

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 47.469/2
DU 16 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 24 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif au Conseil d'agrément des agents de change et au titre d'agent de change", 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.

Observations générales

1.1. En vertu de l'article 21, alinéa 1^{er} de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, le conseil d'agrément des agents de change (ci-après : le conseil d'agrément) a pour seule compétence de conférer

"le titre d'agent de change ou d'agent de change honoraire aux personnes qui en font la demande et qui remplissent et continuent à remplir les conditions fixées par le Roi".

1.2. L'arrêté en projet contient plusieurs dispositions dont l'objet semble être d'organiser un véritable ordre professionnel des agents de change, ce qui excède la mission conférée, par la loi, au conseil d'agrément.

Il en va ainsi des dispositions suivantes :

- les articles 2, 2/, et 21, 1/, du projet, qui visent la "déontologie" de la profession;
- les articles 2, 4/, et 8, alinéas 2 et 3, du projet, qui, outre ce qu'envisage l'article 2, 3/, conformément à l'article 21, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 précitée, prévoient une discipline à laquelle seraient soumis les agents de change;
- l'article 8, alinéa 1^{er}, du projet, qui confère au conseil d'agrément une mission de sauvegarde des droits et de représentation des intérêts professionnels des agents de change;

.../...

- l'article 10, § 2, du projet, qui, dans le cadre du régime disciplinaire instauré, prévoit la communication d'informations à d'autres autorités.

Telles qu'elles sont conçues, ces dispositions doivent être omises.

1.3. L'arrêté en projet doit par ailleurs être revu de manière à déterminer les tâches du conseil d'agrément en respectant l'article 21, alinéa 1^{er} de la loi du 12 août 2002 précitée.

Il y aura dès lors lieu :

- d'une part, de recentrer le dispositif de l'arrêté sur les conditions d'octroi du titre d'agent de change et d'agent de change honoraire qui font l'objet de l'actuel chapitre V ("Du titre d'agent de change : octroi - interruption de carrière - démission")¹;
- d'autre part, de remanier des dispositions qui se présentent par trop dans la logique de la création d'un ordre professionnel et, plus particulièrement, le chapitre VI ("Des sanctions disciplinaires") qui doit être réaménagé en manière telle que son dispositif soit conçu dans la seule prise en considération des mesures prévues par la loi, à savoir la suspension et le retrait du titre et non comme instaurant, comme tel, un régime disciplinaire.

1.4. Enfin, l'arrêté en projet comporte une innovation majeure par rapport à l'arrêté du 11 juillet 2003 relatif au conseil d'agrément des agents de change et au titre d'agent de change² qu'il abroge : il s'agit de la suppression de l'examen scientifique et de son remplacement par un module de formation agréé par le conseil d'agrément et sanctionné par une attestation, un examen professionnel restant pour le surplus requis.

(1) À cette occasion, l'obligation faite, en vertu de l'article 2, 2/, du projet, à l'agent de change de respecter l'honneur et les principes de dignité, d'honnêteté et de loyauté qui fondent la profession pourra être présentée comme une condition d'octroi et de maintien du titre.

(2) Cet arrêté n'a pas été soumis à l'avis du Conseil d'État.

Cette innovation doit être mieux traduite dans le dispositif de l'article 14 du projet.

En effet, il n'apparaît pas clairement de cet article 14 s'il est de l'intention de l'auteur du projet de faire du 3/ une disposition venant substituer, pour ceux qui en sont porteurs, le diplôme attestant la réussite de l'examen scientifique d'agent de change, délivré par le conseil d'agrément avant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté, à la satisfaction de toutes les conditions fixées aux 2/ et 4/ à 6/ du même article ou si le fait d'être porteur de ce diplôme dispense uniquement de la condition de diplôme et de l'examen professionnel visés aux 2/ et 6/.

2.1. L'article 21, alinéa 1^{er}, dernière phrase, dispose que "le Roi règle la composition, le fonctionnement, le financement et le contrôle" du conseil d'agrément.

2.2. L'habilitation ainsi conférée ne permet pas de créer, comme le font les articles 4 à 6 du projet, aux côtés du conseil d'agrément, une assemblée générale des agents de change. Elle ne permet pas davantage de régler sa composition et son fonctionnement. L'article 12 du projet, qui a trait aux rapports entre le conseil d'agrément et l'assemblée générale notamment quant aux obligations comptables, ne peut non plus se concevoir dans la mise en œuvre de l'habilitation conférée au Roi.

