ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.141/2
DU 21 SEPTEMBRE 2011

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 28 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 septembre 2011 (*), sur un avant-projet de loi « relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement », a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 3 août 2011.

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si l'avant-projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité de déposer un projet de loi devant le Parlement.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Formalités préalables

Le Secrétaire d'État au Budget a donné, le 20 juillet 2011, l'accord conditionnel suivant :

> « Ik heb de eer u mijn akkoord te verlenen voor het in rand vermelde voorontwerp van wet op voorwaarde dat de fiscale gevolgen en budgettaire impact uitgeklaard en opgelost worden naar aanleiding van de tweede lezing in werkgroep over het advies van de Raad van State en zonodig, indien onenigheid in de werkgroep daaromtrent blijft bestaan, opnieuw voorgelegd wordt aan de Ministerraad en dit tegen ten laatste de begrotingsopmaak 2012 ».

L'avant-projet ne pourra être adopté qu'après qu'il aura été satisfait à cette condition.

Observations générales

I. Portée de l'avant-projet

Selon son article 2 et son exposé des motifs [1], l'avant-projet examiné se donne notamment pour objet d'assurer la transposition partielle, en droit belge, des quatre directives suivantes :

- la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (ci-après « la directive 2009/65/CE ») ;

- la directive 2010/78/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2009/65/CE en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) (ci-après « la directive 2010/78/UE ») ;

- la directive 2010/43/UE de la Commission du 1er juillet 2010 portant mesures d'exécution de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences organisationnelles, les conflits d'intérêts, la conduite des affaires, la gestion des risques et le contenu de l'accord entre le dépositaire et la société de gestion (ci-après « la directive 2010/43/UE ») ;

- la directive 2010/44/UE de la Commission du 1er juillet 2010 portant mesures d'exécution de la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne certaines dispositions relatives aux fusions de fonds, aux structures maître-nourricier et à la procédure de notification (ci-après « la directive 2010/44/UE »).

Sur un nombre important de points, l'avant-projet met en place des habilitations au Roi qui sont nécessaires pour parachever ces transpositions, spécialement en ce qui concerne l'exécution des directives 2010/43/UE et 2010/44/UE, qui sont elles-mêmes des directives d'exécution de la directive 2009/65/CE.

Par ailleurs, l'avant-projet modifie le régime légal applicable aux organismes de placement collectif de droit belge sur des points autres que ceux visés par les directives

[1] Exposé des motifs, pp. 1 à 4.

précitées, afin de répondre aux évolutions intervenues dans le domaine de la gestion des organismes de placement collectif.

Dans un souci de lisibilité des textes, l'avant-projet abroge la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement et lui substitue un texte nouveau. De nombreuses dispositions de la loi du 20 juillet 2004 précitée sont cependant reprises sans modification dans l'avant-projet examiné.

II. Tableaux de correspondance

1. Le commentaire de la plupart des articles mentionne quelles sont, parmi les dispositions de l'avant-projet de loi, celles qui tendent à transposer la directive 2009/65/CE ainsi que la directive 2010/78/UE. mais ne réfère qu'incidemment aux directives 2010/43/UE et 2010/44/UE. En ce qui concerne la première de ces deux directives, les raisons en apparaissent assez clairement à la lecture de l'exposé des motifs, qui souligne qu'

> « [e]u égard à l'ampleur et au niveau de détail des dispositions de la directive 2010/43/UE, le projet présenté par le Gouvernement se limite, en ce qui concerne les règles relatives aux exigences organisationnelles, aux conflits d'intérêts, aux règles de conduite et à la gestion des risques à l'énoncé des principes fondamentaux. Le projet confère un certain nombre d'habilitations au Roi pour ce qui est de la mise en œuvre de ces principes » [2].

Quant à la directive 2010/44/UE, il n'y est fait allusion que dans le commentaire de l'article 271 de l'avant-projet qui transpose par ailleurs l'article 101 de la directive 2009/65/CE [3] et, selon le tableau de correspondance fourni en ce qui concerne la directive 2010/78/UE, l'article 11, paragraphe 2, de celle-ci.

Par ailleurs, seuls deux tableaux de correspondance sont joints à la demande d'avis [4] :

- un tableau de correspondance dans les deux sens concernant la transposition de la directive 2009/65/CE,

- un tableau de correspondance concernant la transposition de la directive 2010/78/UE.

---

[2] Voir plus spécialement le commentaire des articles 83 et 84 ainsi que des articles 100 et 179 de l'avant-projet.

[3] Selon les tableaux de correspondance, en ses paragraphes 4, 5 et 6.

[4] À la demande de l'auditeur rapporteur, le délégué du ministre a également transmis une table de concordance entre les dispositions de la loi du 20 juillet 2004 précitée et celles de l'avant-projet de loi soumis pour avis.

L'auteur de l'avant-projet n'a fourni aucun tableau concernant la transposition des directives 2010/43/UE et 2010/44/UE [5].

En conclusion, il convient

- d'annexer au projet de loi soumis aux Chambres législatives deux tableaux de correspondance (l'un reprenant les dispositions de ces directives transposées par l'avant-projet et l'autre, les dispositions de l'avant-projet placées en regard des dispositions de la directive qu'elles transposent) pour ces deux directives portant exécution de la directive 2009/65/CE dès lors que l'avant-projet en assure la transposition, fût-ce dans les grands principes ;

- de préciser également dans ces deux séries de nouveaux tableaux ainsi que dans ceux qui ont été transmis et qui concernent la transposition des directives 2009/65/CE et 2010/78/UE :

  1) les dispositions en projet qui assurent la transposition des directives et vice-versa [6] ;

  2) les dispositions de droit interne actuellement en vigueur que l'avant-projet reprend sans les modifier et celles qu'il reprend en les modifiant, ainsi que la précision du motif de cette modification, certainement si celle-ci trouve sa source dans l'exercice de transposition [7] ;

  3) celles des dispositions des directives qui seront ultérieurement transposées par la voie réglementaire en vertu d'une habilitation conférée au Roi par l'avant-projet de loi ;

---

[5] À ce sujet, le délégué du ministre a fourni l'explication suivante :

« Les directives 2010/43/UE et 2010/44/UE sont des directives dites de niveau II, qui exécutent des dispositions particulières de la directive 2009/65/CE. Eu égard également au caractère particulièrement détaillé de leurs dispositions, elles seront transposées par voie d'arrêté royal, sur la base des habilitations contenues dans l'avant-projet de loi. Cette approche permet de reproduire le découpage adopté au niveau européen sur le plan belge. Cette approche présente également l'avantage de la souplesse : tout comme un arrêté royal par rapport à une loi, les directives de niveau II peuvent en effet être modifiées dans des délais plus brefs que les directives de niveau I (telle que la directive 2009/65/CE) ».

[6] Il semble en effet que certaines dispositions des directives faisant l'objet des tableaux transmis et qui ont été transposées, ne sont pas répertoriées dans ces tableaux. Au vu de l'ampleur de l'avant-projet et des directives transposées, ce n'est que lorsque l'exercice a pu être fait que des indications en ce sens sont fournies – et donc à titre illustratif des corrections encore à apporter – dans les observations particulières.

[7] Le commentaire des articles permet parfois mais pas systématiquement d'éclairer la démarche de l'auteur à cet égard ; en effet, pour certains articles, le commentaire indique que la disposition législative actuelle est reprise sans autre précision alors que les tableaux de correspondance font apparaître que cette disposition en vigueur aujourd'hui a été modifiée compte tenu de la directive, dans d'autres, ces éléments d'informations apparaissent tant dans le commentaire de l'article que dans les tableaux.

4) les dispositions des directives qui n'ont pas à être transposées en droit interne, ainsi que les raisons pour lesquelles cette transposition n'a pas lieu ; si celle-ci n'a pas lieu d'être, une mention « sans objet » devra apparaître dans les tableaux ;

5) le cas échéant, les dispositions facultatives des directives qui ont fait ou non l'objet d'une transposition en droit interne [8].

2. Ces tableaux de correspondance n'ont pas pour seule fonction de satisfaire le vœu de l'Union européenne [9] mais présentent aussi les avantages suivants, tant pour l'assemblée législative saisie que pour les destinataires des règles [10] :

- ils permettent à l'assemblée législative de se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur du projet pour atteindre le résultat exigé par les directives concernées ;

- ils permettent d'éviter que l'exercice du droit d'amendement n'excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen laisse aux États membres ;

- ils permettent d'éviter que l'assemblée législative n'envisage de compléter la transposition par l'adoption de dispositions qui existent déjà dans l'ordre juridique interne ou qui relèvent de la compétence d'une autre autorité ;

- ils permettent aux destinataires des règles législatives de connaître leur origine.

Des tableaux relatifs à la transposition de chacune des directives concernées, complétés selon les indications qui précèdent, seront dès lors joints au projet législatif lors du dépôt de celui-ci au Parlement.

L'auteur de l'avant-projet complètera par ailleurs l'exposé des motifs et le commentaire des articles en y précisant, pour chaque disposition, si elle est une transposition de l'une des directives, comment elle opère cette transposition et si la disposition ne relève

---

[8] Voir, par exemple, la faculté offerte aux États membres d'autoriser les organismes de placement collectif à être constitués de plusieurs compartiments d'investissement, telle que prévue par l'article premier, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2009/65/CE mise en œuvre par l'article 8, § 2, 4°, de l'avant-projet de loi.

[9] Voir notamment le considérant (95) de la directive 2009/65/CE.

[10] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires,* www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 193. Sur le caractère indispensable de l'établissement de pareils tableaux, tant pour l'auteur de l'avant-projet et le Parlement que pour la section de législation du Conseil d'État, voir aussi le rapport annuel du Conseil d'État, 2005-2006, n^os^ 15 à 17 (www.conseildetat.be).

pas de l'exercice de transposition, quelles sont les éventuelles nouveautés qui y ont été introduites ainsi que les raisons qui sous-tendent ces modifications [11].

III. Effectivité de la transposition des quatre directives

1. L'avant-projet transpose certaines dispositions des directives concernées sans cependant toujours en adopter la même terminologie.

Dans un souci de fidèle transposition de ces directives mais aussi de sécurité juridique, il conviendrait que l'auteur de l'avant-projet aligne la terminologie qu'il utilise sur celle des directives.

Il est renvoyé aux observations particulières formulées à cet égard.

2.1. L'avant-projet ne transpose effectivement qu'une partie des dispositions des directives 2009/65/CE et 2010/78/UE et habilite le Roi à assurer la transposition des autres dispositions de celles-ci. En ce qui concerne les directives 2010/43/UE et 2010/44/UE, la transposition se limite à des habilitations conférées au Roi.

Pour trois des quatre directives concernées, le délai de transposition est déjà écoulé, ainsi qu'il ressort respectivement de l'article 116 de la directive 2009/65/CE, de l'article 46 de la directive 2010/43/UE et de l'article 34 de la directive 2010/44/UE. Le délai de transposition de la directive 2010/78/UE expire le 31 décembre 2011 en vertu de l'article 13 de celle-ci.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur ce que la transposition des quatre directives ne sera effective que lorsque toutes les habilitations nécessaires auront été mises en œuvre.

2.2. Dès lors que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de faire en sorte que nombre des dispositions des directives concernées par l'exercice de transposition soient traduites dans le droit interne par la mise en œuvre des habilitations conférées au Roi, il lui appartient de s'assurer que ces habilitations seront non seulement suffisantes pour assurer la complète transposition des directives dans l'avant-projet mais également que les arrêtés ainsi pris n'excèderont pas le caractère technique qui seul peut justifier que ce soit par la voie réglementaire que l'opération de transposition soit effectuée.

[11] En évitant des formules trop générales telles que celles de « principales nouveautés » ou « reprend en grande partie » qui sont trop imprécises pour être d'une quelconque utilité à l'appréhension des textes en projet.

Il y a par ailleurs lieu d'éviter, dans la manière dont ces habilitations sont formulées, de recourir au mot « peut » dès lors que pour être effective, la transposition implique nécessairement que l'arrêté soit pris.

Enfin, les mots « entre autres » ou « notamment » seront également omis dans ces habilitations ; ces mots sont effet de nature à conférer une portée trop vague à l'habilitation et ne permettent en conséquence pas d'apprécier l'effectivité de la transposition des directives.

3. Outre qu'il confère de nombreuses habilitations au Roi, l'avant-projet confie à la FSMA le soin de régler, par voie de règlements pris en application de l'article 64 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, de nombreux aspects du système mis en place.

Si cette manière de procéder peut, en principe, se justifier par la technicité des règles dont l'adoption est ainsi confiée au Roi ou à la FSMA, elle rend aléatoire le contrôle, à ce stade, de l'effectivité de la transposition des quatre directives, tant par la section de législation du Conseil d'État que par les Chambres législatives [12].

IV. Compatibilité de l'avant-projet avec le droit communautaire général

Les dispositions suivantes de l'avant-projet soulèvent des interrogations quant à leur compatibilité avec le droit communautaire général :

- les articles 36, § 1er et 45, § 2, de l'avant-projet concernent les organismes de placement collectif publics de droit belge. Le premier de ces deux articles est relatif aux fonds communs de placement qui ne répondent pas aux conditions de la directive 2009/65/CE et le second concerne les sociétés d'investissement qui ne répondent pas aux conditions de la directive 2009/65/CE. Ils exigent tous deux que la société de gestion d'organismes de placement collectif soit agréée (a) et ait son siège statutaire et son administration centrale en Belgique (b). Il n'y a donc pas en ce qui les concerne d'application du système de passeport européen.

  L'auteur de l'avant-projet justifie "cette différence de traitement" par le fait que les garanties mises en place par la directive ne sont pas applicables de sorte que procéder autrement porterait préjudice à l'impératif de protection des investisseurs [13].

---

[12] Voir, dans le même sens, l'observation générale III, 2, de l'avis 49.160/2 donné le 2 février 2011 sur un projet devenu la loi du 28 juillet 2011 visant à transposer diverses directives relatives au contrôle du secteur financier et portant dispositions diverses (*Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1619/001, pp. 57 et sv.).

[13] Exposé des motifs, pp. 30, 31 et 34.

Cette justification paraît trop succincte et devrait être précisée quant à la proportionnalité de la mesure.

- les dispositions du Titre II du Livre III (intitulé « Des organismes de placement collectif de droit étranger ») de la partie II (intitulée « Des organismes de placement collectif ») concernent, d'une part, les organismes de placement collectif qui relèvent du droit d'un autre État membre de l'Espace économique européen (ci-après : « l'EEE ») et qui ne répondent pas aux conditions de la directive 2009/65/CE et, d'autre part, des organismes de placement collectif relevant du droit d'États non membres de l'EEE (articles 158 à 163 de l'avant-projet).

  Pour les premiers, à savoir les organismes de placement collectifs « européens » qui ne répondent pas aux conditions de la directive, les règles générales de droit européen relatives à la libre prestation des services et des titres s'appliquent [14]. Aux termes de l'article 158, § 1er, de l'avant-projet, les organismes de placement collectif visés sont tenus de se faire inscrire auprès de la FSMA avant de commencer leurs opérations. Pour apprécier la conformité au droit européen général, il faudrait examiner quelles sont les conditions auxquelles sont subordonnés l'inscription et le maintien de celle-ci. Or sur ce point, une habilitation générale est conférée au Roi par l'article 158, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet. Dans cette mesure, la section de législation du Conseil d'État n'est pas en mesure d'opérer un contrôle du dispositif en projet ;

- les dispositions du Titre II du Livre III (intitulé « Des succursales et des activités de prestation de services en Belgique des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif étrangères ») de la partie III (intitulée « Sociétés de gestion d'organismes de placement collectif ») concernent les succursales et activités de prestation de services en Belgique par des sociétés de gestion d'organismes de placement collectif relevant du droit d'États non membres de l'EEE ou membres de l'EEE mais non soumises à la directive 2009/65/CE (articles 247 et sv. de l'avant-projet).

  Pour les seconds, c'est-à-dire les organismes de placement collectif « européens » qui ne répondent pas aux conditions de la directive, les règles générales de droit européen relatives à la libre prestation des services et des titres s'appliquent. Aux termes de l'exposé des motifs [15], ces dispositions reprennent celles de l'arrêté royal du 26 avril 2009 relatif aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif étrangères.

  Pour l'essentiel, il s'agit d'appliquer, par référence, certains articles de l'avant-projet qui sont applicables aux sociétés de gestion de droit belge. Il y a toutefois quelques exceptions et, plus particulièrement, quelques règles spécifiques qui leur sont applicables.

  À cet égard, deux dispositions posent question, à savoir les articles 248, § 2, et 253, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet. Le premier de ces articles dispose en effet que la FSMA peut refuser d'agréer la succursale d'une société de gestion d'un organisme de placement collectif relevant du droit d'un État qui n'accorde pas les mêmes possibilités d'accès à son

[14] Exposé des motifs, p. 59.

[15] Exposé des motifs, p.70.

marché aux sociétés de gestion d'un organisme de placement collectif de droit belge. Le second article dispose que la FSMA peut interdire l'exercice des activités et la prestation de services en Belgique à une société de gestion d'un organisme de placement collectif relevant du droit d'un État qui n'accorde pas les mêmes possibilités d'accès à son marché aux sociétés de gestion d'un organisme de placement collectif de droit belge.

Ces deux dispositions instaurent ainsi une règle fondée sur la réciprocité. Or, dans la mesure où celle-ci est destinée à s'appliquer également aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif « européens », elle semble difficilement conciliable avec le droit communautaire général. En effet, aux termes de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, la réciprocité n'a plus sa place dans le droit de l'Union européenne [16]. Certes, de telles dispositions figuraient déjà dans l'arrêté royal du 26 avril 2009 précité en ses articles 23, § 2, et 28, § 2, alinéa 2, mais relevaient en l'occurrence respectivement des chapitres III et IV de l'arrêté applicables aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif relevant d'États non membres de l'EEE.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de lever ces interrogations.

