

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.442/2
DU 14 DÉCEMBRE 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 17 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, ainsi que la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale de Belgique, et portant des dispositions diverses", a donné l'avis suivant :

Observation préalable

Selon les informations communiquées au Conseil d'État, la Banque centrale européenne est consultée pour le moment sur l'avant-projet de loi.

C'est sous réserve de ce dernier avis que le présent avis est donné.

Pour la parfaite information du Parlement, il conviendrait de joindre l'avis de la Banque centrale européenne au projet de loi.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

L'article 2 a notamment pour objet de compléter le premier alinéa de l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers par une définition de ce qu'il y a lieu d'entendre, pour l'application de cette loi, par "établissements financiers systémiques".

Cette définition recourt toutefois à certains concepts qui ne sont pas eux-mêmes définis dans cet article 2 : tel est ainsi le cas des "compagnies financières", "compagnies financières mixtes" et "sociétés holding d'assurances", ainsi que pour "les organismes financiers ou les organismes assimilés jouant un rôle prépondérant sur le territoire belge dans les opérations de conservation, de compensation ou de règlement-titres".

Ces lacunes doivent être comblées, éventuellement par référence à d'autres dispositions législatives comportant déjà une définition appropriée de ces concepts.

Il faut, en outre, relever une divergence entre les versions néerlandaise et française, qui parlent respectivement, d'une part, de "financiële holdings" et de "gemengde financiële holdings" et, d'autre part, de "compagnies financières" et de "compagnies financières mixtes".

.../...

Article 3

1. La "consultation ouverte" est définie à l'article 2, alinéa 1^{er}, 18/, de la loi du 2 août 2002, de sorte que la référence à l'article 64, alinéa 2, de cette même loi n'est pas pertinente.

2. Les termes "d'autres intermédiaires" manquent de clarté. L'article 2, alinéa 1^{er}, 9/ et 10/, de la loi du 2 août 2002 définit l'"intermédiaire financier" et l'"intermédiaire qualifié" mais, selon le commentaire que l'exposé des motifs consacre à l'article 28^{ter} en projet, les "autres intermédiaires" que cet article vise appartiendraient au "secteur des assurances". Le dispositif en projet doit donc être précisé sur ce point.

3. L'article 3 insère dans la loi du 2 août 2002 un article 28^{ter} dont la dernière phrase fait référence à "l'harmonisation des règles de conduite (...) au sein de la Communauté européenne".

Le concept de "règles de conduite" pouvant s'avérer trop restrictif eu égard aux travaux en cours au plan de la Communauté européenne, il est suggéré, conformément à l'exposé de motifs, de parler de "l'harmonisation de la réglementation en question au sein de la Communauté européenne".

4. La question se pose de savoir si les arrêtés qu'adoptera le Roi sur la base de la disposition à l'examen ne devraient pas faire l'objet d'une confirmation législative parce qu'il s'agit d'une extension du champ d'application de la loi.

Article 4

L'article 4 complète l'article 29 de la loi du 2 août 2002 par l'ajout d'un 5/ qui autorise le Roi à "arrêter des règles (...) en tenant compte des évolutions et des tendances observées au niveau international".

Cette référence est peu précise. Elle l'est d'autant moins que l'exposé des motifs renvoie, d'une part, à ce qui a été fait dans d'autres pays européens et, d'autre part, aux travaux du Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CESR).

Ne serait-il dès lors pas plus judicieux de remplacer le membre de phrase final de l'article 29, 5/ en projet par "en tenant compte de l'état d'avancement de l'harmonisation de la réglementation en question au sein de la Communauté européenne" et ce, par analogie au texte en projet concernant l'article 28^{ter} ?

Article 8

1. L'article 8 introduit dans la loi du 2 août 2002 précitée un article 48/1, qui a trait à la Commission des sanctions.

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 1/, en projet, il convient de lire "Premier Président" au lieu de "Président".

Selon le même alinéa, au 4/, outre six magistrats, le Roi désigne "quatre autres membres".

L'exposé des motifs précise à propos de ces derniers qu'"on peut s'attendre à ce qu'ils puissent se prévaloir d'une compétence financière et juridique ainsi que d'une expérience dans le domaine des services financiers".

Les termes "on peut s'attendre" sont particulièrement peu précis et ne permettent pas de savoir si les quatre membres en question doivent avoir ou non la compétence et l'expérience dont il est question ci-avant.

Si tel est le cas, il y aurait lieu de le préciser dans le texte même de la loi.

2. Le paragraphe 3 de l'article 48/1 en projet traite en son antépénultième alinéa des conflits d'intérêt.

.../...

Il restreint néanmoins ceux-ci aux conflits "de nature patrimoniale et familiale" susceptibles d'exercer une influence sur l'opinion des membres de la Commission des sanctions.