Telles qu'elles sont rédigées, ces dispositions doivent être omises.

2.3. Cette même habilitation n'autorise pas le Roi à fixer des cotisations obligatoires à charge des agents de change telles que prévues par les articles 3, 11, 1/, 14, 7/, 21, 2/, 22, alinéa 6, et 25, § 3, pas plus que le "droit d'inscription pour l'examen professionnel" visé à l'article 18, alinéa 1^{er}, du projet.

En effet, qu'il s'agisse d'impôts ou de rétributions au sens de l'article 173 de la Constitution, l'intervention préalable du législateur est requise, que ce soit pour établir une imposition ou autoriser la perception d'une redevance.

3.1. Il résulte des observations qui précèdent que le projet doit être fondamentalement revu.

L'attention de l'auteur du projet est d'ores et déjà attirée sur le fait que, lors de la réécriture du projet, il devra tenir compte des observations suivantes.

3.2. Il y a lieu de mieux articuler le dispositif relatif à la démission tel que réglé dans l'article 7 du projet.

Il est en effet contradictoire de prévoir la fin d'un mandat "de plein droit" (article 7, § 4, alinéa 1^{er}) et d'envisager ensuite que cette fin de mandat est "décidée" par le conseil d'agrément (article 7, § 4, alinéa 3). Le Conseil d'État n'aperçoit par ailleurs pas comment le pouvoir d'appréciation du président de ce conseil (article 7, § 4, alinéa 2) s'inscrit dans la procédure de démission.

En toute hypothèse, il conviendra de prévoir l'audition de la personne intéressée.

3.3. À l'article 23, il ne paraît pas admissible, au regard notamment du droit, garanti par l'article 23, alinéa 3, 1/, de la Constitution, de choisir librement une activité professionnelle, de soumettre la démission de l'agent de change renonçant à son titre à une décision du conseil d'agrément.

3.4. Dans la prise de cours de la suspension ou du retrait d'agrément, il conviendra de prendre en compte le sort des opérations réalisées par l'agent de change concerné pour compte de tiers. Il ne semble pas que cette question de la préservation des droits des tiers de bonne foi ait été prise en compte dans l'article 25, § 2, du projet, lorsqu'il prévoit que la suspension et le retrait produisent leurs effets à la date à laquelle les faits qui sont à l'origine de la mesure ont été établis c'est-à-dire avec effet rétroactif.

3.5. Il n'appartient pas au Roi de prévoir, comme à l'article 33 du projet, qu'une action en annulation peut être exercée à l'encontre des décisions du conseil

d'agrément auprès du Conseil d'État, fût-ce en confirmant le droit commun ³. La compétence du Conseil d'État relève en effet de la loi.

3.6. À l'occasion du réexamen du texte, son auteur veillera à en améliorer la technique de rédaction et la qualité linguistique ⁴. Il ne peut en outre y reproduire des règles figurant déjà dans la loi ⁵.

⁽³⁾ Le texte en projet crée en outre l'incertitude quant au point de savoir si les intéressés disposent également du droit de demander la suspension de la mesure qui les affecte.

⁽⁴⁾ Ainsi, par exemple, à l'article 7, § 1^{er}, la rédaction des alinéas 3 et 4 est malheureuse; aux paragraphes 2 et 3 de la même disposition, il convient de mentionner les "membres du conseil", et non les "agents de change et agents de change honoraires", en précisant, le cas échéant, dans quelle mesure ceux de ces membres sont concernés; à l'article 22, les concepts d'"interruption" et de "cessation" d'activité sont confondus.

⁽⁵⁾ Voir notamment les articles 2, 1/, et 8, alinéa 3, du projet.

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

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.469/2
VAN 16 DECEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 24 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 ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de Erkenningsraad voor effectenmakelaars en de titel van effectenmakelaar", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het vervangen is bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voormelde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het 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.

Algemene opmerkingen

1.1. Krachtens artikel 21, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, is de erkenningsraad voor effectenmakelaars (hierna te noemen : de erkenningsraad) uitsluitend bevoegd om

"de titel van effectenmakelaar of van honorair effectenmakelaar (te verlenen) aan de personen die erom verzoeken en voldoen en blijven voldoen aan de voorwaarden vastgesteld door de Koning".

1.2. Het ontworpen besluit omvat verschillende bepalingen die er blijkbaar toe strekken een echte beroepsorde van effectenmakelaars te organiseren, hetgeen verder reikt dan de taak die bij wet aan de erkenningsraad is opgedragen.