V. Délégations de compétence

1.1. En ce qui concerne les délégations de compétence au Roi contenues dans l'avant-projet, il y a lieu de rappeler les principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Conformément à ces principes, les choix politiques essentiels doivent être fixés par le pouvoir législatif mais le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé au pouvoir exécutif [17].

Les délégations contenues notamment aux articles 38 et 158, § 2, alinéa 3, ainsi qu'à l'article 180, § 1er, 5°, b), alinéa 1er, de l'avant-projet, ne répondent pas à ces conditions. Il est renvoyé aux observations particulières relatives à ces dispositions.

1.2. L'attribution au Roi de compétences que la Constitution réserve à la loi est soumise à des conditions plus strictes. Une telle délégation de compétence n'est admissible que lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels de la réglementation parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas de réaliser l'objectif d'intérêt général concerné, et à condition que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court,

[16] Voir par exemple, l'arrêt rendu le 21 juin 1974 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Reyners (aff. 2-74).

[17] Voir par exemple l'avis 38.703/1/V donné le 6 septembre 2005 sur un projet devenu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, observations générales, point 7.

fixé dans la loi d'habilitation, et qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés soient privés d'effets [18].

Ces conditions ne sont pas remplies dans le cas de l'article 152, § 4, de l'avant-projet. Il est renvoyé à l'observation particulière relative à cette disposition.

1.3. Certaines dispositions de l'avant-projet habilitent le Roi à modifier, compléter ou abroger des lois existantes. Tel est le cas notamment des articles 86 et 91.

D'autres dispositions autorisent le Roi à étendre le champ d'application de la loi projetée. Il en va ainsi notamment des articles 132 et 147, qui habilitent le Roi, par arrêté pris sur avis de la FSMA, à étendre l'application des articles 97 à 115 de l'avant-projet aux organismes de placement collectif à nombre variable et fixe de parts, respectivement institutionnels et privés.

Il est conseillé de prévoir une procédure de confirmation législative des arrêtés que le Roi est ainsi habilité à prendre, de manière à permettre un contrôle parlementaire de ceux-ci. La sécurité juridique est en outre mieux garantie lorsque les arrêtés royaux fixant les mesures nécessaires pour la transposition de dispositions de droit international sont soumis à cette procédure de confirmation. Enfin, la confirmation de ces arrêtés évitera tout litige quant à la question de savoir si le Roi n'a pas dépassé les pouvoirs qui lui ont été conférés [19].

2. En ce qui concerne les dispositions de l'avant-projet qui laissent à la FSMA le soin de transposer par voie réglementaire certains aspects des quatre directives en cause [20], il y a lieu de rappeler l'avis suivant de la section de législation, donné au sujet de dispositions analogues [21] :

> « S'il se conçoit que les questions essentiellement techniques figurant dans les directives soient transposées par l'organe régulateur du secteur concerné, il n'en demeure pas moins que les lignes directrices qui commanderont le dispositif à prendre par cet organe devraient figurer dans l'avant-projet ».

---

[18] Voir dans l'avis 37.983/1/3, l'observation 3.4. relative à l'article 43, donné le 20 janvier 2005 sur un projet devenu la loi du 27 avril 2005 relative à la maîtrise du budget des soins de santé et portant diverses dispositions en matière de santé (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1627/001, pp. 61 et sv.).

[19] Voir en ce sens l'observation générale I de l'avis 33.182/2 donné le 29 avril 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 précitée (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n^{os} 50-1842/001 et 50-1843/001, pp. 244 et sv.).

[20] Voir par exemple les articles 42, § 9, et 98, alinéa 1er, de l'avant-projet.

[21] Voir l'avis 49.160/2 précité l'observation générale II., 2.

3. L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier, pour l'ensemble des délégations au Roi et à la FSMA figurant dans l'avant-projet, si celles-ci répondent bien aux principes rappelés ci-dessus.

VI. Principe du contradictoire

Selon une jurisprudence constante de la section de législation et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, les personnes susceptibles de faire l'objet de mesures graves doivent avoir accès à une procédure leur permettant de faire valoir utilement leur point de vue avant qu'une décision soit prise à leur égard. Dans le cas de dispositions mettant en œuvre, comme en l'espèce, une directive européenne, le droit à une procédure contradictoire s'applique en outre en tant que principe général de droit communautaire, qui s'impose même aux États [22].

La section de législation a fréquemment souligné que la procédure menant à l'adoption d'une mesure grave doit revêtir un caractère contradictoire et équitable. Il doit être expressément prévu que la personne contre laquelle il est envisagé d'adopter une mesure grave sera informée de la nature de la mesure qu'il est envisagé d'adopter, ainsi que des motifs qui justifient celle-ci. Sauf circonstances particulières dûment établies, il convient aussi que la personne puisse avoir accès au dossier complet dans un délai raisonnable lui permettant de préparer utilement ses observations, et qu'elle ait la possibilité de donner préalablement son point de vue sur les faits qui lui sont reprochés [23-24]. Dans certaines dispositions de l'avant-projet, ceci ne ressort pas expressément du texte ; tel est par exemple le cas de la révocation d'un réviseur ou d'une société de réviseurs [25].

L'avant-projet sera, le cas échéant, complété pour tenir compte des principes rappelés ci-dessus.

---

[22] Voir l'avis 42.055/2 donné le 31 janvier 2007 sur un projet devenu la loi du 2 mai 2007 relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses, la deuxième observation relative à l'article 21 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-2963/001, pp. 127 et sv.) ; voir également l'observation générale 4 de l'avis 44.643/2, donné le 1er juillet 2008 sur un projet devenu la loi du 16 février 2009 relative à la réassurance, (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, nos 52-1493/001 et 52-1494/001, pp. 155 et sv.).

[23] *Ibid.*

[24] Voir l'avis 42.055/2 précité l'observation 2 relative à l'article 21, et les références jurisprudentielles citées à la note de bas de page 30 de cet avis.

[25] Article 222 de l'avant-projet.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

1. Ainsi qu'en a convenu le délégué du ministre, dans la version française du texte, au lieu d'écrire à l'article 2 « (b) la directive 2009/78/UE », il convient d'écrire « (b) la directive 2010/78/UE ».

La même observation vaut pour l'article 3, 41°.

2. Pour améliorer la lisibilité de l'article 2, il est suggéré d'insérer, avant les mots « de la directive 2010/44/UE », les signes (d).

Article 3

1. Au 7°, il convient, si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet, de traduire l'idée que les conditions a) et b) sont cumulatives.

2. Aux 23° et 24°, le choix qu'opère l'auteur de l'avant-projet à l'examen d'étendre le champ d'application du dispositif de la loi aux organismes de placement collectifs à nombre variable de parts de droit belge ne répondant pas aux conditions de la directive 2009/65/CE et n'entrant donc pas dans le champ d'application de celle-ci, le conduit à devoir opérer, dans la définition qu'il donne de « nourricier » (« feeder ») et « maître » (« master ») une distinction selon que l'organisme répond ou non aux conditions de la directive 2009/65/CE.

Si la démarche se comprend au regard de la transposition de la directive [26], elle aboutit cependant, en droit belge, à un dispositif qui ne procède pas d'une technique législative appropriée et qui, de plus, nuit à la sécurité juridique.

En effet, le texte légal doit se comprendre par lui-même, complété par ses éventuels arrêtés royaux d'exécution. En l'occurrence, l'auteur de l'avant-projet transpose la directive et étend son champ d'application ; la distinction qu'il établit entre le 23°, a), et b), de

[26] Et du respect de l'obligation qui incombe aux États membres de communiquer « à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la directive » (article 116, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE).

l'article 3 n'a de sens qu'au regard de l'extension de ce champ d'application et non de la directive. Il y a dès lors lieu de faire une référence, dans cet article, aux conditions de la loi et non à celles de la directive.

Une observation similaire vaut *mutatis mutandis* [27] pour la suite de l'avant-projet [28].

3. Au 25°, la question se pose de savoir quelle est l'utilité de définir à l'article 3, 25°, la notion d'« informations clés pour l'investisseur » et de « documents d'informations clés pour l'investisseur » et de préciser, dans le commentaire de l'article, que cette notion est nouvelle et « issue […] de la directive 2009/65/CE ». En effet, la notion n'est effectivement définie et ne transpose correctement la directive qu'aux articles 58, alinéa 1er, et 60, paragraphe 2, alinéa 2, de l'avant-projet.

À tout le moins et par souci d'être complet ainsi que d'éviter des confusions à la lecture du commentaire de l'article, l'auteur de l'avant-projet pourrait-il compléter le tableau de correspondance par une référence à l'article 78, paragraphes 1 et 2, de la directive 2009/65/CE en regard de l'article 3, 25°, de l'avant-projet.

4. Au 27°, la deuxième phrase sera clarifiée de manière à faire apparaître si la présomption qu'elle énonce est une présomption irréfragable ou non.

5. Au 29°, la loi du 2 mai 2007, soit sera citée avec son intitulé exact, qui est « loi relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses », soit fera l'objet d'une définition du type de celles figurant aux points 37° à 40°, 45°, 47° et 49°, ce qui paraît préférable.

L'auteur de l'avant-projet examinera s'il ne convient pas également de définir, à l'article 3, la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, dont il est question aux articles 275 et suivants de l'avant-projet et de mentionner aussi, en la définissant, la loi du 20 juillet 2004 précitée.

---

[27] Voir également les articles 187, 233, 234, 235, §2, 239, *in fine*, 240, alinéa 2, et 262, 2°, de l'avant-projet.

[28] Surabondamment, la question se pose de savoir pourquoi ne pas recourir à la terminologie de la directive 2009/65/CE qui, dans sa version française, utilise les notions de « nourricier » et « maître » et non de « feeder » et « master » qui en sont les traductions en langue anglaise.

Tous les points ayant pour objet la définition de lois se suivront sans interruption et ce, en fonction de l'ordre chronologique de ces lois.

En tout état de cause, les tableaux de correspondance doivent indiquer que l'article 3, 29°, transpose non seulement l'article 2, paragraphe 5, mais également l'article 2, paragraphe 1, j), de la directive 2009/65/CE.

6. Au 30°, la notion de « liens étroits » est définie par référence à trois types de situations faisant intervenir d'autres notions de « participation », « lien de participation » et « entreprise liée » dont le 31° précise qu'elles seront définies dans les arrêtés à prendre en exécution de l'article 212 de l'avant-projet [29].

Dès lors que ces trois dernières notions, de même que celles de « contrôle » et d'« entreprise mère, filiale » sont nécessaires à l'application des dispositions de l'avant-projet, ce que semble confirmer le 30° (du moins pour trois d'entre elles), leur définition doit figurer dans l'avant-projet et non dans un arrêté d'exécution : une loi ne peut en effet se référer, pour la définition des termes qu'elle utilise, à un arrêté royal.

L'avant-projet doit être adapté en conséquence [30] ;

7. Concernant le 41°, il est renvoyé à la première observation relative à l'article 2.

8. L'avant-projet utilisant plusieurs fois la notion de « jour ouvrable », laquelle n'est pas reçue en droit, il serait opportun, afin d'éviter toute difficulté d'application, de la définir à l'article 3.

Article 5

1. Dès lors que l'article 3 de l'avant-projet n'a d'autre objet que de définir les notions qu'utilise, par la suite, le dispositif et n'a donc, dans cette mesure, aucune portée normative, il est peu heureux de prévoir, à l'article 5, §§ 1er et 2, de l'avant-projet, que c'est en vue de « l'application de l'article 3, 11°, a) » respectivement que sont énoncées les offres

[29] Article 212 de l'avant-projet qui ne comporte par ailleurs aucune habilitation au Roi.

[30] Voir à cet égard l'article 2, paragraphe 1, i), de la directive 2009/65/CE.

visées (article 3, 11°, a), i)) et qu'une habilitation est conférée au Roi pour définir la notion de public (article 3, 11°, a), ii)).

La disposition doit être revue pour ne pas aboutir à donner à un article une portée qu'il n'a pas dans l'ordre juridique interne.

2. Aux termes du premier tableau de correspondance, l'article 5, paragraphes 1 à 4, de la directive 2009/65/CE, qui a trait aux modalités de l'agrément des organismes de placement collectif, est transposé par les articles 30, 32, 36, 37, 38, 48, 51, 52, 148 à 157 et 271 de l'avant-projet. Or, ce n'est qu'au regard de l'article 30 de l'avant-projet qu'apparaît, dans le second tableau de correspondance (Dispositions de l'avant-projet/Dispositions de la directive 2009/65/CE, ci-après le « second tableau de correspondance »), la mention de l'article 5 de la directive 2009/65/CE, plus spécialement son paragraphe 1.

Les tableaux de correspondance doivent coïncider. L'auteur de l'avant-projet est invité à compléter le second tableau après avoir dûment vérifié l'exactitude de la référence aux dispositions de l'avant-projet qui assurent la transposition de l'article 5, paragraphes 1 à 4 de la directive 2009/65/CE.

Article 8

1. L'auteur de l'avant-projet examinera s'il ne convient pas de lever une contradiction apparente entre, d'une part, l'article 8, § 2, 2° et 3°, de l'avant-projet selon lequel, au sein d'une société d'investissement à capital variable ou d'un fonds commun de placement à nombre variable de parts, une nouvelle catégorie de parts peut être créée, nonobstant la modification des statuts ou du règlement de gestion que cela comporte, « sans qu'une assemblée générale ne doive être convoquée pour ce faire », et, d'autre part, les articles 14, § 3, alinéa 2 et 16, § 6, alinéa 4, de l'avant-projet qui confirment que, pour de telles hypothèses de création de parts, l'article 560 du Code des sociétés, qui requiert nécessairement la réunion d'une assemblée générale, est applicable.

2. Comme le précise le second tableau de correspondance, l'article 8, § 2, 4°, de l'avant-projet de loi doit être placé au regard de l'article premier, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2009/65/CE. Toutefois, dans la mesure où cette dernière disposition offre une faculté aux États membres que la disposition à l'examen met en œuvre, il serait bon de préciser, dans le tableau de correspondance, voire dans le commentaire de l'article, les conditions de l'utilisation de cette faculté. En effet, le pouvoir d'appréciation des assemblées législatives peut s'exercer différemment dans cette hypothèse que dans le cas où la disposition est une transposition pure de la directive.

Article 10

L'article 10, alinéa 1er, de l'avant-projet de loi à l'examen paraît répéter inutilement son article 9.

La même observation vaut pour l'article 18, dernier alinéa, de l'avant-projet.

Article 11

L'article 11, § 2, prévoit qu'« un fond commun de placement est considéré comme belge s'il est inscrit sur la liste » établie par la FSMA en application de l'article 33 de l'avant-projet.

L'article 4 de la directive 2009/65/CE figurant dans le tableau de correspondance en regard de l'article 11, § 2, de l'avant-projet dispose :

« Pour l'application de la présente directive, un OPCVM est considéré comme établi dans son État membre d'origine ».

Cet État membre d'origine est, aux termes de l'article 2, paragraphe 1er, e), de la directive 2009/65/CE, « l'État membre dans lequel l'OPCVM est agréé conformément à l'article 5 (de la directive) ».

En l'occurrence, c'est par un recoupement avec les tableaux de correspondance qu'il apparaît que l'article 5 de la directive 2009/65/CE est transposé dans les articles 30 et suivants de l'avant-projet et que, partant, la formalité de l'agrément requise par la directive est traduite dans l'obligation d'inscription prévue par l'avant-projet.

Étant donné l'importance que revêt cette formalité, il serait bon que le commentaire de l'article explicite plus précisément comment le système d'agrément, au sens du droit européen, est transposé en droit belge.

Le commentaire actuel des articles 11 à 14 qui se résume à deux alinéas crée d'ailleurs une confusion en se limitant à mentionner une « nouveauté principale », à savoir celle « qui a trait à la possibilité pour les fonds communs de placement de constituer des compartiments en leur sein, à l'instar de ce qui est possible pour les sociétés d'investissement ».

Cette nouveauté devrait normalement faire l'objet d'une mention dans les tableaux de correspondance si, comme il a été procédé pour l'article 8, § 2, 4°, de l'avant-projet, il s'agit de la mise en œuvre de la faculté offerte par l'article premier, paragraphe 2, alinéa 2, de la directive 2009/65/CE.

Article 13

Il y aurait lieu d'indiquer de manière plus détaillée dans le commentaire de l'article en quoi et pour quelles raisons il y a lieu de formuler l'article 13 tel qu'il l'est dans l'avant-projet et qui se distingue de sa version initiale de la loi du 20 juillet 2004 précitée [31].

Article 15

Il y a lieu de corriger les deux tableaux de correspondance. En ce que l'article 15, alinéa 1er, de l'avant-projet prévoit qu'« une société d'investissement à capital variable 'sicav', est constituée sous la forme d'une société anonyme », il transpose l'article 27, alinéa 2, de la directive 2009/65/CE et non l'article 27, paragraphe 3, de cette directive [32].

Article 16

La section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles l'auteur de l'avant-projet a inséré, au paragraphe 6, de l'article 16, de l'avant-projet, les articles 633 et 634, relatifs aux pertes du capital, dans la liste des dispositions du Code des sociétés qui ne sont pas applicables aux sociétés d'investissement à nombre variable de parts.

En effet, la justification avancée dans l'exposé des motifs ne convainc pas puisque, malgré le caractère variable de son capital, la société coopérative à responsabilité limitée est soumise aux articles 431 et 432 du Code des sociétés, qui sont analogues aux articles 633 et 634. S'agissant de sociétés à capital variable, il faut simplement considérer que la part fixe du capital constitue la valeur de référence pour apprécier l'ampleur d'une réduction d'actif net.

[31] Comparer avec le commentaire des articles 15 à 17 de l'avant-projet.

[32] *A fortiori* compte tenu du fait que l'article 27 de la directive 2009/65/CE ne compte pas de paragraphe 3.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour les articles 119 et 136 de l'avant-projet.