La raison de cette limitation n'est pas explicitée dans l'exposé des motifs. Est-ce à dire que par exemple un conflit d'intérêt de nature professionnelle ne soit pas à prendre en compte ?

Si telle n'est pas l'intention du législateur, il y aurait lieu de supprimer les mots "de nature patrimoniale ou familiale" et de s'en tenir à "une affaire dans laquelle ils ont un intérêt personnel susceptible d'exercer une influence sur leur opinion".

3. Au paragraphe 3, alinéa 8, il est prévu que le règlement de procédure sera fixé sous la forme d'un "règlement d'ordre intérieur" par la Commission des sanctions.

Ces règles devraient faire l'objet d'une approbation par arrêté royal.

Article 9

L'article 9 modifie l'article 49 de la loi du 2 août 2002 précitée.

Le paragraphe 3 en projet permet au Comité de direction de la CBFA, dans l'intérêt des consommateurs, de "prévoir une interdiction ou des modalités plus précises concernant la négociation de produits d'investissement de détail (...)".

Les termes "modalités plus précises" ne sont pas clairs. L'exposé des motifs parle quant à lui de subordonner la négociation de certains produits "à des conditions restrictives". Ces derniers termes devraient être préférés.

Article 16

Aux termes de l'article 70, § 1^{er}, alinéa 2, en projet,

"Lorsque l'auditeur a décidé de l'ouverture d'une enquête, seuls les avocats peuvent opposer leur secret professionnel à la CBFA".

L'opposabilité du secret professionnel ne peut dépendre de la seule décision de l'auditeur d'ouvrir une enquête. La levée de ce secret devrait obéir à des garanties accrues.

En outre, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier pour quels motifs d'autres professions que celle d'avocat ne bénéficient pas de la même garantie absolue du secret professionnel. La question se pose par exemple en ce qui concerne les juristes d'entreprise, pour lesquels l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise prévoit la confidentialité des avis à leur employeur.

Articles 17 à 21

Dans son avis 46.870/2, donné le 8 juillet 2009 sur un avant-projet de loi "relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement", la section de législation du Conseil d'État formule notamment les observations particulières suivantes :

"Les articles 50 et 51, situés dans le titre IV, intitulé «Sanctions», de l'avant-projet organisent respectivement des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques.

Dès lors que, compte tenu de leur objet et de leur portée, les mesures envisagées par l'article 50, en tout cas celles qui sont prévues par le paragraphe 3 de cette disposition, peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il importe que soit respecté le principe «*non bis in idem*» consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 14, § 7, du Pacte précité et qui constitue, en droit interne, «une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit»⁽¹⁾. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

⁽¹⁾ *Note infrapaginale 12 de l'avis cité* : J. VELU et R. ERGEC, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

Dans son avis 33.182/2 précité qui contenait des dispositions analogues à celles faisant l'objet des dispositions à l'examen, la section de législation du Conseil d'État a fait état des difficultés que suscitait cette possibilité de cumul de sanctions ⁽²⁾.

Cet avis relevait une évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interprétation de ce principe : après que, dans un premier temps, la Cour ait considéré que le principe «*non bis in idem*» était violé dès lors qu'un «même comportement» avait fait l'objet à la fois d'une sanction administrative et d'une sanction pénale ⁽³⁾, elle a considéré plus tard qu'un même fait pouvait donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes ⁽⁴⁾.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾, mais, récemment, par un arrêt rendu en Grande Chambre le 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme est revenue à sa conception première : elle y déclare que «l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris, comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une

⁽²⁾ *Note infrapaginale 13 de l'avis cité* : Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n^{os} 50-1842/1 et 50-1843/1, spéc. pp. 250 à 252.

⁽³⁾ *Note infrapaginale 14 de l'avis cité* : Cour eur. dr. h., Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.

⁽⁴⁾ *Note infrapaginale 15 de l'avis cité* : Cour eur. dr. h., Oliveira c. Suisse, 30 juillet 1998.

⁽⁵⁾ *Note infrapaginale 16 de l'avis cité* : voir notamment l'arrêt Ponsetti et Chesnel c. France du 14 septembre 1999 de la Cour européenne des droits de l'homme, également cité dans l'avis 33.182/2, précité, du Conseil d'État. Sur ces questions, cons. J. PUT, "Bis sed non idem", R.W., 2001-2002, p. 941, n° 18; Ch. KARAKOSTA, "Ne bis in idem : une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible", Rev. trim. dr. h., 2008, pp. 25 et s.; H. MOCK, "Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits", note sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, Rev. trim. dr. h., 2009, pp. 866 à 881.