Het betreft meer bepaald de volgende bepalingen :

- de artikelen 2, 2/, en 21, 1/, van het ontwerp, die betrekking hebben op de "deontologie" van het beroep;
- de artikelen 2, 4/, en 8, tweede en derde lid, van het ontwerp die, naast hetgeen bepaald wordt in artikel 2, 3/, overeenkomstig artikel 21, eerste lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, voorzien in een tuchtregeling waaraan de effectenmakelaars onderworpen zouden worden;

.../...

- artikel 8, eerste lid, van het ontwerp, dat aan de erkenningsraad opdraagt te waken over de bescherming van de rechten en de beroepsbelangen van effectenmakelaars;
- artikel 10, § 2, van het ontwerp, dat in het kader van de ingestelde tuchtregeling, voorziet in het mededelen van inlichtingen aan andere instanties.

Zoals die bepalingen zijn opgevat, dienen ze te vervallen.

1.3. Het ontworpen besluit moet overigens zodanig worden herzien dat daarin de taken van de erkenningsraad bepaald worden met naleving van artikel 21, eerste lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

Er moet derhalve op toegezien worden dat :

- enerzijds het dispositief van het besluit toegespitst wordt op de voorwaarden voor de toekenning van de titel van effectenmakelaar en ere-effectenmakelaar, die het onderwerp zijn van het huidige hoofdstuk V ("De titel van effectenmakelaar : toekenning - loopbaanonderbreking - ontslag") ¹;
- anderzijds bepalingen herwerkt worden die te veel in de lijn liggen van de oprichting van een orde van beroepsbeoefenaars en meer in het bijzonder, hoofdstuk VI ("De disciplinaire sancties"), dat zodanig herwerkt moet worden dat in het dispositief ervan enkel aandacht besteed wordt aan de maatregelen die bij wet zijn bepaald, namelijk de schorsing en intrekking van de titel, zonder als zodanig te voorzien in een tuchtregeling.

1.4. Tot slot houdt het ontworpen besluit een grote vernieuwing in vergeleken bij het besluit van 11 juli 2003 betreffende de erkenningsraad voor effectenmakelaars en de titel van effectenmakelaar ², dat daarbij wordt opgeheven : het

⁽¹⁾ Bij die gelegenheid kan de verplichting die krachtens artikel 2, 2/, van het ontwerp opgelegd wordt aan de effectenmakelaar, namelijk het ophouden van de eer en het naleven van de beginselen van waardigheid, rechtschapenheid en oprechtheid die de grondslag vormen van het beroep, voorgesteld worden als een voorwaarde voor de toekenning en het behoud van de titel.

⁽²⁾ Dat besluit is niet *ter fine* van advies voorgelegd aan de Raad van State.

gaat om de afschaffing van het wetenschappelijk examen dat vervangen wordt door een opleidingsmodule die erkend wordt door de erkenningsraad en met een attest wordt bekrachtigd, terwijl een beroepsexamen voor het overige vereist blijft.

Deze vernieuwing moet beter tot uiting komen in het dispositief van artikel 14 van het ontwerp.

Uit dat artikel 14 blijkt immers niet duidelijk of het de bedoeling is van de steller van het ontwerp om van punt 3/ een bepaling te maken waarbij, voor degenen die er houder van zijn, het diploma ten bewijze dat men geslaagd is voor het wetenschappelijk examen van effectenmakelaar, door de erkenningsraad uitgereikt vóór de datum van inwerkingtreding van het besluit, in de plaats komt van het voldoen aan alle voorwaarden bepaald in de onderdelen 2/ en 4/ tot 6/ van datzelfde artikel, dan wel of het houder zijn van dat diploma alleen ontslaat van het diplomavereiste en van het beroepsexamen die genoemd worden in de onderdelen 2/ en 6/.

2.1. In artikel 21, eerste lid, laatste zin, wordt bepaald dat "de Koning de samenstelling, de werking en de financiering van" de erkenningsraad (regelt) "alsmede het toezicht op deze raad".

2.2. Met de aldus verleende machtiging is het niet mogelijk om, in tegenstelling tot hetgeen bepaald wordt in de artikelen 4 tot 6 van het ontwerp, naast de erkenningsraad een algemene vergadering van effectenmakelaars in te stellen. Met die machtiging is het evenmin mogelijk om de samenstelling en de werkwijze van die vergadering te regelen. Artikel 12 van het ontwerp, dat handelt over de betrekkingen tussen de erkenningsraad en de algemene vergadering, inzonderheid wat betreft de boekhoudkundige verplichtingen, is evenmin denkbaar binnen het bestek van de uitvoering van de aan de Koning verleende machtiging.