Article 21

Au paragraphe 1er, il est renvoyé au Code des sociétés « dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent Titre ».

Compte tenu du fait que la partie II, Livre II, Titre II auquel il est ainsi fait référence donne des habilitations au Roi à déroger à certaines règles du Code des sociétés [33], il y a lieu d'écrire « dans la mesure où il n'y est pas dérogé par le présent titre ou en vertu de celui-ci », à l'instar de ce qui figure dans d'autres dispositions faisant état de dérogations pouvant être apportées au Code des sociétés ou à d'autres textes [34].

L'observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet [35].

Article 32

L'article 32, alinéa 3 énonce qu'« [U]n recours est ouvert aux demandeurs, conformément à l'article 122, 21°, de la loi du 2 août 2002, contre les décisions de refus […] » d'inscription des organismes de placement collectif publics et des compartiments auprès de la FSMA.

L'article 122, 21°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers dispose ce qui suit :

> « Un recours auprès du Conseil d'État est ouvert, selon une procédure accélérée déterminée par le Roi :
>
> […]
>
> 21° à l'organisme de placement collectif, contre les refus d'agrément, les refus d'approbation ou les refus d'acceptation décidés par la FSMA en vertu des articles 33, 35, alinéa 1er, 43, § 3, alinéa 1er, 45, alinéa 2 ou 49, alinéa 3, de la loi du 20 juillet 2004 précitée, ou lorsque la FSMA n'a pas statué dans un délai de trois mois à dater de l'introduction d'un dossier complet […] ».

[33] Voir par exemple l'article 21, § 5, de l'avant-projet.

[34] Voir par exemple l'article 85 de l'avant-projet.

[35] Voir par exemple l'article 27, § 1er, de l'avant-projet.

Compte tenu du fait que, sur la base des habilitations conférées au Roi par l'article 269 de l'avant-projet, l'article 122, 21°, de la loi du 2 août 2002 précitée sera adapté en fonction des dispositions de la loi en projet, en ce compris sur les recours ouverts contre les refus d'inscription, prises par la FSMA en vertu de l'article 32 de l'avant-projet, il n'est pas nécessaire de faire figurer la même règle au sein de celui-ci.

L'article 32, alinéa 3, sera omis.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour les articles 170, alinéa 2, et 205, § 1er, alinéa 5, de l'avant-projet.

Article 38

L'habilitation conférée au Roi par l'article 38 est trop large.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Article 40

L'article 40 de l'avant-projet de loi à l'examen paraît mettre en œuvre l'article 29 de la directive 2009/65/CE. Si tel est bien le cas, le tableau de correspondance devrait le préciser.

Article 42

1. Interrogé sur la portée des mots « le cas échéant », figurant à plusieurs reprises dans l'article 42 de l'avant-projet, le délégué du ministre a répondu que ces mots seraient chaque fois omis.

L'article 42 sera modifié en conséquence.

2. Par ailleurs, aux termes du premier tableau de correspondance (Dispositions de la directive 2009/65/CE/Dispositions de l'avant-projet, ci-après le « premier tableau de correspondance »), l'article 42, § 6, de l'avant-projet transpose l'article 51, paragraphe 1, alinéa 3, de la directive 2009/65/CE, mention qui n'apparaît pas dans le second tableau de correspondance. Or, c'est bien le cas, spécialement pour le paragraphe 6, alinéa 6, de l'article 42 de l'avant-projet qui doit, en conséquence, figurer dans ce second tableau de correspondance.

Article 50

L'article 50, alinéa 1er, de l'avant-projet prévoit que « le règlement de gestion ou les statuts sont annexés au prospectus visé à l'article 58, alinéa 1er ». La question se pose de savoir pour quelle raison n'avoir pas également prévu, comme le fait l'article 71, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE, que ces documents « font partie intégrante du prospectus ».

Ne serait-il pas préférable, dans un souci de fidèle transposition de la directive et de sécurité juridique, d'aligner la formulation de l'article 50, alinéa 1er, de l'avant-projet sur celle de l'article 71, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE ?

Article 51

1. La question se pose de savoir si la directive 2009/65/CE, lorsqu'elle énonce, en son article 22, paragraphe 1, que « [l]a garde des actifs d'un fonds commun de placement doit être confiée à un dépositaire », laisse aux États membres une latitude telle qu'elle justifierait que, comme le prévoit l'article 51, § 1er, de l'avant-projet, « [l]e Roi […] détermine les cas dans lesquels un organisme de placement collectif doit disposer d'un dépositaire ».

2. L'article 42, § 6, de l'avant-projet qui apparaît, dans le premier tableau de correspondance, comme la transposition de l'article 51, paragraphe 1, alinéa 3, de la directive 2009/65/CE, ne figure pas dans le second tableau de correspondance. Celui-ci doit être complété en conséquence.

3. La question se pose de savoir si l'article 51, § 2, de l'avant-projet transpose à suffisance les articles 23, paragraphes 1 et 3, et 33, paragraphes 1 à 3, de la directive 2009/65/CE, plus particulièrement en ce que, d'une part, ces dispositions requièrent du dépositaire d'avoir son siège statutaire ou d'être établi dans l'État membre d'origine de l'organisme de placement collectif ou selon le cas de la société d'investissement et qu'elles vont, d'autre part, au-delà de la simple référence au droit d'un autre État membre de l'EEE mais citent précisément la réglementation prudentielle et requièrent une surveillance continue. L'article 23, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE mentionne en outre les qualités de la condition des garanties financières et professionnelles.

4. Ne faut-il pas ajouter l'article 23, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE au second tableau de correspondance ainsi qu'il est mentionné dans le premier tableau de correspondance ?

Article 52

Il serait préférable d'insérer le dernier alinéa après le premier.

Article 54

1. La question se pose de savoir pour quelle raison n'avoir pas reproduit, au paragraphe 2 de l'article 54 de l'avant-projet, l'article 61, paragraphe 1, alinéa 3 de la directive 2009/65/CE en ce que cette disposition envisage « une quelconque règle restreignant la divulgation d'informations ou en rapport avec la protection des données, que cette règle soit prévue par un contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative » et non une disposition légale particulière (en l'occurrence l'article 458 du Code pénal) ou « une quelconque disposition contractuelle restreignant la divulgation d'informations ou en rapport avec la protection des données ».

Ne serait-il pas préférable, dans un souci de fidèle transposition de la directive et de sécurité juridique, d'aligner la formulation de l'article 54, § 2, de l'avant-projet sur celle de l'article 61, paragraphe 1, alinéa 3 de la directive 2009/65/CE ?

La même observation vaut *mutatis mutandis* pour l'article 107, § 3, de l'avant-projet au regard de l'article 62, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE.

2. Des tableaux de correspondance, il apparaît que l'article 54 de l'avant-projet transpose l'article 61, paragraphe 1, alinéas 1er et 3, de la directive 2009/65/CE.

Sans doute l'intention est-elle de transposer l'article 61, paragraphe 1, alinéa 2, de cette directive dans un arrêté d'exécution au titre de la détermination du contenu et des modalités de l'accord.

Dès lors que la conclusion de cet accord est indispensable au point de se présenter, dans la directive 2009/65/CE comme un préalable à l'investissement, ne serait-il pas judicieux de traduire également l'article 61, paragraphe 1, alinéa 2, de la directive dans la loi ?

Articles 58 et 60

Ces dispositions règlent le document d'informations clés pour l'investisseur et l'article 60 prévoit plus particulièrement son contenu.

Toutefois, à l'encontre de l'article 78, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE, l'obligation de mentionner clairement sur le document les mots « informations clés pour l'investisseur » n'est pas transposée. Cette lacune sera comblée.

Article 59

1. Par souci de transposition fidèle de la directive mais également de sécurité juridique, ne conviendrait-il pas de reproduire également l'alinéa 2 de l'article 69, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE, qui prévoit que le prospectus « comporte une description claire et facile à comprendre du profil du risque du fonds » ?

2. Pour quelle raison les mots « en pleine connaissance de cause » ne sont-ils pas reproduits pour le prospectus, alors qu'ils le sont, pour les informations clés pour l'investisseur, dans l'article 60 de l'avant-projet ?

Article 61

1. Cette disposition ne figure pas dans le second tableau de correspondance alors que dans le premier, elle est placée en regard de l'article 74, de la directive 2009/65/CE.

Or, l'article 61 de l'avant-projet règle les aspects de la publicité à donner au prospectus tandis que l'article 74, de la directive 2009/65/CE a trait à la question de la transmission à l'autorité compétente du prospectus et de ses modifications.

L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier le bien-fondé de la correspondance ainsi faite dans le premier tableau.

Une observation similaire vaut pour l'article 61, §§ 1er et 2, de l'avant-projet mis en correspondance, dans le premier tableau, avec l'article 82, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE.

2. Le paragraphe 1er, alinéa 2, renvoie notamment à l'article 60, § 4, disposition qui ne figure pas dans l'avant-projet, alors que c'est au paragraphe 3 de l'article 60 qu'il convient de renvoyer.

Le texte sera corrigé en ce sens.

Article 64

Il faut ajouter l'article 79, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE, dans le second tableau de correspondance, au regard de l'article 64, § 1er, alinéa 2, de l'avant-projet.

Article 71

1. À l'alinéa 2, il convient de désigner de manière précise les décisions contre lesquelles le recours visé à l'article 121, § 1er, alinéa 1er, 5°, de la loi du 2 août 2002 précitée peut être introduit.

Après les mots « contre le refus de la FSMA », seront donc insérés les mots « visé à l'article 69 », si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Quant à la décision visée à l'article 70, alinéa 2, dont il est fait mention à la fin de l'article 71, alinéa 2, il s'agit d'une décision implicite. Plutôt que d'écrire, à la fin de l'article 71, alinéa 2, « énonçant que le dossier ne peut encore être considéré comme complet », mieux vaut dès lors écrire « contre la décision implicite de rejet visée à l'article 70, alinéa 2 ».

2. Il n'est pas admissible d'immuniser un acte administratif de tout recours, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 3.

Le dispositif sera revu en manière telle que les recours prévus par les articles 121 ou 122 de la loi du 2 août 2002 précitée puissent être exercés [36] ou qu'un recours juridictionnel spécifique puisse être mis en œuvre.

[36] L'auteur de l'avant-projet examinera si cette révision interviendra par la voie d'une modification de l'avant-projet lui-même ou par la mise en œuvre des habilitations conférées au Roi par l'article 269 de l'avant-projet.

Article 81

L'habilitation conférée au Roi par l'article 81 est trop large, d'autant qu'elle n'énonce son objet que de manière exemplative.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Article 82

Pour quelles raisons les mots « assortis du droit de vote », quant à la quantité de « titres d'une même société » que ne peut acquérir un organisme de placement collectif, et « notable », s'agissant de l'« influence » qu'il ne peut exercer sur la gestion d'une société, ne sont-ils pas reproduits à l'article 82, § 1er, alinéa 1er, de l'avant-projet alors qu'ils figurent à l'article 56, paragraphe 1, alinéa 1er, de la directive 2009/65/CE ?

Ne serait-il pas préférable, dans un souci de fidèle transposition de la directive et de sécurité juridique, d'aligner la formulation de l'article 82, § 1er, alinéa 1er, de l'avant-projet sur celle de l'article 56, paragraphe 1, alinéa 1, de la directive 2009/65/CE ?

Article 85

S'il peut être admis que la FSMA déroge, dans des cas individuels, à des arrêtés pris en exécution de la loi du 2 août 2002, précitée [37], il serait en revanche contraire au principe de la hiérarchie des normes que la FSMA déroge à des dispositions légales.

Au lieu d'écrire, à l'article 85, « par ou en vertu de », on écrira donc « en vertu de ».

La même observation vaut pour l'article 200 de l'avant-projet.

Article 86

1. À la lecture des tableaux de correspondance, il apparaît que l'article 86 de l'avant-projet assurerait la transposition des articles 37 à 48 de la directive 2009/65/CE qui forment le chapitre VI, relatif aux fusions d'organismes de placement collectif.

[37] Voir l'avis 38.043/2 donné le 24 janvier 2005 sur un projet devenu l'arrêté royal du 4 mars 2005 relatif à certains organismes de placement collectif publics, l'observation 1.2 relative au fondement juridique (implicite).

Or, tel n'est pas le cas, cet article 86 confère, dans sa quasi-totalité, le règlement de la matière au Roi en lui conférant de nombreuses habilitations à cet effet.

Il conviendrait, à tout le moins, que le commentaire de l'article 86 qui est particulièrement bref, précise que ce sont des arrêtés royaux qui vont transposer le chapitre VI de la directive 2009/65/CE.

Par ailleurs, l'auteur de l'avant-projet devra s'assurer que, ce faisant, la transposition sera opérée de manière effective [38].

2. L'article 86, § 1er, alinéa 2, de même que l'article 91, deuxième phrase *initio*, autorisent le Roi à déroger à certaines dispositions du Code des sociétés. Ces délégations de compétence au Roi devraient être assorties d'une confirmation législative, pour les motifs exposés dans l'observation générale V.1.3.

Article 87

L'habilitation conférée au Roi par l'article 87, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet, est trop large.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Article 91

À l'article 91, deuxième phrase, la section de législation du Conseil d'État n'aperçoit pas l'utilité des mots « adapter, modifier et compléter les règles prises en exécution de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises et, dans les conditions de l'article 122, alinéa 1er du Code des sociétés, les règles prises en exécution de l'article 92 du Code des sociétés ». Le pouvoir réglementaire du Roi dans ces matières découle déjà de diverses dispositions de la loi du 17 juillet 1975 précitée ainsi que de l'article 122 du Code des sociétés. Si l'objectif est de subordonner l'exercice de ces compétences, en l'espèce, à l'existence d'un avis préalable de la FSMA, la rédaction du texte sera clarifiée en ce sens. S'il s'agit au contraire de simplement rappeler des compétences déjà conférées au Roi par d'autres dispositions légales, le passage en question sera omis.

Une observation similaire vaut pour l'article 212, alinéa 5, de l'avant-projet.

[38] Voir l'observation générale III, 2.2.

Article 100

La question se pose de savoir pour quelle raison n'avoir pas reproduit l'article 109, paragraphe 4, de la directive 2009/65/CE, notamment en ce que cette disposition envisage « tout problème décelé et susceptible d'affecter substantiellement la capacité de la société de gestion à s'acquitter dûment de ses missions » et non « des difficultés constatées, […] et susceptibles de mettre en doute la capacité de la société de gestion d'organismes de placement collectif de s'acquitter de ses missions ».

Ne serait-il pas préférable, dans un souci de fidèle transposition de la directive et de sécurité juridique, d'aligner la formulation de l'article 100 sur celle de l'article 109, paragraphe 4, de la directive 2009/65/CE ?

Article 105

À l'article 105, dernier alinéa, de l'avant-projet, il y a lieu d'écrire

« Dans les organismes de placement collectif, la proposition de révocation des mandats de commissaire […], telle que réglée par les articles 135 et 136 du Code des sociétés, est soumise à l'avis de la FSMA ».

Article 106

Le paragraphe 1er, alinéa 2, de l'article 106, prévoit une limitation de la responsabilité des commissaires qui ont procédé de bonne foi à certains types d'information.

L'auteur de l'avant-projet devra être en mesure de justifier cette dérogation au régime commun de la responsabilité au regard des principes d'égalité et de non-discrimination.

La même observation vaut pour l'article 223, § 1er, alinéa 2 de l'avant-projet.

Article 107

Par souci de transposition fidèle de la directive et de sécurité juridique, ne conviendrait-il pas d'insérer, entre les premier et second alinéas actuels du paragraphe 1er, un alinéa traduisant l'interdiction formulée à l'alinéa 2 de l'article 62, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE, selon lequel « l'OPCVM nourricier n'investit dans les parts du maître qu'une fois qu'un tel accord est entré en vigueur ».

Article 110

Aux termes de l'alinéa 6,

« Un recours est ouvert contre les décisions de la FSMA prises en vertu de l'alinéa 5 du présent article, conformément à l'article 121, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 2 août 2002 ».

L'alinéa 5 envisage le prononcé d'astreintes par la FSMA dans les hypothèses qu'il énonce.

Selon l'article 121, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 2 août 2002 précitée, « [u]n recours auprès de la cour d'appel de Bruxelles est ouvert contre les décisions de la FSMA » d'infliger une astreinte ou une amende administrative en application d'une série de dispositions énumérées, en ce compris en vertu de plusieurs dispositions de la loi du 20 juillet 2004 précitée, mais aussi, de manière générale, « en application de toute autre disposition légale qui donnerait à la FSMA la compétence d'infliger une astreinte ou une amende administrative ».

En conséquence, indépendamment même des pouvoirs dont le Roi disposera sur la base de l'article 269 de l'avant-projet et qui Lui permettront d'adapter notamment l'article 121, § 1er, alinéa 1er, 4°, de la loi du 2 août 2002 précitée, cette disposition prévoit déjà, par cette formulation générale, l'existence d'un recours dans l'hypothèse envisagée par l'article 110, alinéa 6, de l'avant-projet.

Il n'est pas de bonne législation de faire figurer une même règle dans deux dispositions différentes. On peut observer d'ailleurs que l'article 150 de l'avant-projet ne contient pas, à bon escient, pareil dispositif.

L'article 110, alinéa 6, sera omis.

La même observation vaut pour les articles 115, § 4, et 230, § 4, de l'avant-projet qui concernent des compétences de la FSMA de prononcer des astreintes et des amendes administratives.

Article 115

1. La disposition à l'examen prévoit, en son paragraphe 2, la possibilité pour la FSMA de prononcer des amendes administratives « lorsqu'elle constate une infraction aux dispositions de la présente loi ou aux mesures prises en exécution de celles-ci », et ce « [s]ans préjudice des autres mesures prévues par la présente loi ».