⁽⁶⁾ *Note infrapaginale 17 de l'avis cité* : La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même admis que la diversité des approches adoptées par cette jurisprudence avait été la "source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental" (Cour eur. dr. h., Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, §§ 70 à 78, spéc. le paragraphe 78).

seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes» ⁽⁷⁾.

La considération figurant dans l'avis 33.182/2, précité, selon laquelle «le principe '*non bis in idem*' devrait exclure qu'une même infraction [...] puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale» s'en trouve en conséquence renforcée.

Le même avis concluait sur ce point par les considérations suivantes :

«Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient dès lors pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer - au regard de leurs éléments constitutifs - des infractions identiques.

Certes, l'article 73 ⁽⁸⁾ de l'avant-projet prévoit-il que

'Toute amende administrative imposée par la CBF à une personne et devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, s'impute sur le montant de toute amende pénale qui serait prononcée pour ces faits à l'égard de la même personne.'

Mais cette disposition ne paraît pas suffisante pour satisfaire à l'exigence du principe '*non bis in idem*'. Si ce principe venait à s'appliquer, il aurait en effet pour conséquence non d'exiger l'absorption d'une peine par une autre mais de rendre irrecevable la poursuite ultérieure d'une même infraction pour laquelle son auteur a déjà été condamné.»

L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que conduire la section de législation du Conseil d'État à réitérer cette observation pour les articles 50 et 51 de l'avant-projet. Ces dispositions devraient être revues de manière à éviter que, pour un même fait commis par la même personne, après une condamnation pénale, une nouvelle procédure, à caractère administratif, puisse être diligentée pouvant conduire à l'infliction d'une sanction administrative pouvant être qualifiée de pénale au sens

⁽⁷⁾ *Note infrapaginale 18 de l'avis cité* : Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, § 82. Dans ce même arrêt, la Cour expose que "l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention" (*ibid.*, § 81). Voir H. MOCK, *loc. cit.*

⁽⁸⁾ *Note infrapaginale 19 de l'avis cité* : Cette disposition a gardé sa numérotation dans la loi adoptée du 2 août 2002, moyennant des modifications n'affectant pas sa substance (article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et article 176, 1/ et 2/, de la loi-programme du 27 avril 2007).

de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou, à l'inverse, que, toujours pour un même fait, pareille sanction administrative puisse être suivie de poursuites pénales.

Par la même occasion, il y aurait lieu de revoir le régime des sanctions administratives et pénales, tel qu'il est organisé par les articles 36 et suivants de la loi précitée du 2 août 2002 et dans d'autres législations comparables, comme par exemple aux articles 102 et suivants de la loi du 22 mars 1993, précitée" ⁽⁹⁾.

L'exposé des motifs du projet de loi qui fait l'objet de cet avis formule à cet égard les commentaires suivants :

"Les articles 50 et 51, qui constituent le titre IV du projet de loi, déterminent respectivement les sanctions administratives et les sanctions pénales qui peuvent être prises à l'égard des établissements de paiement en cas de méconnaissance des dispositions de la loi.

Dans son avis, le Conseil d'État relève à ce sujet que prévoir des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques, est susceptible d'entraîner une violation du principe *non bis in idem* consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné. Le Conseil d'État fait à cet égard référence à des avis antérieurs de la section de législation du Conseil d'État, ainsi qu'à une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement est tout à fait conscient de la problématique soulevée par le Conseil d'État dans son avis. Il examinera la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et prendra, si nécessaire, des initiatives visant à adapter le régime des sanctions administratives et des sanctions pénales dans la législation belge afin de tenir compte, si besoin est, de la jurisprudence précitée" ⁽¹⁰⁾.

Les articles 17 à 21 appellent les mêmes observations.

⁽⁹⁾ Doc. parl., Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, pp. 88 à 90.

⁽¹⁰⁾ Doc. parl., Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

Article 17

L'article 17 remplace l'article 71 de la loi du 2 août 2002 par un nouveau texte.

Celui-ci prévoit notamment en son paragraphe 4 que la décision de classement sans suite d'un dossier peut être rendue publique et en son paragraphe 5 que, lorsqu'un grief "est susceptible de constituer une infraction pénale", il est communiqué au procureur du Roi et cette décision peut être rendue publique.

Dans ces deux cas, il y a lieu d'être particulièrement attentif à la protection de la vie privée organisée par la loi du 8 décembre 1992 et ce, d'autant plus que dans les deux cas susvisés la personne faisant l'objet de l'enquête est soit dégagée de toute responsabilité soit seulement "susceptible" d'être responsable.

Article 18

L'article 18 remplace l'actuel article 72 de la loi du 2 août 2002 par un nouveau texte.

Le paragraphe 2 prévoit qu'un membre de la Commission des sanctions peut être récusé s'il y a un doute sur son impartialité.

Il y a lieu de mentionner non seulement l'impartialité mais également l'indépendance.

