingen tot personen die de wetgever daartoe niet zelf gerekend heeft, gaat evenwel nauwelijks samen met het beginsel van de wettelijkheid van de strafbaarstellingen, dat voortvloeit uit de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet.

In hun huidige redactie lijken de artikelen 203 en 204 van de voormelde wet van 20 juli 2004 immers geen bepalingen te bevatten die een dergelijke uitbreiding, bij een uitvoeringsbesluit, verenigbaar kunnen maken met dat grondwettelijk beginsel.

2. Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 26, 2/, en 34.

⁽¹²⁾ Zie overigens artikel 20, § 1, 3/, van het ontwerp.

Artikel 23

In de Franse tekst van onderdeel 2/ behoort, zoals in de Nederlandse tekst, "qui représentent au moins 5 % du capital ou des droits de vote" te worden geschreven.

Artikel 27

Vooraan in paragraaf 1, eerste lid, behoort te worden verwezen naar de andere beheerverenootschappen.

Voorts is in dezelfde paragraaf de tekst van de punten g) en h) onvolledig.

De Nederlandse tekst van punt i) vertoont hetzelfde gebrek.

Artikelen 35 en 36

Deze beide artikelen zijn van toepassing op de beheerverenootschappen waarvan sprake is in respectievelijk artikel 4, eerste lid, en artikel 5, eerste lid.

Artikelen 40 tot 42

In deze artikelen dienen de woorden "van het koninklijk besluit van 20 december 1995 betreffende de buitenlandse beleggingsondernemingen" te worden vervangen door de woorden "van hetzelfde besluit".

Voorts dient in artikel 41 te worden aangegeven dat artikel 23, vierde lid, van dat besluit vervangen is bij het koninklijk besluit van 3 juni 2007, en in de inleidende zin van artikel 42 dat artikel 25, § 1, van datzelfde besluit ingevoegd is bij het koninklijk besluit van 7 juli 1999 en naderhand gewijzigd is bij de koninklijke besluiten van 20 juli 2000 en 3 juni 2007.

Artikel 43

De uitvoeringsbepaling behoort als volgt te worden gesteld :

"De minister bevoegd voor Financiën is belast met de uitvoering van dit besluit."

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouwen	A. WEYEMBERGH,	
	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