La procédure en la matière est réglée par les articles 70 à 73 de la loi du 2 août 2002 précitée, qui ont été remplacés par les articles 16 à 19 de la loi du 2 juillet 2010 [39].

S'agissant des règles à respecter pour ce qui concerne le principe « *non bis in idem* » lorsqu'un même comportement est susceptible de faire l'objet d'une répression à la fois administrative et pénale, il est renvoyé aux observations formulées par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 47.442/2 donné le 14 décembre 2009 sur l'avant-projet devenu la loi du 2 juillet 2010 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 [40].

L'auteur de l'avant-projet doit également être conscient de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle selon laquelle, lorsqu'un dispositif à caractère pénal est adopté avec cette conséquence que le sursis à l'exécution des peines peut être appliqué aux personnes poursuivies devant les juridictions pénales, il n'est pas compatible avec le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi qu'une mesure identique ne puisse être appliquée aux personnes qui exercent un recours juridictionnel contre la décision d'infliger une amende administrative [41].

La même observation vaut pour les articles 150, § 2, 217, § 5, alinéa 3, b), 230, § 2, 246, § 2, alinéa 2, 2°, et 252 de l'avant-projet.

2. À lire les tableaux de correspondance, l'article 115, § 1er, de l'avant-projet constitue la transposition de l'article 99 de la directive 2009/65/CE. Sans doute est-ce exact en ce qui concerne les deux premiers paragraphes de l'article 99. En revanche, le paragraphe 3 de cet article ne paraît pas transposé, à tout le moins pas par l'article 115, § 1er, de l'avant-projet.

Si cette transposition n'est pas opérée, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de pouvoir s'expliquer quant aux raisons de cette lacune, et le cas échéant, de la combler.

---

[39] Loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 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.

[40] Avis 47.442/2 donné le 14 décembre 2009 sur l'avant-projet devenu la loi du 2 juillet 2010 modifiant la loi 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, observation formulée sur les articles 17 à 21 de l'avant-projet (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 2408/1).

[41] C.C., n° 105/2004, 16 juin 2004, B.7.4 ; n° 157/2008, 6 novembre 2008, B.4.2.

Article 116

Sur la portée de l'article 116, aux termes duquel « Le présent Titre s'applique conformément à l'article 4, § 2 », le délégué du ministre a fourni l'explication suivante :

> « L'article 4 détermine le champ d'application du projet en ce qui concerne les organismes de placement collectif. Comme souligné dans l'exposé des motifs (voir p. 22), une distinction est opérée à cet égard entre les organismes de placement collectif publics, institutionnels et privés. Les organismes de placement collectif publics (c'est-à-dire ceux qui recueillent leurs moyens financiers par la voie d'une offre publique) sont soumis de manière obligatoire aux dispositions du projet et ne peuvent commencer leurs activités sans être inscrits auprès de la FSMA. Les organismes de placement collectif qui ne recueillent pas leurs moyens financiers par la voie d'une offre publique ne sont par contre par soumis à de telles obligations. Au cas où ils rentrent dans les conditions pour ce faire, ils peuvent cependant opter pour, selon le cas, les statuts prévus pour les organismes de placement collectif institutionnels ou privés. L'article 4, § 2, précise ce point. L'article 133 vise à éviter toute ambiguïté en insérant une référence à l'article 4, § 2, en tête du Titre IV, consacré aux organismes de placement collectif privés. L'article 116 contient une disposition identique en ce qui concerne les organismes de placement collectif institutionnels ».

Cette explication devrait figurer dans le commentaire de l'article.

La même observation vaut, moyennant les adaptations nécessaires, pour l'article 133 de l'avant-projet, qui est relatif aux organismes de placement collectif privés.

Article 124

Invité à préciser la portée de l'article 124, aux termes duquel « Les dispositions de l'article 23, alinéas 2 et 3, sont applicables », le délégué du ministre a fourni l'explication suivante :

> « À l'article 124 du projet, il y a lieu de lire ' Les dispositions de l'article 23, alinéas 3 et 4 sont applicables '. Cet article vise à rendre applicables aux organismes de placement collectif en créances institutionnels les dispositions de l'article 23 du projet relatives aux formalités à respecter en cas de cession de créances ».

Si telle est bien l'intention de l'auteur du projet, l'article 124 sera corrigé dans le sens indiqué par le délégué du ministre et sera complété par les mots « aux organismes visés dans la présente Section ».

Article 127

L'habilitation conférée au Roi par l'article 127 est trop large.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Article 129

À l'alinéa 2, il est écrit que « Le Roi détermine les conditions d'inscription » des organismes de placement collectif en créances institutionnel sur la liste prévue à cet effet par l'article 128 de l'avant-projet.

Ainsi rédigée, l'habilitation conférée au Roi est trop large [42].

Sans doute l'intention de l'auteur de l'avant-projet consiste-t-elle à déléguer au Roi la fixation de la procédure d'inscription sur la liste.

La rédaction sera revue en ce sens.

Article 130

Les habilitations conférées au Roi par l'article 130 sont trop larges.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Articles 132 et 147

Les articles 132 et 147 autorisent le Roi à étendre, par arrêté pris sur avis de la FSMA, le champ d'application des articles 97 à 115 de la loi projetée.

Pour les raisons exposées dans l'observation générale V.1.3., il est souhaitable de prévoir une confirmation législative de ces arrêtés royaux.

[42] Il est renvoyé à l'observation générale V.1.2.

Article 143

L'habilitation conférée au Roi par l'article 143 est trop large.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale V.1.2.

Article 152

L'article 152, § 1er, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit que, dès réception de la notification qui lui est faite par les autorités compétentes de l'État membre d'origine, l'organisme de placement collectif relevant du droit de cet État membre d'origine, peut offrir publiquement ses parts en Belgique.

L'article 93, paragraphe 3, alinéa 3, de la directive 2009/65/CE précise :

> « Après transmission de la documentation, les autorités compétentes de l'État membre d'origine de l'OPCVM notifient sans délai cette transmission à l'OPCVM. L'OPCVM peut avoir accès au marché de son État membre d'accueil à compter de la date de notification ».

Il n'apparaît cependant pas certain que, dans toutes les hypothèses, la date de la notification à l'organisme de placement collectif correspondra à celle de la réception par la FSMA de la documentation visée par l'article 93, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE.

L'article 152, § 1er, de l'avant-projet ne semble donc pas transposer correctement la directive. Cette disposition doit être adaptée en conséquence.

Articles 158 à 163

Il n'apparaît pas clairement en quoi les articles 158 à 163 de l'avant-projet constitueraient la transposition de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE.

En effet, cet article 16 se situe dans la section 4, intitulée « Libre établissement et libre prestation de services », du chapitre III relatif aux obligations concernant les sociétés de gestion. Or, cette matière est réglée dans la partie II de l'avant-projet à l'examen, portant sur les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif.

L'auteur de l'avant-projet est invité à vérifier si les tableaux de correspondance sont corrects sur ce point.

Article 158

L'article 158, § 2, alinéa 3, habilite le Roi à déterminer des conditions de fond que doivent remplir certains organismes de placement collectif en vue de leur inscription et du maintien de celle-ci. Une telle délégation implique des choix politiques qui ne peuvent être faits que par le législateur. Seul le soin d'arrêter les modalités de la mise en œuvre de ces choix peut être laissé à l'exécutif [43].

L'avant-projet sera dès lors complété par l'indication des conditions que doivent remplir les organismes de placement collectif mentionnés à l'article 158, § 2, alinéa 3, en vue de leur inscription ou du maintien de celle-ci. Si l'auteur de l'avant-projet souhaite confier au Roi le soin d'arrêter des modalités d'exécution dans ce domaine dépassant Son pouvoir général d'exécution des lois fondé sur l'article 108 de la Constitution, la délégation prévue dans l'alinéa 3 sera adaptée en conséquence. Il est rappelé qu'en vertu de l'article 108 de la Constitution, le Roi, dans l'exercice de son pouvoir d'exécution des lois, est tenu de dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en découlent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit, sans en étendre ni en restreindre la portée.

Article 180

L'article 180, § 1er, 5°, b), alinéa 1er, habilite le Roi à établir les conditions dans lesquelles l'exercice de la fonction de gestion visée à l'article 3, 19°, b), peut, en ce qui concerne les organismes de placement collectif répondant aux conditions de la directive 2009/65/CE, être confié à une entreprise établie dans un autre État membre de l'EEE.

Une telle compétence, touchant à une matière aussi sensible que la libre prestation des services, implique des choix politiques qui ne peuvent être délégués à l'Exécutif.

Il est renvoyé à l'observation générale V.2.1. ainsi qu'à l'observation particulière relative à l'article 158.

[43] Il est renvoyé à l'observation générale V.2.1.

Article 182

Des tableaux de correspondance, il n'apparaît pas que cette disposition qui a trait au lieu du siège statutaire et de l'administration centrale de la société de gestion soit une transposition de la directive. Or, l'article 7, paragraphe 1, d), de la directive 2009/65/CE règle cette question.

Article 190

Au paragraphe 2, alinéa 3, après les mots « Si la FSMA reste en défaut », il convient de préciser le délai dans lequel la FSMA doit établir ou modifier le règlement visé à l'alinéa 2 du même paragraphe.

Article 205

Aux termes des tableaux de correspondance, l'article 205, alinéa 2, 2°, de l'avant-projet constitue la transposition de l'article 17, paragraphe 2, b), de la directive 2009/65/CE.

Pour le surplus, aucune précision n'est apportée quant à la transposition de ce même article 17, paragraphe 2, a), c) et d). Si les points a) et d) sont transposés respectivement par les 1° et 4°, de l'article 205, alinéa 2, en revanche, le point c) ne semble pas transposé.

Or, l'article 17, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE énonce des conditions qui doivent être cumulativement satisfaites.

L'avant-projet de loi doit être complété. Un arrêté royal d'exécution ne peut en l'occurrence combler cette lacune. Il importe en effet de garantir la cohérence dans la transposition et de maintenir aux différentes subdivisions du dispositif une même place dans la hiérarchie des normes de droit interne, certainement lorsque, comme ici, ces subdivisions sont intrinsèquement liées.

Les tableaux de correspondance seront adaptés en conséquence.

Article 207

1. L'article 207, alinéa 1er, de l'avant-projet est la transposition de l'article 17, paragraphe 9, alinéa 1er, de la directive 2009/65/CE. Cette précision ne figure pas dans le tableau de correspondance, qui sera complété en conséquence.

2. Concernant ce même alinéa, la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de remplacer, dans la version française, le mot « informe » par le mot, par ailleurs utilisé par la directive 2009/65/CE, « notifie » et ce, d'autant plus que, de l'article 207, alinéa 2, de l'avant-projet il semble se déduire que, « s'il y a lieu », la FSMA applique aux modifications affectant les informations communiquées la procédure de son article 205, § 1er, alinéas 3 et 4, et § 2. Or, cette disposition prévoit la mise en œuvre de la procédure initiale à suivre par l'organisme de placement collectif qui souhaite ouvrir une succursale et qui s'enclenche par une notification et non une information.

Article 209

Cet article transpose également, en son paragraphe 2, l'article 18, paragraphe 2, alinéas 1er et 2, de la directive 2009/65/CE.

Les tableaux de correspondance doivent être complétés en conséquence.

Article 212

À l'alinéa 6, les termes « dans des cas spéciaux » sont trop vagues. Il y a lieu d'encadrer avec précision les cas où la FSMA peut faire usage de la compétence qui lui est déléguée par cette disposition.

La même observation vaut pour l'article 217, § 7, de l'avant-projet.

Article 213

La question se pose de savoir pour quelle raison n'avoir pas expressément mentionné au paragraphe 3, parmi les pouvoirs de surveillance et d'enquête de la FSMA, celui d'« exiger les enregistrements des échanges téléphoniques et de données existants », alors que ce pouvoir est prévu à l'article 98, paragraphe 2, d), de la directive 2009/65/CE.

Ne serait-il pas préférable, dans un souci de fidèle transposition de la directive et de sécurité juridique, de compléter l'article 213, § 3, de l'avant-projet, au regard de l'article 98, paragraphe 2, d), de la directive 2009/65/CE ?

Article 215

L'auteur de l'avant-projet veillera à adapter les intitulés et les formulations afin de les faire correspondre à l'état actuel de la législation ou de la législation projetée. Ainsi, par exemple, à l'article 215 de l'avant-projet, il conviendra de remplacer l'acronyme « CBFA » par celui de « FSMA ».

Article 217

1. Ainsi que l'a précisé le délégué du ministre, il y a lieu de lire, à l'article 217, § 2, alinéa 3, de l'avant-projet non pas « Les propositions et limites prévues aux paragraphes 1er à 3 de l'article 184 », mais bien « Les propositions et limites prévues aux paragraphes 1er à 3 de l'article 211 ».

La disposition sera modifiée en ce sens.

2. Le paragraphe 4, alinéa 1er, dernière phrase, autorise le Roi à étendre l'application des dispositions projetées en matière de surveillance aux compagnies financières. Il est renvoyé à l'observation générale V.1.2.

Articles 236 et 237

Ainsi qu'en a convenu le délégué du ministre, aux articles 236 et 237, il y a lieu de remplacer « présente Section » par « présent Chapitre ».

La même observation vaut pour les articles 242, 243, 248, § 3, 249, 2°, et 251, alinéa 1er, de l'avant-projet.

Article 246

Les deuxième et troisième phrases du paragraphe 2 imposent des obligations aux « autorités compétentes » des États autres que la Belgique membres de l'EEE, ce qui n'est pas admissible.

Ces phrases seront omises.

Article 248

La phrase liminaire du paragraphe 1er doit être précisée en spécifiant à quelles succursales s'appliquent les dispositions énumérées dans la suite de ce paragraphe. Une disposition légale doit en effet être compréhensible sans le recours à l'intitulé du chapitre dans lequel elle est insérée.

Articles 249 et 251

Aux articles 249, 2° et 251, alinéa 6, de l'avant-projet, il convient de substituer les termes « présente loi » aux termes « présent arrêté ».

Article 250 à 252

L'article 250 sera complété en précisant à quoi les articles 213 et 214 sont applicables.

La même observation vaut pour l'article 251, alinéa 4, et pour l'article 252.

Article 253

Invité à justifier, au regard du principe d'égalité, pourquoi les sociétés visées à l'article 253, § 1er, alinéa 1er, ne peuvent, en Belgique, offrir ou fournir des services d'investissement qu'aux seuls investisseurs énumérés à l'alinéa 2 du même paragraphe, le délégué du ministre a répondu ce qui suit :

> « L'article 253, § 1erdu projet énumère limitativement les investisseurs au profit desquels ces sociétés de gestion d'organismes de placement collectif peuvent prester des services d'investissement.

L'article 253, § 1er s'applique aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif originaires de pays qui ne sont pas membres de l'Espace économique européen et/ou qui ne sont pas soumises à la directive 2009/65/CE. Le régime qui leur est applicable est similaire à celui qui est d'application aux entreprises d'investissement origine de pays qui ne sont pas membres de l'Espace économique européen (voir à cet égard les articles 20 et suivants de l'arrêté royal du 20 décembre 1995) et reprend les dispositions correspondantes de l'arrêté royal du 26 avril 2009 relatif aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif étrangères. Conserver ce régime paraît indiqué, dans la mesure où les activités visées ici sont similaires à une partie de celles pouvant être exercées par les entreprises d'investissement (gestion individuelle de portefeuille et conseil en placement). Opter pour un régime différencié risquerait en effet de créer une discrimination - à notre sens injustifiée - entre les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif (dans la mesure où il s'agit d'activités identiques).

Par ailleurs, la différence de traitement existant entre les sociétés de gestion visées par l'article 253, § 1eret les sociétés de gestion originaires d'États membres de l'Espace économique européen est justifiée par l'absence de garanties en ce qui concerne les règles applicables à ces sociétés dans le pays d'origine et les risques qui peuvent en découler pour les investisseurs concernés. De telles garanties existent par contre en ce qui concerne les sociétés de gestion originaires d'un autre Etat membre de l'Espace économique européen du fait notamment de l'harmonisation européenne en la matière. Il y a également lieu d'avoir égard au fait que l'article 253 s'applique uniquement à la prestation de services, c.-à-d. à une activité qui ne donne pas lieu à la création d'un établissement stable en Belgique. L'application des dispositions du droit belge et l'exercice d'un contrôle effectif sur de telles entités peut donc s'avérer particulièrement problématique, étant donné qu'elles seront établies dans des pays étrangers où les possibilités d'action des autorités belges seront particulièrement limitées. Cette particularité explique également qu'un traitement différent soit appliqué aux sociétés de gestion originaires d'un pays tiers qui établissent une succursale en Belgique et à celles qui se contentent de prester des services. Pour ces raisons, il paraît donc opportun de limiter les catégories d'investisseurs auxquelles ces sociétés peuvent fournir des services d'investissement ».

Ces explications devraient figurer dans l'exposé des motifs.

Articles 256 et 259

Le chapitre III dans lequel est inséré l'article 256, n'étant pas subdivisé en sections, il convient d'écrire à l'alinéa 1er de cette disposition « Les dispositions du présent chapitre » et non : « Les dispositions de la présente Section ».

La même observation vaut pour l'article 259 de l'avant-projet.

Article 258

L'article 258, alinéa 5, rend applicables aux décisions visées dans cette disposition les seuls paragraphes 5 et 8 de l'article 225.

Le paragraphe 5 de l'article 225 ainsi rendu applicable renvoie cependant au paragraphe 1er de la même disposition, tandis que le paragraphe 8 renvoie aux paragraphes 2 et 3.

Plutôt que d'effectuer un renvoi partiel et incomplet à l'article 225, mieux vaut reproduire intégralement les dispositions que l'auteur de l'avant-projet souhaite rendre applicables.