Article 22

À l'article 98 en projet, il convient de prévoir la publication au Moniteur belge du règlement d'ordre intérieur du CREFS.

Article 26

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, il est prévu des les arrêtés royaux envisagés "cessent de produire leurs effets s'ils n'ont pas été confirmés par la loi dans les deux ans de leur date d'entrée en vigueur".

Il conviendrait de prévoir un délai plus bref, à l'instar de ce que prévoient l'article 105 en projet et l'article 117bis de la loi du 2 août 2002 précitée.

Observations finales de légistique

1. Les dispositions modificatives que comporte l'avant-projet doivent être complétées par la mention des modifications antérieures encore en vigueur qui déterminent la rédaction actuelle des textes modifiés, en se référant plus particulièrement aux recommandations n^{os} 105 et 113 à 115 du code de légistique ⁽¹¹⁾, ainsi qu'aux formules auxquelles elles renvoient.

2. L'avant-projet est en outre dépourvu d'arrêté de présentation; il y a donc lieu de le faire précéder d'un tel arrêté, en se reportant aux recommandations n^{os} 226 et 227 du code de légistique précité.

3. En ce qui concerne l'article 22, la recommandation n/ 118 du code de légistique et la formule F 4-2-11-1 à laquelle elle renvoie indiquent comment procéder à l'insertion d'un chapitre dans une loi.

4. L'article 29 est un article d'exécution, qui doit être omis car, comme le précise la recommandation n/ 164 du code de légistique précité, les lois n'en comportent pas et que, plus fondamentalement le pouvoir d'exécution des lois appartient au Roi.

⁽¹¹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation n/ 125, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative".

5. L'article 30 doit être rédigé conformément à la recommandation n/ 154.1 du code de légistique, qui renvoie aux formules F 4-5-2-1 à F 4-5-2-4.

6. À l'article 31, la section de législation ne voit pas pourquoi n'est pas plus simplement visé, au début de cet article, l'article 22 de l'avant-projet.

7. Lorsqu'un paragraphe nouveau est inséré dans un article ou qu'il en est omis, il ne convient pas de renuméroter les paragraphes restant en vigueur. Tel est le cas par exemple aux articles 6 et 10 de l'avant-projet.

Il faut en effet éviter en principe de procéder de la sorte, compte tenu non seulement de ce que des références pourraient être faites aux paragraphes ainsi renumérotés dans d'autres textes non modifiés, mais aussi en raison de la connaissance acquise des textes en vigueur par leurs destinataires et les instances chargées de les appliquer, voire de l'existence de jurisprudence et de doctrine pouvant avoir fait état de ces dispositions, que les destinataires de la règle peuvent être amenés à consulter. En outre, si la nouvelle numérotation affecte les paragraphes d'un article sur la base desquels des arrêtés d'exécution ont été pris, l'information des banques de données qui ont créé des hyperliens électroniques entre ceux-ci devient obsolète.

Par ailleurs, ne pas renuméroter renseigne utilement le lecteur sur l'évolution du texte : si un numéro de paragraphe manque entre deux autres, il sait immédiatement qu'un paragraphe a été abrogé et, si un paragraphe se présente sous la forme d'un paragraphe *bis*, *ter*, etc., il sait immédiatement qu'il a été inséré et qu'il ne figurait donc pas dans la disposition d'origine ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation n/ 125, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative".

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.442/2
VAN 14 DECEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 17 november 2009 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 wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België, en houdende diverse bepalingen", heeft het volgende advies gegeven :

Voorafgaande opmerking

Volgens de inlichtingen meegedeeld aan de Raad van State wordt op dit ogenblik het advies van de Europese Centrale Bank ingewonnen omtrent het voorontwerp van wet.

Het advies van de Raad van State wordt verstrekt onder het voorbehoud van dat van de Europese Centrale Bank.

Opdat het parlement zo volledig mogelijk wordt ingelicht, dient het advies van de Europese Centrale Bank te worden gevoegd bij het wetsontwerp.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

Artikel 2 beoogt onder meer artikel 2, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten aan te vullen met een definitie van hetgeen in het kader van de toepassing van deze wet verstaan moet worden onder "systeemrelevante financiële instellingen".

Deze definitie grijpt evenwel terug naar enkele concepten die zelf niet zijn gedefinieerd in dit artikel 2 : dit is onder meer het geval met de "financiële holdings", de "gemengde financiële holdings" en de "verzekeringsholdings", alsook met de "financiële instellingen of daarmee gelijkgestelde instellingen die op het Belgische grondgebied een doorslaggevende rol spelen op het vlak van de bewarings-, verrekenings- of effectenafwikkelingsverrichtingen".