Die bepalingen dienen, in hun huidige redactie, te vervallen.

2.3. Diezelfde machtiging verleent de Koning ook niet de bevoegdheid om verplichte bijdragen op te leggen aan effectenmakelaars, zoals bepaald in de artikelen 3, 11, 1/, 14, 7/, 21, 2/, 22, zesde lid, en 25, § 3, net zo min als "het bedrag van het inschrijvingsrecht voor het beroepsexamen", bepaald in artikel 18, eerste lid, van het ontwerp.

Immers, of het nu gaat om belastingen of om retributies als bedoeld in artikel 173 van de Grondwet, het voorafgaande optreden van de wetgever is vereist, ongeacht of het erom gaat een aanslag te vestigen of de inning van een retributie toe te staan.

3.1. Uit de voorgaande opmerkingen blijkt dat het ontwerp grondig herzien moet worden.

De aandacht van de steller van het ontwerp wordt er nu reeds op gevestigd dat, bij het herschrijven van het ontwerp, rekening gehouden moet worden met de volgende opmerkingen.

3.2. In verband met het ontslag, als geregeld in artikel 7 van het ontwerp, dient het dispositief beter gearticuleerd te worden.

Het is immers onlogisch te bepalen dat aan een mandaat "van rechtswege" een einde komt (artikel 7, § 4, eerste lid) en vervolgens te stellen dat tot het einde van dat mandaat "beslist" wordt door de erkenningsraad (artikel 7, § 4, derde lid). Het is de Raad van State overigens niet duidelijk hoe de beoordelingsbevoegdheid van de voorzitter van die raad (artikel 7, § 4, tweede lid) past in de ontslagprocedure.

Er moet hoe dan ook worden voorzien in de mogelijkheid om de betrokkene te horen.

3.3. Inzonderheid gelet op het recht van vrije keuze van beroepsarbeid, dat gewaarborgd wordt door artikel 23, derde lid, 1/, van de Grondwet, lijkt in artikel 23 niet te kunnen worden geduld dat het ontslag van de effectenhandelaar die afziet van zijn titel, afhankelijk gesteld wordt van een beslissing van de erkenningsraad.

3.4. In verband met het ingaan van de schorsing of de intrekking van de erkenning, moet in gedachten gehouden worden wat moet geschieden met de verrichtingen die de effectenmakelaar in kwestie gedaan heeft ten behoeve van derden. Met die kwestie van bescherming van de rechten van *bonafide* derden lijkt geen rekening te zijn gehouden in artikel 25, § 2, van het ontwerp, want daarin wordt bepaald dat de schorsing en de intrekking uitwerking hebben vanaf de datum waarop de feiten die aan de oorsprong van de maatregel liggen, zijn vastgesteld, dus met terugwerkende kracht.

3.5. Het komt aan de Koning niet toe te bepalen, zoals in artikel 33 van het ontwerp, dat bij de Raad van State een vordering tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen de beslissingen van de erkenningsraad, zelfs niet ter bevestiging van het gemene recht ³. De bevoegdheid van de Raad van State wordt immers bij wet bepaald.

3.6. Bij de herschrijving van de tekst dient de steller ervoor te zorgen dat het ontwerp zowel redactioneel als taalkundig beter wordt gesteld ⁴. Hij mag bovendien geen regels overnemen die reeds bij wet zijn vastgelegd ⁵.

(3) De ontworpen tekst laat overigens onzekerheid bestaan over de vraag of de betrokkenen eveneens het recht hebben om de schorsing te vorderen van de maatregel die hen raakt.

(4) Aldus zijn bijvoorbeeld het derde en vierde lid van artikel 7, § 1, ongelukkig gesteld; in de paragrafen 2 en 3 van dezelfde bepaling moet melding worden gemaakt van de "leden van de raad" en niet van de "effectenmakelaars en ere-effectenmakelaars", waarbij in voorkomend geval verduidelijkt moet worden in welke mate deze of gene van die leden betrokken partij is; in artikel 22 worden de begrippen "onderbreking" en "stopzetting" van de activiteit door elkaar gehaald.

(5) Zie inzonderheid de artikelen 2, 1/, en 8, derde lid, van het ontwerp.

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