Observations générales relative à la Partie IV

Articles 260 à 266

Les articles 260 à 266 de l'avant-projet, relatifs aux sanctions pénales, correspondent aux articles 205 à 211 de la loi du 20 juillet 2004 précitée.

Par ailleurs, l'article 110, qui prévoit une astreinte, et les articles 115, 150 et 230, qui ont trait à des astreintes et à des amendes administratives, correspondent respectivement aux articles 91, 96, 128, §§ 3 à 5 et 202 de la loi du 20 juillet 2004 précitée.

En ce qui concerne le cumul d'amendes administratives et de sanctions pénales ainsi que le principe « *non bis in idem* », il est dès lors renvoyé à l'observation générale 10 de l'avis 36.615/2 donné le 23 février 2004 sur le projet devenu la loi du 20 juillet 2004 précitée [44].

Partie V

Il y a lieu de scinder la partie V en deux parties.

La première, qui serait intitulée « Partie V – Dispositions modificatives des lois des 2 août 2002 et 16 juin 2006 », comprendrait les articles 267 et 271 de l'avant-projet.

L'article 271 sera scindé en quatre articles distincts et consécutifs, chaque modification apportée à une disposition législative devant faire l'objet d'un article distinct, de

[44] *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 909/01, pp. 224-237.

manière à permettre au Parlement de voter sur chaque disposition séparément [45]. Le premier d'entre eux indiquera que la modification porte sur « la loi du 2 août 2002 » et non sur « la même loi », comme dans le texte actuel de l'article 271, § 1er, *initio*, et les trois suivants énonceront que la modification porte sur « la même loi ».

La seconde partie, qui serait intitulée « Partie VI – Dispositions diverses », comprendrait les articles 268, 269, 270 et 272 de l'avant-projet.

Articles 267 à 272

Intitulé de la Partie VI (devenant Partie VII)

L'intitulé de la Partie VI (devenant Partie VII) serait mieux rédigé comme suit :

« Dispositions transitoires et finales ».

Article 279

Il n'est pas nécessaire de réserver, dans l'article 279, l'application des dispositions de la Partie VI (devenant Partie VII). C'est en effet le propre des dispositions transitoires de s'appliquer nonobstant l'abrogation de la norme dont elles règlent le régime transitoire. L'article 279 sera rédigé comme suit :

« La loi du 20 juillet 2004 est abrogée ».

Articles 277 et 280

L'article 277 sera omis.

L'article 280 sera rédigé comme suit :

« La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge, à l'exception des articles 134 à 139, 143 et 147, qui entrent en vigueur à la date fixée par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres et au plus tard le … ».

---

[45] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 118.

La fixation de la date ultime d'entrée en vigueur de l'acte législatif permet d'éviter que le pouvoir exécutif ne méconnaisse la volonté du législateur. En effet, si le pouvoir exécutif tarde à prendre un arrêté fixant la date d'entrée en vigueur de l'acte législatif, son inaction n'empêchera pas celui-ci d'entrer en vigueur à la date ultime qui a été prévue [46].

---

[46] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires,* www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 154.1.1.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL, premier auditeur.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

B.VIGNERON Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.141/2
VAN 21 SEPTEMBER 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 28 juli 2011 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 30 september 2011 (*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles", heeft het volgende advies gegeven:

(*) Bij e-mail van 3 augustus 2011.

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit voorontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het indienen van een wetsontwerp bij het parlement noodzakelijk is.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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 voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaande vormvereisten

De staatssecretaris voor Begroting heeft op 20 juli 2011 het volgende voorwaardelijk akkoord verleend:

> "Ik heb de eer u mijn akkoord te verlenen voor het in rand vermelde voorontwerp van wet op voorwaarde dat de fiscale gevolgen en budgettaire impact uitgeklaard en opgelost worden naar aanleiding van de tweede lezing in werkgroep over het advies van de Raad van State en zonodig, indien onenigheid in de werkgroep daaromtrent blijft bestaan, opnieuw voorgelegd wordt aan de Ministerraad en dit tegen ten laatste de begrotingsopmaak 2012".

Het voorontwerp kan eerst worden aangenomen nadat aan die voorwaarde zal zijn voldaan.

Algemene opmerkingen

I. Strekking van het voorontwerp

Luidens artikel 2 en de memorie van toelichting ervan[1], strekt het voorliggende voorontwerp onder meer tot de gedeeltelijke omzetting, in het Belgische recht, van de volgende vier richtlijnen:

- richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE's) (hierna "richtlijn 2009/65/EG" genoemd);

- richtlijn 2010/78/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/6/EG,2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2009/65/EG wat de bevoegdheden van de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen) en de Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten) betreft (hierna "richtlijn 2010/78/EU" genoemd);

- richtlijn 2010/43/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft organisatorische eisen, belangenconflicten, bedrijfsvoering, risicobeheer en inhoud van de overeenkomst tussen een bewaarder en een beheermaatschappij (hierna "richtlijn 2010/43/EU" genoemd);

- richtlijn 2010/44/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van sommige bepalingen betreffende fusies van fondsen, masterfeederconstructies en de kennisgevingsprocedure (hierna "richtlijn 2010/44/EU" genoemd).

Het voorontwerp verleent op een groot aantal punten machtigingen aan de Koning die noodzakelijk zijn om die omzettingen tot een goed einde te brengen, inzonderheid wat de uitvoering betreft van de richtlijnen 2010/43/EU en 2010/44/EU, die zelf richtlijnen zijn ter uitvoering van richtlijn 2009/65/EG.

Bovendien wijzigt het voorontwerp de wettelijke regeling die van toepassing is op de instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht op andere punten dan die waarop gedoeld wordt in de voormelde richtlijnen, om tegemoet te komen aan de

[1] Memorie van toelichting blz.1 tot 4.

ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan op het gebied van het beheer van de instellingen voor collectieve belegging.

Ter wille van de leesbaarheid van de teksten voorziet het voorontwerp in de opheffing van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles en stelt daarvoor een nieuwe tekst in de plaats. Talrijke bepalingen van de voormelde wet van 20 juli 2004 worden evenwel ongewijzigd overgenomen in het voorliggende voorontwerp.

II. Concordantietabellen

1. In de commentaar bij het merendeel van de artikelen wordt vermeld welke bepalingen van het voorontwerp van wet ertoe strekken richtlijn 2009/65/EG, alsmede richtlijn 2010/78/EU om te zetten, doch er wordt slechts terloops verwezen naar de richtlijnen 2010/43/EU en 2010/44/EU. Wat de eerste van die twee richtlijnen betreft worden de redenen daarvoor vrij duidelijk bij het lezen van de memorie van toelichting, waarin gewezen wordt op het volgende:

> "(…) gezien de omvang en de hoge mate van detaillering van de bepalingen van Richtlijn 2010/43/EU, (heeft de regering er)voor geopteerd om in het voorliggend ontwerp enkel de fundamentele beginselen te poneren van de regels over de organisatorische vereisten, de belangenconflicten, de gedragsregels en het risicobeheer. Het ontwerp verleent een aantal machtigingen aan de Koning voor de tenuitvoerlegging van deze beginselen"[2].

Naar richtlijn 2010/44/EU anderzijds wordt alleen verwezen in de commentaar bij artikel 271 van het voorontwerp, dat bovendien artikel 101 van richtlijn 2009/65/EG[3] omzet en, volgens de verstrekte concordantietabel met betrekking tot richtlijn 2010/78/EU, artikel 11, lid 2, van deze laatste richtlijn.

---

[2] Zie inzonderheid de commentaar bij de artikelen 83 en 84, alsmede bij de artikelen 100 en 179 van het voorontwerp.

[3] Volgens de concordantietabellen, de leden 4, 5 en 6.

Daarbij komt nog dat slechts twee concordantietabellen bij de adviesaanvraag zijn gevoegd[4]:

- een tabel die de concordantie in beide richtingen weergeeft met betrekking tot de omzetting van richtlijn 2009/65/EG,

- een concordantietabel betreffende de omzetting van richtlijn 2010/78/EU.

De steller van het voorontwerp heeft geen enkele tabel verstrekt met betrekking tot de omzetting van richtlijnen 2010/43/EU en 2010/44/EU[5].

Het besluit is dan ook het volgende:

- er dienen bij het aan de wetgevende Kamers voorgelegde wetsontwerp twee concordantietabellen te worden gevoegd (de ene met de bepalingen van die bij het voorontwerp omgezette richtlijnen en de andere met de bepalingen van het voorontwerp naast de bepalingen van de richtlijn die ze omzetten) voor die twee richtlijnen tot uitvoering van richtlijn 2009/65/EG, aangezien het voorontwerp voorziet in de omzetting ervan, zij het alleen van de grote principes ervan;

- in die twee reeksen nieuwe tabellen, alsmede in die welke zijn toegezonden en die betrekking hebben op de omzetting van de richtlijnen 2009/65/EG en 2010/78/EU dient eveneens te worden gepreciseerd:

  1) welke ontworpen bepalingen voorzien in de omzetting van de richtlijnen en vice versa[6];

  2) welke thans nog geldende bepalingen van het interne recht ongewijzigd in het voorontwerp worden opgenomen en welke met wijziging worden opgenomen; ook de reden voor die wijziging dient te worden gepreciseerd, zeker indien deze haar oorsprong vindt in de omzetting zelf[7];

---

[4] Op verzoek van de auditeur-rapporteur heeft de gemachtigde van de minister eveneens een tabel toegezonden die voor de bepalingen van de voormelde wet van 20 juli 2004 de overeenkomstige bepalingen van het om advies voorgelegde voorontwerp van wet aangeeft.

[5] De gemachtigde van de minister heeft daaromtrent de volgende uitleg verstrekt:

"Les directives …(telle que la directive 2009/65/EG)".

[6] Het laat zich immers aanzien dat sommige bepalingen van de richtlijnen waarop de toegezonden tabellen betrekking hebben en die omgezet zijn, niet zijn opgenomen in die tabellen. Gelet op de omvang van het voorontwerp en van de omgezette richtlijnen, worden aanwijzingen in die zin eerst na de omzetting gegeven in de bijzondere opmerkingen – en dus ter illustratie van de nog aan te brengen correcties.

[7] De artikelsgewijze commentaar kan soms, doch niet systematisch, opheldering geven omtrent de handelwijze van de steller in dat verband; voor sommige artikelen wordt in de commentaar immers aangegeven dat de

3) welke bepalingen van de richtlijnen later zullen worden omgezet via verordeningsbesluiten krachtens een bij het voorontwerp van wet aan de Koning verleende machtiging;

4) welke bepalingen van de richtlijnen niet in het interne recht hoeven te worden omgezet, alsmede de redenen waarom die omzetting niet geschiedt; indien de omzetting geen reden van bestaan heeft, zal in de tabellen de vermelding "niet van toepassing" moeten worden aangebracht;

5) in voorkomend geval, welke facultatieve bepalingen van de richtlijnen al dan niet in het interne recht zijn omgezet[8].

2. Die concordantietabellen hebben niet alleen tot doel te voldoen aan de wens van de Europese Unie[9], maar bieden, zowel voor de wetgevende vergadering als voor degenen voor wie die regelgeving bestemd is[10] ook de volgende voordelen:

- de wetgevende vergadering kan zich met kennis van zaken uitspreken omtrent de keuze van de middelen die de steller van het ontwerp wenst aan te wenden om het door de richtlijn vereiste resultaat te verkrijgen;

- ze kunnen ervoor zorgen dat de uitoefening van het amenderingsrecht de grenzen niet te buiten gaat van de beoordelingsbevoegdheid die het Europese recht aan de lidstaten toekent;
- ze kunnen verhinderen dat de wetgevende vergadering zou overwegen de omzetting aan te vullen door bepalingen aan te nemen die reeds bestaan in de interne rechtsorde of die tot de bevoegdheid van een andere overheid behoren;

- degenen voor wie de wetgevende regels bestemd zijn, kunnen de oorsprong ervan nagaan.

---

huidige wetsbepaling wordt overgenomen, zonder enige andere precisering, terwijl uit de concordantietabellen blijkt dat die thans geldende bepaling is gewijzigd, rekening houdend met de richtlijn, in andere artikelen komt die informatie zowel voor in de commentaar bij het artikel als in de tabellen.

[8] Zie, bij voorbeeld, de aan de lidstaten geboden mogelijkheid om de instellingen voor collectieve belegging toe te staan uit meerdere beleggingscompartimenten te bestaan, zoals bepaald in artikel 1, lid 2, alinea 2, van richtlijn 2009/65/EG, waaraan artikel 8, § 2, 4°, van het voorontwerp van wet uitvoering geeft.

[9] Zie onder meer overweging (95) van richtlijn 2009/65/EG.

[10] *Beginselen van de wetgevingstechniek-Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 193. Omtrent de noodzaak, zowel voor de steller van het voorontwerp en het parlement, als voor de afdeling Wetgeving van de Raad van State, om over zulke tabellen te kunnen beschikken, zie eveneens het jaarverslag 2005-2006 van de Raad van State, nrs. 15 tot 17 (www.raadvanstate.be)

Tabellen betreffende de omzetting van elk van de betrokken richtlijnen, aangevuld volgens de voorgaande aanwijzingen, moeten bijgevolg bij het wetsontwerp worden gevoegd wanneer het bij het parlement wordt ingediend.

De steller van het voorontwerp moet bovendien de memorie van toelichting en de artikelsgewijze commentaar aanvullen, waarbij hij voor elke bepaling preciseert of het gaat om een omzetting van een van de richtlijnen, hoe die omzetting geschiedt en of de bepaling niet tot de omzetting zelf behoort, welke de eventuele nieuwigheden zijn die erin zijn aangebracht, alsmede de redenen die ten grondslag liggen aan die wijzigingen[11].

III. Daadwerkelijke omzetting van de vier richtlijnen

1. Sommige bepalingen van de betrokken richtlijnen worden bij het voorontwerp omgezet zonder dat daarbij evenwel steeds dezelfde terminologie wordt gehanteerd.

Met het oog op een getrouwe omzetting van die richtlijnen, doch ook ter wille van de rechtszekerheid, zou de steller van het voorontwerp de terminologie die hij bezigt moeten afstemmen op die van de richtlijnen.

Er wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen dienaangaande.

2.1. Slechts een gedeelte van de bepalingen van de richtlijnen 2009/65/EG en 2010/78/EU worden bij het voorontwerp daadwerkelijk omgezet, waarbij de Koning gemachtigd wordt te voorzien in de omzetting van de overige bepalingen van die richtlijnen. Wat de richtlijnen 2010/43/EU en 2010/44/EU betreft, beperkt de omzetting zich tot machtigingen die aan de Koning worden verleend.

Voor drie van de vier betrokken richtlijnen is de omzettingstermijn reeds verstreken, zoals blijkt uit respectievelijk artikel 116 van richtlijn 2009/65/EG, artikel 46 van richtlijn 2010/43/EU en artikel 34 van richtlijn 2010/44/EU. De termijn voor de omzetting van richtlijn 2010/78/EU verstrijkt op 31 december 2011 krachtens artikel 13 ervan.

[11] Daarbij moeten te algemene formules zoals “voornaamste vernieuwingen” of “neemt grotendeels…over” worden vermeden,daar ze te onnauwkeurig zijn om van enig nut te zijn voor het begrip van de ontworpen teksten.

De steller van het voorontwerp wordt erop gewezen dat de omzetting van de vier richtlijnen eerst daadwerkelijk geschied zal zijn wanneer aan alle noodzakelijke machtigingen uitvoering zal zijn gegeven.

2.2. Aangezien het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp ertoe te komen dat tal van bepalingen van de betrokken richtlijnen via omzetting worden overgenomen in het interne recht door uitvoering te geven aan de machtigingen die aan de Koning zijn verleend, moet hij zich ervan vergewissen dat die machtigingen niet alleen toereikend zijn om te voorzien in de volledige omzetting van de richtlijnen in het voorontwerp, maar eveneens dat de aldus uitgevaardigde besluiten niet verder reiken dan het regelen van aangelegenheden van technische aard, daar alleen op die grond gerechtvaardigd kan worden dat de omzetting via verordeningsbesluit geschiedt.

Daarenboven dient in de formulering van die machtigingen, te worden vermeden het woord “kan” te bezigen, aangezien de omzetting, wil ze daadwerkelijk zijn, noodzakelijkerwijze impliceert dat het besluit wordt uitgevaardigd.

De woorden “onder andere”, “onder meer”, “meer bepaald”, “met name”, “inzonderheid”, moeten ten slotte, eveneens worden weggelaten uit die machtigingen; door die woorden krijgt de machtiging een te vage draagwijdte en kan het daadwerkelijke karakter van de omzetting van de richtlijnen niet worden beoordeeld.

3. Het voorontwerp verleent niet alleen talrijke machtigingen aan de Koning, maar laat het aan de FSMA over om talrijke aspecten van het ingevoerde systeem te regelen bij wege van reglementen, vastgesteld krachtens artikel 64 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

Hoewel die werkwijze in beginsel gerechtvaardigd kan worden door de technische aard van de regels waarvan het vaststellen aldus aan de Koning of de FSMA wordt opgedragen, leidt ze ertoe dat de toetsing, in dat stadium, zowel door de afdeling Wetgeving van de Raad van State als door de wetgevende kamers, van het daadwerkelijke karakter van de omzetting van de vier richtlijnen, uitermate onzeker zal verlopen[12].

IV. Overeenstemming van het voorontwerp met het algemeen gemeenschapsrecht

[12] Zie, in dezelfde zin, algemene opmerking III, 2, van advies 49.160/2 op 2 februari 2011 verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 28 juli 2011 ″tot omzetting van diverse richtlijnen betreffende het toezicht op financiële sector en houdende diverse bepalingen, (*Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1619/1, 57 e.v.).