In deze leemten moet worden voorzien, eventueel door verwijzing naar andere wetsbepalingen die reeds een passende definitie van deze concepten bevatten.

Voorts wordt gewezen op een discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst, waarin respectievelijk sprake is van "financiële holdings" en "gemengde financiële holdings", enerzijds, en van "compagnies financières" en "compagnies financières mixtes", anderzijds.

Artikel 3

1. De "open raadpleging" wordt gedefinieerd in artikel 2, eerste lid, 18/, van de wet van 2 augustus 2002, zodat de verwijzing naar artikel 64, tweede lid, van diezelfde wet niet ter zake doet.

2. De uitdrukking "andere tussenpersonen" is onvoldoende duidelijk. Artikel 2, eerste lid, 9/ en 10/, van de wet van 2 augustus 2002 definieert de "financiële tussenpersoon" en de "gekwalficeerde tussenpersoon" maar volgens de commentaar op het ontworpen artikel 28*ter* in de memorie van toelichting zouden de "andere tussenpersonen" waarnaar dit artikel verwijst, behoren tot de "verzekeringssector". Het ontworpen dispositief moet op dit punt dus worden verduidelijkt.

3. Artikel 3 voegt in de wet van 2 augustus 2002 een artikel 28*ter* in waarvan in de laatste zin sprake is van "de harmonisatie van de (...) gedragsregels binnen de Europese Gemeenschap".

Het concept "gedragsregels" kan evenwel te restrictief blijken te zijn in het licht van de aan de gang zijnde voorbereiding van regelgeving binnen de Europese Gemeenschap, zodat voorgesteld wordt om, naar het voorbeeld van wat in de memorie van toelichting te lezen staat, te spreken van "de harmonisatie van de regelgeving binnen de Europese Gemeenschap".

4. De vraag rijst of de besluiten die de Koning zal vaststellen op basis van de onderzochte bepaling niet dienen te worden bekrachtigd door de wetgever, aangezien het een uitbreiding van de werkingssfeer van de wet betreft.

.../...

Artikel 4

Artikel 4 voegt in artikel 29 van de wet van 2 augustus 2002 een punt 5/ toe, dat de Koning machtigt om "regels (te) bepalen (...) rekening houdend met de ontwikkelingen en tendensen op internationaal vlak".

Deze verwijzing is weinig nauwkeurig. Ze is het des te minder daar in de memorie van toelichting wordt herinnerd aan wat in andere Europese landen is gedaan, enerzijds, en aan de werkzaamheden van het Europees Comité van Effectentoezichthouders (CESR), anderzijds.

Zou het daarom niet verkieslijk zijn het laatste zinsdeel van het ontworpen artikel 29, 5/, te vervangen door de woorden "rekening houdend met de stand van de harmonisatie van de betrokken regelgeving binnen de Europese Gemeenschap", zulks naar analogie van de ontwerptekst van artikel 28^{ter} ?

Artikel 8

1. Artikel 8 voegt in de voornoemde wet van 2 augustus 2002 een artikel 48/1 toe, dat betrekking heeft op de sanctiecommissie.

In de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, 1/, schrijve men "eerste voorzitter" in plaats van "voorzitter".

Volgens ditzelfde lid, 4/, wijst de Koning benevens zes magistraten "vier andere leden" aan.

Omtrent de laatstgenoemden wordt in de memorie van toelichting gepreciseerd dat "men (van hen) kan verwachten dat zij kunnen bogen op financiële en juridische deskundigheid en ervaring op het gebied van financiële diensten".

De woorden "men kan verwachten" zijn bijzonder onnauwkeurig en geven niet aan of die vier leden al dan niet dienen te beschikken over de deskundigheid en de ervaring waarvan hierboven sprake is.

.../...

Indien dit het geval is, dient zulks te worden gepreciseerd in de tekst zelf van de wet.

2. Het op twee na laatste lid van het ontworpen artikel 48/1, § 3, handelt over belangenconflicten.

Deze bepaling beperkt deze conflicten echter tot die "van vermogensrechtelijke of familiale aard" welke het oordeel van de leden van de sanctiecommissie zouden kunnen beïnvloeden.

In de memorie van toelichting wordt de reden van die beperking niet uiteengezet. Betekent dit bijvoorbeeld dat een belangenconflict van professionele aard niet in aanmerking komt ?

Indien dat niet de bedoeling is van de wetgever, dienen de woorden "van vermogensrechtelijke of familiale aard" te vervallen en schrijve men "in een aangelegenheid waarin zij een persoonlijk belang hebben dat hun oordeel zou kunnen beïnvloeden".

3. Paragraaf 3, achtste lid, bepaalt dat de sanctiecommissie de procedureregels vastlegt in de vorm van een "reglement van inwendige orde".

Deze regels dienen bij koninklijk besluit te worden goedgekeurd.

Artikel 9

Artikel 9 wijzigt artikel 49 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

Volgens de ontworpen paragraaf 3 kan het directiecomité van de CBFA in het belang van de consumenten voorzien in "een verbod dan wel nadere modaliteiten (...) voor de verhandeling van retailbeleggingsproducten (...)".

.../...

De woorden "nadere modaliteiten" zijn niet duidelijk. In de memorie van toelichting harerzijds is sprake van het opleggen van "beperkende voorwaarden" met betrekking tot de verhandeling van sommige producten. Deze laatste uitdrukking verdient de voorkeur.

Artikel 16

Het ontworpen artikel 70, § 1, tweede lid, luidt als volgt :

"Wanneer de auditeur heeft beslist om een onderzoek te openen, kunnen enkel de advocaten zich ten aanzien van de CBFA beroepen op hun beroepsgeheim."

De mogelijkheid om zich te beroepen op het beroepsgeheim kan niet uitsluitend afhankelijk worden gesteld van de beslissing van de auditeur om een onderzoek in te stellen. In verband met de opheffing van het beroepsgeheim dienen nadere garanties te worden voorgeschreven.

De steller van het voorontwerp moet bovendien verantwoorden waarom andere beroepscategorieën dan de advocaten niet beschikken over eenzelfde absoluut recht op het beroepsgeheim. Denken we bijvoorbeeld aan de bedrijfsjuristen, van wie de adviezen verstrekt aan hun werkgever vertrouwelijk zijn volgens artikel 5 van de wet van 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor Bedrijfsjuristen.

Artikelen 17 tot 21

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar advies 46.870/2, op 8 juli 2009 verstrekt omtrent een voorontwerp van wet "op het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen", onder meer de volgende bijzondere opmerkingen gemaakt :

"De artikelen 50 en 51 van het voorontwerp, die zijn opgenomen in titel IV, met als opschrift «Strafbepalingen», organiseren een regeling van respectievelijk

.../...

bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten.

Aangezien de maatregelen omschreven in artikel 50, althans die welke paragraaf 3 van deze bepaling voorschrijft, gelet op het voorwerp en de draagwijdte ervan als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, moet het beginsel *non bis in idem* worden in acht genomen, dat is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het voornoemde Internationaal Verdrag, en dat in het interne recht omschreven wordt als «une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue un droit belge un principe général du droit» ⁽¹⁾. Overeenkomstig dit beginsel mag niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar voornoemde advies 33.182/2, waarin soortgelijke bepalingen werden besproken als die welke thans worden onderzocht, gewag gemaakt van de moeilijkheden die deze mogelijkheid van cumulatie van straffen deed rijzen ⁽²⁾.

Dit advies wees op een ontwikkeling in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de interpretatie van dit beginsel : in een eerste fase had het Hof geoordeeld dat het beginsel *non bis in idem* geschonden is zodra «eenzelfde gedrag» gestraft is met zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf ⁽³⁾, terwijl het later heeft beschouwd dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie wanneer het strafrechtelijke feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Voetnoot 12 van het aangehaalde advies : J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

⁽²⁾ Voetnoot 13 van het aangehaalde advies : *Parl.St.*, Kamer, 2001-2002, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

⁽³⁾ Voetnoot 14 van het aangehaalde advies : EHRM, *Gradinger tegen Oostenrijk*, 23 oktober 1995.

⁽⁴⁾ Voetnoot 15 van het aangehaalde advies : EHRM, *Oliveira tegen Zwitserland*, 30 juli 1998.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾, maar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs, bij een arrest dat de Grote Kamer gewezen heeft op 10 februari 2009, teruggesprepen naar zijn oorspronkelijke standpunt : het verklaart erin dat «l'article 4 du Protocole n/ 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes» ⁽⁷⁾.

Dit versterkt bijgevolg de opmerking gemaakt in het voornoemde «advies 33.182/2, volgens welke het beginsel '*non bis in idem*' zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar feit [...] kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf».

In datzelfde advies werd daaromtrent het volgende geconcludeerd :

«De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen.

⁽⁵⁾ Voetnoot 16 van het aangehaalde advies : Zie inzonderheid arrest EHRM, *Ponsetti en Chesnel tegen Frankrijk* d.d. 14 september 1999, dat eveneens wordt vermeld in het voornoemde advies 33.182/2 van de Raad van State. In dezen, zie J. PUT, "*Bis sed non idem*", *RW* 2001-2002, blz. 941, nr. 18; CH. KARAKOSTA, "*Ne bis in idem : une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible*", *Rev. trim. dr. h.*, 2008, blz. 25 e.v.; H. MOCK, "*Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits*", noot onder EHRM, GK, *Zolotouchin tegen Rusland*, 10 februari 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, blz. 866 tot 881.