De volgende bepalingen van het voorontwerp doen vragen rijzen in verband met de overeenstemming ervan met het algemeen gemeenschapsrecht:

- de artikelen 36, § 1, en 45, § 2, van het voorontwerp hebben betrekking op de openbare instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht. Het eerste van die twee artikelen betreft de gemeenschappelijke beleggingsfondsen die niet voldoen aan de voorwaarden gesteld in richtlijn 2009/65/EG en het tweede betreft de beleggingsvennootschappen die niet voldoen aan de voorwaarden gesteld in richtlijn 2009/65/EG. Beide artikelen schrijven voor dat de beheervennootschap van instellingen voor collectieve belegging erkend moet zijn (a) en een in België gevestigde statutaire zetel en hoofdbestuur moet hebben (b). De regeling, waarbij een Europees paspoort wordt ingevoerd, geldt dan ook niet voor die instellingen.

  De steller van het voorontwerp rechtvaardigt "dat verschil in behandeling" door het feit dat de door de richtlijn ingevoerde garanties niet van toepassing zijn, zodat anders te werk gaan ten koste zou gaan van de vereisten inzake beleggersbescherming[13].

  Die rechtvaardiging lijkt te summier en zou moeten worden gepreciseerd ten aanzien van de evenredigheid van de maatregel.

- de bepalingen van Deel II (met als opschrift "Instellingen voor collectieve belegging"), Boek III, Titel II (met als opschrift "Instellingen voor collectieve belegging naar buitenlands recht"), hebben enerzijds betrekking op de instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte (hierna "de EER" genoemd") en die niet voldoen aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG en anderzijds op de instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van Staten die geen lid zijn van de EER (artikelen 158 tot 163 van het voorontwerp).

  Voor de eerstgenoemde instellingen, te weten de "Europese" instellingen voor collectieve belegging die niet voldoen aan de voorwaarden van de richtlijn, gelden de algemene Europese rechtsregels inzake de vrije levering van diensten en het vrije effectenverkeer[14]. Luidens artikel 158, § 1, van het voorontwerp, moeten de bedoelde instellingen voor collectieve belegging zich bij de FSMA laten inschrijven vooraleer zij van start kunnen gaan met de verhandeling. Om de overeenstemming met het algemeen Europese recht te beoordelen, zou moeten worden nagegaan van welke voorwaarden de inschrijving en de handhaving van de inschrijving afhankelijk worden gesteld. Op dat punt

[13] Memorie van toelichting, blz. 30, 31 en 34.

[14] Memorie van toelichting, blz. 59.

wordt evenwel bij artikel 158, § 2, derde lid, van het voorontwerp, aan de Koning een algemene bevoegdheid opgedragen. In die context kan de afdeling Wetgeving van de Raad van State de ontworpen bepaling niet toetsen;

- de bepalingen van deel III (met als opschrift "Beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging", Boek III, Titel II (met als opschrift "Bijkantoren en dienstverrichtingen in België van buitenlandse beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging", hebben betrekking op de bijkantoren en dienstverrichtingen in België van beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder het recht van Staten die geen lid zijn van de EER, of lid zijn van de EER, doch niet onder richtlijn 2009/65/EG vallen (artikelen 247 e.v. van het voorontwerp).

Voor de als tweede genoemde instellingen, namelijk de "Europese" instellingen voor collectieve belegging die niet voldoen aan de voorwaarden van de richtlijn, gelden de algemene Europese rechtsregels inzake de vrije levering van diensten en het vrije effectenverkeer. Luidens de memorie van toelichting[15] neemt het ontwerp de bepalingen over van het koninklijk besluit van 26 april 2009 betreffende de buitenlandse beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging.

Het gaat er hoofdzakelijk om, door verwijzing, sommige artikelen van het voorontwerp toe te passen die gelden voor de beheervennootschappen naar Belgisch recht. Er zijn evenwel enkele uitzonderingen en, meer bepaald, enkele specifieke regels die voor die vennootschappen gelden.

In dat opzicht doen twee bepalingen problemen rijzen, te weten de artikelen 248, § 2, en 253, § 2, tweede lid, van het voorontwerp. Het eerste van die artikelen bepaalt immers dat de FSMA een vergunning kan weigeren aan het bijkantoor van een beheervennootschap van een instelling voor collectieve belegging die ressorteert onder het recht van een Staat die niet dezelfde toegangsmogelijkheden tot zijn markt verleent aan beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht. Het tweede artikel bepaalt dat de FSMA een vennootschap die ressorteert onder het recht van een staat die niet dezelfde toegangsmogelijkheden tot zijn markt biedt aan de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht, kan verbieden in België werkzaamheden en beleggingsdiensten te verrichten.

Beide bepalingen voeren zodoende een regel in die stoelt op wederkerigheid. In zoverre echter die regel bestemd is om eveneens toepassing te vinden op de beheervennootschappen van "Europese" instellingen voor collectieve belegging, laat het zich aanzien dat hij nauwelijks verenigbaar is met het algemeen gemeenschapsrecht. Luidens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie hoort

[15] Memorie van toelichting, blz. 70.

wederkerigheid immers niet meer thuis in het recht van de Europese Unie[16]. Zulke bepalingen kwamen weliswaar reeds voor in de artikelen 23, § 2, en 28, § 2, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 26 april 2009, doch vielen in casu respectievelijk onder de hoofdstukken III en IV van het besluit, die van toepassing zijn op de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging die ressorteren onder de Staten die geen lid zijn van de EER.

De steller van het voorontwerp moet die problemen wegwerken.

V. Delegaties van bevoegdheid

1.1. In verband met de delegaties, van bevoegdheid aan de Koning, die in het voorontwerp vervat zijn, dient herinnerd te worden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen. Overeenkomstig die beginselen dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht te worden vastgesteld, maar mag de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht worden overgelaten[17].

De delegaties die onder meer vervat zijn in de artikelen 38 en 158, § 2, derde lid, alsmede in artikel 180, § 1, 5°, b), eerste lid, van het voorontwerp, voldoen niet aan die voorwaarden. Er wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen over die bepalingen.

1.2. In aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt, is de mogelijkheid voor de wetgever om bevoegdheden aan de Koning te delegeren aan striktere voorwaarden onderworpen. Die bevoegdheidsdelegatie is slechts toelaatbaar indien de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van de regeling vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen om de betrokken doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken, en op voorwaarde dat de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet, en dat de aangenomen besluiten bij ontstentenis van bekrachtiging geen uitwerking hebben[18].

---

[16] Zie bij voorbeeld het arrest dat het Hof van Justitie van de Europese Unie op 21 juni 1974 heeft gewezen inzake Reyners (zaak 2-74).

[17] Zie, bij voorbeeld, advies 38.703/1/V dat op 6 september 2005 is verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 15 juni 2006 houdende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, algemene opmerkingen, punt 7.

[18] Zie advies 37.983/1/3, opmerking 3.4. over artikel 43, op 20 januari 2005 verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 27 april 2005 betreffende de beheersing van de begroting van de gezondheidszorg en houdende diverse bepalingen inzake gezondheid (*Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 51-1627/1, 61 e.v.).

Aan die voorwaarden wordt niet voldaan in het geval van artikel 152, § 4, van het voorontwerp. Er wordt verwezen naar de bijzondere opmerking over die bepaling.

1.3. Sommige bepalingen van het voorontwerp machtigen de Koning om bestaande wetten te wijzigen, aan te vullen of op te heffen. Zulks is onder meer het geval voor de artikelen 86 en 91.

Andere bepalingen machtigen de Koning om de werkingssfeer van de ontworpen wet uit te breiden. Zulks is onder meer het geval voor de artikelen 132 en 147, waarbij de Koning, bij besluit vastgesteld na advies van de FSMA, wordt gemachtigd om de toepassing van de artikelen 97 tot 115 van het voorontwerp uit te breiden tot respectievelijk de institutionele en private instellingen voor collectieve belegging met een veranderlijk en een vast aantal rechten van deelneming.

Het is raadzaam te voorzien in een procedure van bekrachtiging door de wetgever van de besluiten die de Koning aldus gemachtigd is vast te stellen, zodat op zulke besluiten parlementaire controle kan worden uitgeoefend. Bovendien is de rechtszekerheid beter gegarandeerd wanneer die procedure van bekrachtiging geldt voor koninklijke besluiten houdende de maatregelen die nodig zijn voor de omzetting van bepalingen van internationaal recht. Ten slotte wordt door de bekrachtiging van die besluiten elk betwisting voorkomen omtrent de vraag of de Koning de hem verleende bevoegdheden niet heeft overschreden[19].

2. Met betrekking tot de bepalingen van het voorontwerp die het aan de FSMA overlaten sommige aspecten van de vier richtlijnen in kwestie[20] via verordeningsbesluiten om te zetten, dient te worden gewezen op het volgende advies dat de afdeling Wetgeving over soortgelijke bepalingen heeft verstrekt[21]:

> "Al is het denkbaar dat de wezenlijk technische kwesties in de richtlijnen omgezet worden door het regulerend orgaan van de betrokken sector, dat neemt niet weg dat de krachtlijnen waarbinnen dat orgaan die regels moet uitvaardigen in het voorontwerp moeten staan".

---

[19] Zie in dat verband algemene opmerking I van advies 33.182/2, op 29 april 2002 verstrekt over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de voormelde wet van 2 augustus 2002 (*Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 50-1842/1 en 50-1843/1, 244 e.v.).

[20] Zie bij voorbeeld de artikelen 42, § 9, en 98, eerste lid, van het voorontwerp.

[21] Zie voormeld advies 49.160/2, algemene opmerking II, punt 2.

3. De steller van het voorontwerp wordt verzocht, voor alle delegaties aan de Koning en de FSMA die in het voorontwerp zijn opgenomen, na te gaan of ze wel voldoen aan de hierboven gememoreerde beginselen.

VI. Beginsel van het contradictoir debat

Volgens een vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving en een vaste rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, moeten personen tegen wie zware maatregelen overwogen worden toegang krijgen tot een procedure die hen in staat stelt om hun standpunt op dienstige wijze te doen gelden voordat ten aanzien van hen een beslissing genomen wordt. In het geval van bepalingen waarbij, zoals in casu, een Europese richtlijn ten uitvoer wordt gelegd, is het recht op een procedure op tegenspraak bovendien van toepassing als een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht , dat zelfs voor de lidstaten geldt[22].

De afdeling Wetgeving heeft er meermaals op gewezen dat de procedure die leidt tot het aannemen van een zware maatregel op tegenspraak moet worden gevoerd en billijk moet verlopen. Er moet uitdrukkelijk worden bepaald dat de persoon jegens wie een zware maatregel zou worden genomen, zal worden ingelicht over de aard van de beoogde maatregel, alsmede over de motieven die deze maatregel rechtvaardigen. Behoudens bijzondere naar behoren vastgestelde omstandigheden, moet de persoon het volledige dossier kunnen inkijken binnen een redelijke termijn om hem in staat te stellen zijn opmerkingen op dienstige wijze voor te bereiden en hem de mogelijkheid te bieden zijn standpunt ten aanzien van de hem ten laste gelegde feiten vooraf toe te lichten[23] [24]. Dit blijkt niet uitdrukkelijk uit sommige bepalingen van het voorontwerp; zulks is bij voorbeeld het geval voor het ontslag van een revisor of van een revisorenvennootschap[25].

Het voorontwerp moet in voorkomend geval aangevuld worden om rekening te houden met de hierboven gememoreerde beginselen.

---

[22] Zie advies 42.055/2 op 31 januari 2007 verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 2 mei 2007 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en houdende diverse bepalingen, tweede opmerking over artikel 21 (*Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2963/1, 127 e.v.*);* zie ook algemene opmerking 4 van advies 44.643/2, op 1 juli 2008 verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf, (*Parl.St.* Kamer 2008-2009, nrs. 52-1493/1 en 52-1494/1, 155 e.v.).

[23] *Ibid.*

[24] Zie voormeld advies 42.055/2, opmerking 2 over artikel 21 en de verwijzingen naar de rechtspraak in de voetnoot op bladzijde 30 van dat advies.

[25] Artikel 222 van het voorontwerp.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

1. Zoals de gemachtigde van de minister beaamd heeft, dienen in de Franse tekst van artikel 2 de woorden “(b) la directive 2009/78/UE” te worden vervangen door de woorden “(b) la directive 2010/78/UE”.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 3, 41°.

2. Om de leesbaarheid van artikel 2 te verbeteren, wordt voorgesteld om voor de woorden “richtlijn 2010/44/EU” de letter (d) in te voegen.

Artikel 3

1. In onderdeel 7° moet het idee weergegeven worden dat zowel aan voorwaarde a) als aan voorwaarde b) voldaan moet zijn, als zulks wel degelijk de bedoeling van de steller van het voorontwerp is.

2. In de onderdelen 23° en 24° beantwoordt de keuze die de steller van het voorliggende voorontwerp maakt om het toepassingsgebied van het dispositief van de wet te verruimen tot de instellingen voor collectieve belegging met een veranderlijk aantal rechten van deelneming naar Belgisch recht, niet aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG en valt ze dan ook niet binnen het toepassingsgebied van die richtlijn, hetgeen hem ertoe brengt in de definitie die hij geeft van “feeder” en van “master” een onderscheid te maken naargelang de instelling al dan niet voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG.

Hoewel die werkwijze te begrijpen valt in het licht van de omzetting van de richtlijn[26], leidt ze evenwel in Belgisch recht tot een dispositief dat niet voortkomt uit een deugdelijke wetgevingstechniek en dat bovendien de rechtszekerheid schaadt.

[26] En van de naleving van de verplichting die voor de lidstaten geldt om “de Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van nationaal recht mede (te delen) die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen” (artikel 116, lid 2, van richtlijn 2009/65/EG).

De wettekst, aangevuld met de eventuele koninklijke besluiten tot uitvoering ervan, moet immers uit zichzelf begrijpelijk zijn. *In casu* zet de steller van het voorontwerp de richtlijn om maar verruimt hij het toepassingsgebied ervan; het onderscheid dat hij maakt tussen a) en b) van artikel 3, 23°, heeft alleen zin in het licht van de verruiming van dat toepassingsgebied en niet van de richtlijn. In dat artikel dient dan ook te worden verwezen naar de voorwaarden van de wet en niet naar die van de richtlijn.

Een soortgelijke opmerking kan *mutatis mutandis*[27] voor het vervolg van het voorontwerp worden gemaakt [28].

3. In verband met onderdeel 25° rijst de vraag wat voor nut het heeft om in artikel 3, 25°, het begrip "essentiële beleggersinformatie" en het begrip "document met essentiële beleggersinformatie" te definiëren, terwijl in de commentaar bij dat artikel wordt aangegeven dat dit begrip nieuw is en is "overgenomen uit richtlijn 2009/65/EG". Immers, alleen in de artikelen 58, eerste lid, en 60, § 2, tweede lid, van het voorontwerp wordt dat begrip daadwerkelijk gedefinieerd en wordt de richtlijn op dat stuk correct omgezet.

De steller van het voorontwerp zou op zijn allerminst, ter wille van de volledigheid en ter voorkoming van verwarring bij het lezen van de commentaar bij het artikel, de concordantietabel moeten aanvullen met een verwijzing naar artikel 78, leden 1 en 2, van richtlijn 2009/65/EG tegenover artikel 3, 25°, van het voorontwerp.

4. In onderdeel 27° dient de tweede zin aldus verduidelijkt te worden dat blijkt of het vermoeden dat daarin vermeld wordt al dan niet kan worden weerlegd.

5. In onderdeel 29° dient de wet van 2 mei 2007 vermeld te worden met het juiste opschrift ervan, namelijk "wet op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en houdende diverse bepalingen", ofwel dient van die wet een gelijkaardige definitie te worden gegeven als die welke voorkomen in de onderdelen 37° tot 40°, 45°, 47° en 49°, wat verkieslijk lijkt.

---

[27] Zie eveneens de artikelen 187, 233, 234, 235, § 2, 239, *in fine*, 240, tweede lid, en 262, 2°, van het voorontwerp.

[28] Ten overvloede wordt erop gewezen dat de vraag rijst waarom geen gebruik wordt gemaakt van de terminologie van richtlijn 2009/65/EG in de Franse tekst waarvan gewerkt wordt met de begrippen "nourricier" en "maître" in plaats van met "feeder" en "master" wat de Engelse equivalenten van die woorden zijn.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of het ook niet beter zou zijn om in artikel 3 een definitie op te nemen van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, waarvan sprake is in de artikelen 275 en volgende van het voorontwerp en om eveneens melding te maken en een definitie te geven van de voormelde wet van 20 juli 2004.

Van alle onderdelen waarin een wet gedefinieerd wordt, dient een ononderbroken reeks te worden gemaakt in de chronologische volgorde van die wetten.

Wat er ook van zij, in de concordantietabellen dient te worden aangegeven dat bij artikel 3, 29°, niet alleen artikel 2, lid 5, maar ook artikel 2, lid 1, j), van richtlijn 2009/65/EG wordt omgezet.

6. In onderdeel 30° wordt het begrip "nauwe banden" gedefinieerd door te verwijzen naar drie soorten situaties waarbij gewerkt wordt met andere begrippen zoals “deelneming”, “deelnemingsverhouding” en “verbonden onderneming” waarvan in onderdeel 31° wordt aangegeven dat ze gedefinieerd zullen worden in de besluiten die uitgevaardigd dienen te worden ter uitvoering van artikel 212 van het voorontwerp [29].

Doordat de drie laatstgenoemde begrippen, net zoals die van “controle” en “moederonderneming/dochteronderneming” noodzakelijk zijn voor de toepassing van de bepalingen van het voorontwerp, wat bevestigd lijkt te worden door onderdeel 30° (althans voor drie ervan), dient de definitie ervan in het voorontwerp te worden opgenomen en niet in een uitvoeringsbesluit: in een wet mag voor de definitie van de termen die daarin gebezigd worden immers niet verwezen worden naar een koninklijk besluit.

Het voorontwerp behoort dienovereenkomstig te worden aangepast[30].