⁽⁶⁾ Voetnoot 17 van het aangehaalde advies : Het EHRM heeft zelf toegegeven dat de verscheidenheid van de aspecten van deze jurisprudentie een "*source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental*" vormde (EHRM, GK, *Zolotouchin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punten 70 tot 78, inz. punt 78).

⁽⁷⁾ Voetnoot 18 van het aangehaalde advies : EHRM, GK, *Zolotouchin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punt 82. Het Hof stelt het volgende in datzelfde arrest : "... l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n/ 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention" (*ibid.*, punt 81). Zie H. MOCK, *loc. cit.*

In artikel 73 ⁽⁸⁾ van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald :

'Elke administratieve geldboete die door de CBF aan een persoon wordt opgelegd en die definitief is geworden vooraleer de strafrechter zich definitief over dezelfde feiten of samenhangende feiten heeft uitgesproken, wordt aangerekend op het bedrag van elke strafboete die voor deze feiten ten aanzien van dezelfde persoon wordt uitgesproken.'

Die bepaling lijkt evenwel ontoereikend opdat aan het beginsel '*non bis in idem*' voldaan kan zijn. Als dat beginsel zou worden toegepast, zou het immers tot gevolg hebben, niet dat de ene straf opgaat in de andere, maar dat voor eenzelfde strafbare feit geen nieuwe vervolging meer kan worden ingesteld als degene die het strafbare feit heeft begaan, daarvoor reeds veroordeeld is."

Op basis van het voornoemde arrest EHRM in zake *Zolotouchin tegen Rusland* d.d. 10 februari 2009 wijst de afdeling Wetgeving van de Raad van State erop dat deze opmerking eveneens geldt wat betreft de artikelen 50 en 51 van het voorontwerp. Deze bepalingen moeten worden herzien, zodat wordt vermeden dat voor eenzelfde feit gepleegd door eenzelfde persoon na een strafrechtelijke veroordeling een nieuwe procedure van bestuursrechtelijke aard kan worden ingesteld die kan leiden tot het opleggen van een administratieve sanctie welke als strafrechtelijk kan worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, of - omgekeerd - dat, steeds voor hetzelfde feit, na het opleggen van zulk een administratieve sanctie strafvervolgning kan worden ingesteld.

Tegelijkertijd dient het stelsel van de administratieve sancties en de strafrechtelijke straffen te worden herzien, zoals het is geregeld bij de artikelen 36 en volgende van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 en in andere vergelijkbare wetten, zoals bijvoorbeeld de artikelen 102 en volgende van de voornoemde wet van 22 maart 1993" ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Voetnoot 19 van het aangehaalde advies : Deze bepaling heeft haar nummer behouden in de op 2 augustus 2002 aangenomen wet, met enkele wijzigingen die niet raken aan de grond ervan (artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, alsook artikel 176, 1/ en 2/, van de programmawet van 27 april 2007).

⁽⁹⁾ Parl. St., Kamer, 2008-2009, nrs. 52-2182/1, blz. 88 tot 90.

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp waarover het voornoemde advies 46.870/2 is verstrekt, wordt in dat verband de volgende commentaar verstrekt :

"De artikelen 50 en 51, die samen titel IV van het ontwerp van wet vormen, leggen respectievelijk de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties vast die kunnen worden genomen t.a.v. betalingsinstellingen wegens niet-naleving van de bepalingen van de wet.

In zijn advies schrijft de Raad van State dienaangaande dat een regeling van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten, het beginsel *non bis in idem* schenden, welk beginsel is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Overeenkomstig dit beginsel mag niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld. De Raad van State verwijst daarbij naar eerdere adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, evenals naar recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De Regering is zich ten volle bewust van de door de Raad van State in zijn advies aangehaalde problematiek. Zij zal de recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderzoeken en zo nodig initiatieven nemen om het stelsel van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen in de Belgische wetgeving aan te passen om zo nodig rekening te houden met de voormelde rechtspraak" ⁽¹⁰⁾.

Omtrent de artikelen 17 tot 21 dienen dezelfde opmerkingen te worden gemaakt.

Artikel 17

Artikel 17 vervangt artikel 71 van de wet van 2 augustus 2002 door een nieuwe tekst.

Paragraaf 4 ervan bepaalt onder meer dat de beslissing om een dossier zonder gevolg te laten openbaar kan worden gemaakt en paragraaf 5 stelt dat, indien een grief "een strafrechtelijke inbreuk kan uitmaken", deze meegedeeld wordt aan de procureur des Konings en de beslissing openbaar kan worden gemaakt.

⁽¹⁰⁾ Parl. St., Kamer, 2008-2009, nrs. 52-2182/1, blz. 36.

In deze beide gevallen moet bijzondere aandacht worden besteed aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, geregeld bij de wet van 8 december 1992, te meer daar in de beide gevallen de persoon tegen wie een onderzoek wordt ingesteld ofwel van alle verantwoordelijkheid wordt ontslagen, ofwel slechts verantwoordelijk "kan" worden bevonden.

Artikel 18

Artikel 18 vervangt het huidige artikel 72 van de wet van 2 augustus 2002 door een nieuwe tekst.

Paragraaf 2 bepaalt dat een lid van de sanctiecommissie kan worden gewraakt indien er twijfel bestaat omtrent zijn onpartijdigheid.

Niet alleen de onpartijdigheid moet worden vermeld, maar ook de onafhankelijkheid.

Artikel 22

In het ontworpen artikel 98 moet worden bepaald dat het "inrichtingsreglement" van het CSRSFI wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Artikel 26

In paragraaf 1, tweede lid, tweede zin, staat te lezen dat de bedoelde koninklijke besluiten "alle uitwerking (verliezen) zo ze uiterlijk twee jaar na de datum van inwerkingtreding ervan, niet bij wet worden bekrachtigd".

Er dient een kortere termijn te worden bepaald, naar het voorbeeld van het bepaalde in het ontworpen artikel 105 en in artikel 117*bis* van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

Slotopmerkingen inzake wetgevingstechniek

1. De wijzigingsbepalingen van het voorontwerp moeten worden aangevuld met de vermelding van de vroegere nog steeds geldende wijzigingen die de huidige redactie van de gewijzigde teksten bepalen, meer in het bijzonder rekening houdend met de aanbevelingen nrs. 105 en 113 tot 115 van de Beginselen van de wetgevingstechniek ⁽¹¹⁾ en met de formules waarnaar daarin wordt verwezen.

2. Voorts bevat het voorontwerp geen indieningsbesluit; een zodanig besluit moet worden ingevoegd vooraan in het voorontwerp, rekening houdend met de aanbevelingen nrs. 226 en 227 van diezelfde Beginselen van de wetgevingstechniek.

3. Aanbeveling nr. 118 van de Beginselen van de wetgevingstechniek en formule F 4-2-11-1, waarnaar deze aanbeveling verwijst, geven aan hoe in artikel 22 een hoofdstuk dient te worden ingevoegd in een wet.

4. Artikel 29 is een uitvoeringsbepaling; ze dient te vervallen, daar wetten geen uitvoeringsbepalingen bevatten, zoals wordt gepreciseerd in aanbeveling nr. 164 van de voornoemde Beginselen van de wetgevingstechniek, en - fundamenteeler nog - de bevoegdheid om wetten uit te voeren aan de Koning toekomt.

5. Artikel 30 moet worden geredigeerd overeenkomstig aanbeveling nr. 154.1 van de Beginselen van de wetgevingstechniek, die verwijst naar de formules F 4-5-2-1 tot F 4-5-2-4.

6. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom vooraan in artikel 31 niet eenvoudigweg wordt verwezen naar artikel 22 van het voorontwerp.

⁽¹¹⁾ Zie Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, aanbeveling nr. 125, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek".

7. Wanneer een nieuwe paragraaf ingevoegd wordt in een artikel of eruit geschrapt wordt, is er geen grond om de paragrafen te vernummernen die van kracht blijven. Dit is bijvoorbeeld het geval met de artikelen 6 en 10 van het voorontwerp.

De nummering van de bepalingen van een regeling mag immers in principe niet worden gewijzigd, niet alleen omdat in andere niet-gewijzigde teksten naar de aldus vernummerde bepalingen zou kunnen worden verwezen, maar ook omdat de adressaten van de van kracht zijnde teksten en de instanties belast met de toepassing ervan, hiervan kennis hebben genomen en omdat in de rechtspraak en de rechtsleer gewag kan zijn gemaakt van deze bepalingen, die de adressaten van de regel eventueel hebben te raadplegen. Indien de vernummering bovendien betrekking heeft op de paragrafen van een artikel op basis waarvan uitvoeringsbesluiten zijn uitgevaardigd, wordt de informatie van databanken waarin elektronische hyperlinks zijn gemaakt tussen die paragrafen, onbruikbaar.

Als niet wordt vernummerd, krijgt de lezer overigens interessante informatie over de ontwikkeling van de tekst : als tussen twee paragrafen een paragraafnummer ontbreekt, weet de lezer meteen dat een paragraaf is opgeheven en, als een paragraaf genummerd wordt met behulp van de woorden *bis*, *ter*, enz., weet de lezer meteen dat deze is ingevoegd en dus niet in de oorspronkelijke tekst voorkwam ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Zie Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, aanbeveling nr. 125, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B. VIGNERON

Y. KREINS