7. In verband met onderdeel 41° wordt verwezen naar de eerste opmerking die bij artikel 2 is gemaakt.

8. Aangezien in het voorontwerp herhaaldelijk gebruik wordt gemaakt van het begrip “werkdag”, dat geen vast juridisch begrip is, zou het raadzaam zijn daarvan in artikel 3 een definitie te geven teneinde elke moeilijkheid bij de toepassing ervan te voorkomen.

---

[29] Artikel 212 van het voorontwerp bevat overigens geen enkele opdracht aan de Koning.

[30] Zie in dit verband artikel 2, lid 1, i), van richtlijn 2009/65/EG.

Artikel 5

1. Doordat artikel 3 van het voorontwerp er alleen toe strekt een definitie te geven van de begrippen die verderop in het dispositief gebruikt worden, en dat artikel dan ook in zoverre geen enkele normatieve strekking heeft, is het niet erg geslaagd om in artikel 5, §§ 1 en 2, van het voorontwerp te bepalen dat met het oog op "de toepassing van artikel 3, 11°, a)" wordt aangegeven welke aanbiedingen bedoeld worden (artikel 3, 11°, a), i)) en dat aan de koning machtiging wordt gegeven om het begrip "publiek" te definiëren (artikel 3, 11°, a), ii)).

De bepaling behoort te worden herzien om te voorkomen dat aan een artikel een strekking wordt gegeven die het in de interne rechtsorde niet heeft.

2. Volgens de eerste concordantietabel, wordt artikel 5, leden 1 tot 4, van richtlijn 2009/65/EG, welke bepaling betrekking heeft op de nadere regels voor de toelating van instellingen voor collectieve belegging, omgezet door de artikelen 30, 32, 36, 37, 38, 48, 51, 52, 148 tot 157 en 271 van het voorontwerp. In de tweede concordantietabel (Bepalingen van het voorontwerp/Bepalingen van Richtlijn 2009/65/EG, hierna de "tweede concordantietabel" genoemd) wordt artikel 5 van richtlijn 2009/65/EG, meer in het bijzonder lid 1 ervan, evenwel alleen vermeld tegenover artikel 30 van het voorontwerp.

De concordantietabellen moeten overeenstemmen. De steller van het voorontwerp wordt verzocht de tweede tabel aan te vullen na terdege gecontroleerd te hebben of de verwijzing naar de bepalingen van het voorontwerp die zorgen voor de omzetting van artikel 5, leden 1 tot 4, van richtlijn 2009/65/EG wel juist is.

Artikel 8

1. De steller van het voorontwerp dient na te gaan of er geen klaarblijkelijke tegenstelling moet worden opgeheven tussen, enerzijds, artikel 8, § 2, 2° en 3°, van het voorontwerp, naar luid waarvan in een beleggingsvennootschap met veranderlijk kapitaal of in een gemeenschappelijk beleggingsfonds met een veranderlijk aantal rechten van deelneming een nieuwe categorie van rechten van deelneming gecreëerd kan worden, ondanks de wijziging van de statuten of van het beheerreglement dat zulks veronderstelt, "zonder dat daartoe een algemene vergadering moet worden bijeengeroepen", en, anderzijds, de artikelen 14, § 3, tweede lid, en 16, § 6, vierde lid, van het voorontwerp waarin bevestigd wordt dat voor zulke gevallen waarin een categorie van rechten van deelneming gecreëerd wordt, artikel 560 van het Wetboek van vennootschappen van toepassing is, krachtens welk artikel het absoluut vereist is dat een algemene vergadering bijeengeroepen wordt.

2. Zoals in de tweede concordantietabel wordt aangegeven, moet artikel 8, § 2, 4°, van het voorontwerp van wet geplaatst worden tegenover artikel 1, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2009/65/EG. Voor zover bij de laatstgenoemde bepaling aan de lidstaten een mogelijkheid wordt geboden waarvan bij de voorliggende bepaling gebruik wordt gemaakt, zou het evenwel goed zijn om in de concordantietabel of zelfs in de commentaar bij het artikel aan te geven onder welke voorwaarden van die mogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. De beoordelingsbevoegdheid van de wetgevende vergaderingen kan in dit geval immers anders uitgeoefend worden dan in het geval de bepaling een loutere omzetting van de richtlijn vormt.

Artikel 10

Artikel 10, eerste lid, van het voorliggende voorontwerp van wet lijkt een overbodige herhaling van artikel 9.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 18, laatste lid, van het voorontwerp.

Artikel 11

In artikel 11, § 2, wordt bepaald dat “een gemeenschappelijk beleggingsfonds (…) als Belgisch beschouwd (wordt) als (het) ingeschreven wordt op de lijst” die de FSMA met toepassing van artikel 33 van het voorontwerp opstelt.

Artikel 4 van richtlijn 2009/65/EG, dat in de concordantietabel tegenover artikel 11, § 2, van het voorontwerp staat, luidt als volgt:

> “Voor de toepassing van deze richtlijn wordt een icbe geacht te zijn gevestigd in haar lidstaat van herkomst.”

Die lidstaat van herkomst is volgens artikel 2, lid 1, e) van richtlijn 2069/65/EG “de lidstaat waar de icbe (toegelaten is) overeenkomstig artikel 5 (van de richtlijn)”.

In casu blijkt uit een onderlinge vergelijking van de concordantietabellen dat artikel 5 van richtlijn 2009/65/EG omgezet wordt door de artikelen 30 en volgende van het voorontwerp en dat het vormvereiste van de toelating dat krachtens de richtlijn vervuld moet zijn, bijgevolg de vorm krijgt van de verplichte inschrijving waarin het voorontwerp voorziet.

Gelet op het gewicht van dat vormvereiste zou in de commentaar bij dat artikel duidelijker moeten worden aangegeven hoe het systeem van de toelating in de zin van het Europees recht, in Belgisch recht wordt omgezet.

De huidige commentaar bij de artikelen 11 tot 14, die slechts twee alinea's omvat, schept overigens verwarring doordat daarin alleen melding wordt gemaakt van de "belangrijkste vernieuwing", namelijk die welke betrekking heeft op "de mogelijkheid voor de gemeenschappelijke beleggingsfondsen om compartimenten op te richten in hun midden, zoals ook de beleggingsvennootschappen dat kunnen".

Die vernieuwing zou normaliter in de concordantietabellen vermeld moeten worden als het, zoals bij artikel 8, § 2, 4°, van het voorontwerp, gaat om het gebruik maken van een mogelijkheid geboden bij artikel 1, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2009/65/EG.

Artikel 13

In de commentaar bij dit artikel zou gedetailleerder aangegeven moeten worden in welk opzicht en om welke redenen artikel 13 geformuleerd dient te worden zoals dat het geval is in het voorontwerp, waar de redactie anders luidt dan in de oorspronkelijke tekst ervan in de voornoemde wet van 29 juli 2004[31].

Artikel 15

De beide concordantietabellen moeten verbeterd worden. Voor zover in artikel 15, eerste lid, van het voorontwerp wordt bepaald dat "een beleggingsvennootschap met veranderlijk kapitaal, 'bevek' genoemd, wordt opgericht als naamloze vennootschap", wordt daarbij artikel 27, tweede alinea, van richtlijn 2009/65/EG omgezet, en niet artikel 27, lid 3, van die richtlijn[32]."

Artikel 16

De afdeling Wetgeving van de Raad van State ziet niet in om welke redenen de steller van het voorontwerp in artikel 16, § 6, van het voorontwerp de artikelen 633 en 634, betreffende het verlies aan maatschappelijk kapitaal, opgenomen heeft in de lijst van de

[31] Vergelijk met de commentaar bij de artikelen 15 tot 17 van het voorontwerp.

[32] *A fortiori* gelet op het feit dat artikel 27 van richtlijn 2009/65/EG geen lid 3 bevat.

bepalingen van het Wetboek van vennootschappen die niet van toepassing zijn op beleggingsvennootschappen met een veranderlijk aantal rechten van deelneming.

De verantwoording die daarvoor in de memorie van toelichting gegeven wordt, is immers niet overtuigend, aangezien coöperatieve vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan het kapitaal eveneens veranderlijk is, vallen onder de artikelen 431 en 432 van het Wetboek van vennootschappen, die analoog zijn aan de artikelen 633 en 634. Doordat het om vennootschappen met veranderlijk kapitaal gaat, dient er gewoon vanuit te worden gegaan dat het vast gedeelte van het kapitaal de referentiewaarde is voor het beoordelen van de grootte van een daling van het nettoactief.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* eveneens voor de artikelen 119 en 136 van het voorontwerp.

Artikel 21

In paragraaf 1 wordt verwezen naar het Wetboek van vennootschappen "(voor zover) daarvan niet wordt afgeweken door deze Titel".

Gelet op het feit dat in deel II, Boek II, Titel II, waarnaar aldus verwezen wordt, aan de Koning machtigingen verleend worden om af te wijken van bepaalde regels van het Wetboek van vennootschappen[33], behoort te worden geschreven "voor zover daarvan niet wordt afgeweken door of krachtens deze Titel", naar het voorbeeld van wat voorkomt in andere bepalingen waarin gewag gemaakt wordt van de mogelijkheid om af te wijken van het Wetboek van vennootschappen of van andere regelingen[34].

Deze opmerking geldt voor het hele voorontwerp[35].

Artikel 32

Artikel 32, derde lid, luidt als volgt: "De aanvragers kunnen beroep instellen conform artikel 122, 21°, van de wet van 2 augustus 2002 tegen de (…) beslissingen tot weigering van inschrijving" bij de FSMA van openbare instellingen voor collectieve belegging en de compartimenten ervan.

[33] Zie bijvoorbeeld artikel 21, § 5, van het voorontwerp.

[34] Zie bijvoorbeeld artikel 85 van het voorontwerp.

[35] Zie bijvoorbeeld artikel 27, § 1, van het voorontwerp.

Artikel 122, 21°, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten luidt als volgt:

> "Bij de Raad van State kan, volgens een versnelde procedure zoals vastgesteld door de Koning, beroep worden ingesteld:
>
> […]
>
> 21° door de instelling voor collectieve belegging, tegen de weigeringen tot het verlenen van een vergunning, de weigeringen tot goedkeuring of de weigeringen tot aanvaarding waartoe door de FSMA is beslist krachtens de artikelen 33, 35, eerste lid, 43, § 3, eerste lid, 45, tweede lid, of 49, derde lid, van de voormelde wet van 20 juli 2004, of wanneer de FSMA zich niet heeft uitgesproken binnen een termijn van drie maanden na de indiening van een volledig dossier. […]"

Gelet op het feit dat artikel 122, 21°, van de voormelde wet van 2 augustus 2002 op basis van de machtigingen die aan de Koning verleend worden bij artikel 269 van het voorontwerp, aangepast zal worden uitgaande van de bepalingen van de ontworpen wet, met inbegrip van de beroepen tegen de beslissingen houdende weigering tot inschrijving genomen door de FSMA krachtens artikel 32 van het voorontwerp, is het niet nodig diezelfde regel in dat artikel op te nemen.

Artikel 32, derde lid, dient te vervallen.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* eveneens voor de artikelen 170, tweede lid, en 205, § 1, vijfde lid, van het voorontwerp.

Artikel 38

Bij artikel 38 wordt aan de Koning een te ruime bevoegdheid opgedragen.

Op dit punt wordt verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 40

Blijkbaar wordt bij artikel 40 van het voorontwerp van wet artikel 29 van richtlijn 2009/65/EG uitgevoerd. Als dat het geval is, zou dat in de concordantietabel aangegeven moeten worden.

Artikel 42

1. Om uitleg gevraagd over de reikwijdte van de woorden “in voorkomend geval” die herhaaldelijk gebezigd worden in artikel 42 van het voorontwerp, heeft de gemachtigde van de minister geantwoord dat die woorden telkenmale mogen vervallen.

Artikel 42 behoort dienovereenkomstig te worden gewijzigd.

2. Voorts wordt volgens de eerste concordantietabel (Bepalingen van Richtlijn 2009/65/EG/Bepalingen van het voorontwerp, hierna de “eerste concordantietabel” genoemd) bij artikel 42, § 6, van het voorontwerp artikel 51, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2009/65/EG omgezet, wat niet vermeld wordt in de tweede concordantietabel. Zulks is evenwel wel het geval, inzonderheid voor artikel 42, § 6, zesde lid, van het voorontwerp, welke bepaling bijgevolg in de tweede concordantietabel moet voorkomen.

Artikel 50

Artikel 50, eerste lid, van het voorontwerp luidt als volgt: “Het beheerreglement of de statuten worden bij het in artikel 58, eerste lid bedoelde prospectus gevoegd”. De vraag rijst waarom niet eveneens bepaald is, zoals in artikel 71, lid 1, van richtlijn 2009/65/EG geschied is, dat die stukken “een integrerend bestanddeel uitmaken van het prospectus”.

Zou het met het oog op een getrouwe omzetting van de richtlijn en ter wille van de rechtszekerheid niet beter zijn de bewoordingen van artikel 50, eerste lid, van het voorontwerp af te stemmen op die van artikel 71, lid 1, van richtlijn 2009/65/EG?

Artikel 51

1. De vraag rijst of richtlijn 2009/65/EG, waarvan artikel 22, lid 1, bepaalt dat “de activa van een beleggingsfonds […] in bewaring gegeven (worden) bij een bewaarder”, aan de lidstaten zo veel ruimte laat dat die bepaling grond zou opleveren om, zoals in artikel 51, § 1, van het voorontwerp bepaald wordt “de Koning (te laten bepalen in welke gevallen) een instelling voor collectieve belegging over een bewaarder moet beschikken”.

2. Paragraaf 6 van artikel 42 van het voorontwerp, die in de eerste concordantietabel wordt vermeld als de omzetting van artikel 51, lid 1, derde alinea, van

richtlijn 2009/65/EG, komt niet voor in de tweede concordantietabel. Die tabel behoort dienovereenkomstig te worden aangevuld.

3. De vraag rijst of artikel 51, § 2, van het voorontwerp een genoegzame omzetting vormt van de artikelen 23, leden 1 en 3, en 33, leden 1 tot 3, van richtlijn 2009/65/EG, meer in het bijzonder voor zover enerzijds krachtens deze bepalingen van de bewaarder vereist wordt dat hij zijn statutaire zetel heeft of gevestigd is in de lidstaat van herkomst van de instelling voor collectieve belegging of van de beleggingsvennootschap, naargelang van het geval, en die bepalingen, anderzijds, verder gaan dan de loutere verwijzing naar het recht van een andere lidstaat van de EER, maar bepaaldelijk melding maken van de prudentiële regelgeving en permanent toezicht voorschrijven. In artikel 23, lid 2, van richtlijn 2009/65/EG wordt voorts bepaald aan welke voorwaarden inzake financiële waarborgen en vakbekwaamheid de bewaarder moet voldoen.

4. Moet in de tweede concordantietabel niet eveneens melding worden gemaakt van artikel 23, lid 3, van richtlijn 2009/65/EG, zoals in de eerste concordantietabel?

Artikel 52

Het zou beter zijn het laatste lid onmiddellijk te laten volgen op het eerste lid.

Artikel 54

1. De vraag rijst waarom in artikel 54, § 2, van het voorontwerp artikel 61, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2009/65/EG niet wordt overgenomen voor zover in die bepaling sprake is van “enige regel (…) die het verstrekken van informatie beperkt of die betrekking heeft op gegevensbescherming en die voortvloeit uit een contract of een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling” in plaats van melding te maken van een bijzondere wetsbepaling (*in casu* artikel 458 van het Strafwetboek) of van “enige toepasselijke contractuele bepaling die het verstrekken van informatie beperkt of die betrekking heeft op gegevensbescherming”.

Zou het met het oog op een getrouwe omzetting van de richtlijn en ter wille van de rechtszekerheid niet beter zijn de bewoordingen van artikel 54, § 2, van het voorontwerp af te stemmen op die van artikel 61, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2009/65/EG?

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* eveneens voor artikel 107, § 3, van het voorontwerp in het licht van artikel 62, lid 3, van richtlijn 2009/65/EG.

2. Uit de concordantietabellen blijkt dat bij artikel 54 van het voorontwerp artikel 61, lid 1, eerste en derde alinea, van richtlijn 2009/65/EG wordt omgezet.

Wellicht is het de bedoeling om artikel 61, lid 1, tweede alinea, van die richtlijn om te zetten bij een uitvoeringsbesluit ter bepaling van de inhoud en de nadere regels van de overeenkomst.

Zou het, aangezien het sluiten van die overeenkomst dermate onontbeerlijk is dat het in richtlijn 2009/65/EG overkomt als een voorafgaande voorwaarde voor de belegging, niet raadzaam zijn om ook artikel 61, lid 1, tweede alinea, van de richtlijn in de wet om te zetten ?

Artikelen 58 en 60

Deze bepalingen handelen over het document met essentiële beleggersinformatie en in artikel 60 wordt meer in het bijzonder de inhoud ervan bepaald.

In tegenstelling tot hetgeen bepaald wordt in artikel 78, lid 1, van richtlijn 2009/65/EG, wordt de verplichting om op het document duidelijk de woorden “essentiële beleggersinformatie” te vermelden evenwel niet omgezet. Die leemte moet worden aangevuld.

Artikel 59

1. Is het niet beter, met het oog op een getrouwe omzetting van de richtlijn, maar ook met het oog op de rechtszekerheid, om eveneens de tweede alinea van artikel 69, lid 1, van richtlijn 2009/65/EG weer te geven, waarin bepaald wordt dat het prospectus “een duidelijke en gemakkelijk te begrijpen toelichting (bevat) inzake het risicoprofiel van het fonds” ?

2. Om welke redenen zijn de woorden “met kennis van zaken” niet weergegeven wat betreft het prospectus, terwijl deze wel zijn weergegeven met betrekking tot de essentiële beleggersinformatie in artikel 60 van het voorontwerp?

Artikel 61

1. Deze bepaling is niet opgenomen in de tweede concordantietabel, terwijl deze in de eerste tabel weergegeven wordt tegenover artikel 74 van richtlijn 2009/65/EG.

Het is wel zo dat artikel 61 van het voorontwerp de aspecten regelt van de publiciteit die gegeven moet worden aan het prospectus, terwijl artikel 74, van richtlijn 2009/65/EG betrekking heeft op de overzending aan de bevoegde autoriteiten van het prospectus en de wijzigingen daarvan.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht de juistheid te controleren van de desbetreffende omzetting in de eerste tabel.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 61, §§ 1 en 2, van het voorontwerp dat in de eerste tabel tegenover artikel 82, lid 1, van richtlijn 2009/65/EG staat.

2. In paragraaf 1, tweede lid, wordt inzonderheid verwezen naar artikel 60, § 4, welke bepaling geen deel uitmaakt van het voorontwerp, terwijl eigenlijk verwezen moet worden naar paragraaf 3 van artikel 60.

De tekst behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 64

In de tweede concordantietabel dient artikel 79, lid 2, van richtlijn 2009/65/EG ingevoegd te worden tegenover artikel 64, § 1, tweede lid, van het voorontwerp.

Artikel 71

1. In het tweede lid moet op nauwkeurige wijze aangegeven worden tegen welke beslissingen het beroep kan worden ingesteld dat genoemd wordt in artikel 121, § 1, eerste lid, 5°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

Na de woorden “tegen de weigering van de FSMA” dienen derhalve de woorden “bedoeld in artikel 69” te worden ingevoegd, als dat wel degelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp.

De beslissing bedoeld in artikel 70, tweede lid, waarvan melding wordt gemaakt *in fine* van artikel 71, tweede lid, betreft een impliciete beslissing. In plaats van *in fine* van artikel 71, tweede lid, te schrijven "tegen de in artikel 70, tweede lid bedoelde beslissing dat het dossier nog niet als volledig kan worden beschouwd" is het beter te schrijven "tegen de impliciete weigeringsbeslissing bedoeld in artikel 70, tweede lid".

2. Dat tegen een bestuurshandeling geen enkel beroep mogelijk is, zoals bepaald wordt in het derde lid, kan niet worden gedoogd.

Het dispositief behoort te worden herzien zodat de beroepsmogelijkheden waarin voorzien wordt in de artikelen 121 of 122 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 uitgeoefend kunnen worden[36] of een specifiek rechterlijk beroep kan worden ingesteld.

Artikel 81

De machtiging die artikel 81 verleent aan de Koning is veel te ruim, te meer daar het voorwerp ervan louter bij wijze van voorbeeld wordt omschreven.

Er wordt in dat verband verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 82

Om welke redenen worden de woorden "met stemrecht", wat betreft het aantal "effecten van eenzelfde vennootschap" dat een instelling voor collectieve belegging niet mag verwerven, en de woorden "van betekenis" als het gaat om de "invloed" die deze niet mag uitoefenen op het bestuur van een vennootschap, niet overgenomen in artikel 82, § 1, eerste lid, van het voorontwerp, terwijl deze wel voorkomen in artikel 56, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2009/65/EG ?

Verdient het geen aanbeveling om, met het oog op de getrouwe omzetting van de richtlijn en op de rechtszekerheid, de formulering van artikel 82, § 1, eerste lid, van het voorontwerp af te stemmen op die van artikel 56, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2009/65/EG?

[36] De steller van het voorontwerp dient na te gaan of die herziening zal geschieden door middel van een wijziging van het voorontwerp zelf, dan wel door uitvoering te geven aan de machtigingen die aan de Koning zijn verleend bij artikel 269 van het voorontwerp.

Artikel 85

Ook al kan worden aanvaard dat de FSMA in bepaalde individuele gevallen afwijkt van besluiten die uitgevaardigd zijn ter uitvoering van de voornoemde wet van 2 augustus 2002[37], toch zou het daarentegen indruisen tegen het beginsel van de hiërarchie van de normen als de FSMA ook zou afwijken van wetsbepalingen.

Het verdient dan ook aanbeveling om in artikel 85 te schrijven “krachtens” in de plaats van “door of krachtens”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 200 van het voorontwerp.

Artikel 86

1. Uit de lezing van de concordantietabellen blijkt dat artikel 86 van het voorontwerp voorziet in de omzetting van de artikelen 37 tot 48 van richtlijn 2009/65/EG die samen hoofdstuk VI vormen, betreffende de fusies van instellingen voor collectieve beleggingen.

Dat is evenwel niet het geval, aangezien in nagenoeg het volledige artikel 86 de regeling van de materie toevertrouwd wordt aan de Koning door Hem talrijke machtigingen in dat verband toe te kennen.

Het verdient aanbeveling om op zijn minst in de commentaar bij artikel 86, die bijzonder bondig is, aan te geven dat de omzetting van hoofdstuk VI van richtlijn 2009/65/EG zal geschieden aan de hand van koninklijke besluiten.

Overigens dient de steller van het voorontwerp zich ervan te vergewissen of de omzetting zodoende ook daadwerkelijk zal plaatshebben[38].

2. Artikel 86, § 1, tweede lid, alsook artikel 91, tweede zin, *initio*, machtigen de Koning om af te wijken van een aantal bepalingen van het Wetboek van vennootschappen. Die bevoegdheidsoverdrachten aan de Koning zouden gepaard moeten gaan met een bekrachtiging bij wet, om de redenen die uiteengezet worden in de algemene opmerking V.1.3.

---

[37] Zie advies 38.043/2 gegeven op 24 januari 2005 over een ontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot het koninklijk besluit van 4 maart 2005 met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging, opmerking 1.2 met betrekking tot de (impliciete) rechtsgrond.

[38] Zie algemene opmerking III, 2.2.

Artikel 87

De machtiging die door artikel 87, § 2, tweede lid, van het voorontwerp aan de Koning wordt verleend, is veel te ruim.

In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 91

In artikel 91, tweede zin, is het de afdeling Wetgeving van de Raad van State niet duidelijk welk het nut is van de woorden “alsook de regels genomen met toepassing van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen en, onder de voorwaarden van artikel 122, eerste lid, van het Wetboek van Vennootschappen, de regels genomen met toepassing van artikel 92 van het Wetboek van Vennootschappen aanpassen, wijzigen en aanvullen”. De verordeningsbevoegdheid van de Koning terzake vloeit reeds voort uit verschillende bepalingen van de voornoemde wet van 17 juli 1975, alsook uit artikel 122 van het Wetboek van vennootschappen. Indien het de bedoeling is om de uitoefening van die bevoegdheden *in casu* afhankelijk te stellen van het bestaan van een voorafgaand advies van de FSMA, dient de tekst in die zin te worden verduidelijkt. Indien het daarentegen louter gaat om het in herinnering brengen van bevoegdheden die reeds aan de Koning zijn verleend door andere wetsbepalingen, behoort de desbetreffende passage te vervallen.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 212, vijfde lid, van het voorontwerp.

Artikel 100

De vraag rijst om welke reden artikel 109, lid 4, van richtlijn 2009/65/EG niet overgenomen is, inzonderheid in zoverre in die bepaling sprake is van “problemen bij de icbe, die het vermogen van de beheermaatschappij wezenlijk kan aantasten om haar taken naar behoren uit te voeren” en niet van “problemen (…) die twijfels kunnen doen rijzen over het vermogen van de beheervennootschap van instellingen voor collectieve belegging om haar taken naar behoren uit te voeren”.

Verdient het geen aanbeveling om, met het oog op de getrouwe omzetting van de richtlijn en op de rechtszekerheid, de formulering van artikel 100 af te stemmen op die van artikel 109, lid 4, van richtlijn 2009/65/EG?

Artikel 105

In artikel 105, laatste lid, van het voorontwerp, schrijve men:

“Bij een instelling voor collectieve belegging wordt het voorstel om een commissaris van zijn opdracht te ontslaan, zoals geregeld bij de artikelen 135 en 136 van het Wetboek van vennootschappen, ter advies voorgelegd aan de FSMA”.

Artikel 106

Paragraaf 1, tweede lid, van artikel 106 voorziet in een beperking van de verantwoordelijkheid van de commissarissen die te goeder trouw bepaalde informatie hebben verstrekt.

De steller van het voorontwerp moet in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel kunnen rechtvaardigen om welke redenen afgeweken wordt van de gemeenrechtelijke regeling inzake verantwoordelijkheid.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 223, § 1, tweede lid, van het voorontwerp.

Artikel 107

Verdient het geen aanbeveling, met het oog op de getrouwe omzetting van de richtlijn en op de rechtszekerheid, om tussen het huidige eerste en tweede lid van paragraaf 1, een lid in te voegen met de verbodsbepaling die geformuleerd wordt in artikel 62, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2009/65/EG, volgens welke “de feeder-icbe niet in rechten van deelneming (belegt) van de master-icbe totdat een dergelijke overeenkomst van kracht is geworden” ?

Artikel 110

Het zesde lid luidt als volgt:

"Conform artikel 121, § 1, eerste lid, 4°, van de wet van 2 augustus 2002 kan beroep worden ingesteld tegen de door de FSMA krachtens het vijfde lid van dit artikel genomen beslissingen".

In het vijfde lid worden dwangsommen bepaald die de FSMA kan opleggen in de gevallen die daarin beschreven worden.

Volgens 121, § 1, eerste lid, 4°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 "kan bij het hof van beroep te Brussel beroep worden ingesteld tegen de beslissingen van de FSMA", waarbij een dwangsom of een administratieve geldboete wordt opgelegd met toepassing van een reeks opgesomde bepalingen, inclusief krachtens verschillende bepalingen van de voornoemde wet van 20 juli 2004, maar ook, op meer algemene wijze, "met toepassing van elke andere wetsbepaling die de FSMA de bevoegdheid zou verlenen een dwangsom of een administratieve boete op te leggen".

Ongeacht de bevoegdheden waarover de Koning zal beschikken op grond van artikel 269 van het voorontwerp en die Hem machtigen om inzonderheid artikel 121, § 1, eerste lid, 4°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 aan te passen, wordt in die bepaling bijgevolg, door de algemene formulering ervan, reeds voorzien in een beroepsmogelijkheid voor het geval dat beschreven wordt in artikel 110, zesde lid, van het voorontwerp.

Het getuigt niet van behoorlijke wetgeving om eenzelfde regel op te nemen in twee onderscheiden bepalingen. Er dient overigens opgemerkt te worden dat zulk een dispositief met recht niet vervat ligt in artikel 150 van het voorontwerp.

Artikel 110, zesde lid, dient te vervallen.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 115, § 4, en 230, § 4, van het voorontwerp die betrekking hebben op de bevoegdheden van de FSMA om dwangsommen en administratieve geldboetes op te leggen.

Artikel 115

1. Paragraaf 2 van deze bepaling voorziet in de mogelijkheid voor de FSMA om administratieve geldboetes op te leggen "wanneer zij een overtreding vaststelt van de

bepalingen van deze wet of de met toepassing ervan genomen maatregelen" en dit "onverminderd de andere bij deze wet voorgeschreven maatregelen".

De terzake geldende procedure wordt geregeld bij de artikelen 70 tot 73 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, die vervangen zijn bij de artikelen 16 tot 19 van de wet van 2 juli 2010[39].

Met betrekking tot de regels die in acht genomen moeten worden wat betreft het beginsel "*non bis in idem*", wanneer eenzelfde gedrag aanleiding kan geven tot zowel een administratieve als een strafrechtelijke sanctie, wordt verwezen naar de opmerkingen die door de afdeling Wetgeving van de Raad van State geformuleerd zijn in advies 47.442/2 dat gegeven is op 14 december 2009 over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 2 juli 2010 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[40].

De steller van het voorontwerp dient zich ook bewust te zijn van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgens welke, wanneer een strafrechtelijk bestel wordt goedgekeurd dat tot gevolg heeft dat opschorting van tenuitvoerlegging van straffen kan worden toegepast op personen die vóór de strafrechter worden vervolgd, indien een identieke maatregel niet kan worden toegepast op personen die een jurisdictioneel beroep instellen tegen de beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboete, zulks niet bestaanbaar is met het grondwettelijk beginsel van gelijkheid voor de wet[41].

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 150, § 2, 217, § 5, derde lid, b), 230, § 2, 246, § 2, tweede lid, 2°, en 252 van het voorontwerp.

2. Uit de lezing van de concordantietabellen blijkt dat artikel 115, § 1, van het voorontwerp een omzetting is van artikel 99 van richtlijn 2009/65/EG. Dat is ongetwijfeld zo

---

[39] Wet van 2 juli 2010 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.

[40] Advies 47.442/2 gegeven op 14 december 2009 over het voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 2 juli 2010 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België, en houdende diverse bepalingen, meer bepaald de opmerking die geformuleerd is met betrekking tot de artikelen 17 tot 21 van het voorontwerp (*Parl. St.* Kamer 2009-2010, nr. 2408/1).

[41] Grondwettelijk Hof, nr. 105/2004, 16 juni 2004, B.7.4; nr. 157/2008, 6 november 2008, B.4.2.

wat betreft de eerste twee leden van artikel 99. Lid 3 van die bepaling lijkt daarentegen niet te worden omgezet, alleszins niet door artikel 115, § 1, van het voorontwerp.

Indien dat lid niet wordt omgezet, dient de steller van het voorontwerp uit te leggen welke de redenen zijn voor die leemte en dient deze, in voorkomend geval, te worden aangevuld.

Artikel 116

Wat betreft de draagwijdte van artikel 116, luidens hetwelk “deze titel van toepassing (is) overeenkomstig artikel 4, § 2”, heeft de gemachtigde van de minister het volgende verklaard:

> “L’article 4 détermine le champ d’application du projet en ce qui concerne les organismes de placement collectif. Comme souligné dans l’exposé des motifs (voir p. 22), une distinction est opérée à cet égard entre les organismes de placement collectif publics, institutionnels et privés. Les organismes de placement collectif publics (c’est-à-dire ceux qui recueillent leurs moyens financiers par la voie d’une offre publique) sont soumis de manière obligatoire aux dispositions du projet et ne peuvent commencer leurs activités sans être inscrits auprès de la FSMA. Les organismes de placement collectif qui ne recueillent pas leurs moyens financiers par la voie d’une offre publique ne sont par contre par soumis à de telles obligations. Au cas où ils rentrent dans les conditions pour ce faire, ils peuvent cependant opter pour, selon le cas, les statuts prévus pour les organismes de placement collectif institutionnels ou privés. L’article 4, § 2, précise ce point. L’article 133 vise à éviter toute ambiguïté en insérant une référence à l’article 4, § 2, en tête du Titre IV, consacré aux organismes de placement collectif privés. L’article 116 contient une disposition identique en ce qui concerne les organismes de placement collectif institutionnels”.

Deze uitleg zou moeten opgenomen worden in de commentaar bij dat artikel.

Dezelfde opmerking geldt, mits de noodzakelijke aanpassingen worden aangebracht, ook voor artikel 133 van het voorontwerp, dat betrekking heeft op private instellingen voor collectieve belegging.

Artikel 124

Op de vraag om uitleg te verstrekken in verband met de draagwijdte van artikel 124, volgens welke “de bepalingen van artikel 23, tweede en derde lid, van toepassing (zijn)”, heeft de gemachtigde van de minister het volgende verklaard:

> “À l’article 124 du projet, il y a lieu de lire ‘ Les dispositions de l’article 23, alinéas 3 et 4 sont applicables ’. Cet article vise à rendre applicables aux organismes de placement collectif en créances institutionnels les dispositions de l’article 23 du projet relatives aux formalités à respecter en cas de cession de créances.
>
> Si telle est bien l’intention de l’auteur du projet, l’article 124 sera corrigé dans le sens indiqué par le délégué du ministre et sera complété par les mots « aux organismes visés dans la présente Section”.

Indien dit strookt met de bedoeling van de steller van het voorontwerp, dient artikel 124 aangepast te worden als bedoeld door de gemachtigde van de minister en dient de bepaling te worden aangevuld met de woorden “op de instellingen bedoeld in deze Afdeling”.

Artikel 127

De machtiging die door artikel 127 aan de Koning wordt verleend, is veel te ruim.

Er wordt in dat verband verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 129

In het tweede lid staat dat “de Koning de inschrijvingsvoorwaarden (bepaalt)” van de institutionele instellingen voor collectieve belegging in schuldvorderingen die ingeschreven staan op de daarvoor in artikel 128 van het voorontwerp bedoelde lijst.

De aldus omschreven machtiging aan de Koning is veel te ruim[42].

Het is ongetwijfeld de bedoeling van de steller van het voorontwerp om de vaststelling van de procedure voor de inschrijving op de lijst aan de Koning op te dragen.

De tekst dient in die zin te worden aangepast.

[42] Er wordt verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 130

De machtigingen die in artikel 130 aan de Koning worden verleend, zijn veel te ruim.

Er wordt in dat verband verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikelen 132 en 147

De artikelen 132 en 147 machtigen de Koning om, bij besluit genomen na advies van de FSMA, het toepassingsgebied van de artikelen 97 tot 115 van de ontworpen wet uit te breiden.

Omwille van de redenen die in algemene opmerking V.1.3. zijn uiteengezet, is het wenselijk te voorzien in een wetgevende bekrachtiging van deze koninklijke besluiten.

Artikel 143

De door artikel 143 aan de Koning verleende machtiging is te ruim.

Er wordt in dezen verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikel 152

Artikel 152, § 1, tweede lid, van het voorontwerp bepaalt dat de instelling voor collectieve beleggingen naar het recht van de lidstaat van herkomst haar rechten van deelneming openbaar kan aanbieden in België zodra de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst de kennisgeving hebben ontvangen.

Artikel 93, lid 3, derde alinea, van richtlijn 2009/65EG bepaalt:

> “Na doorzending van de documentatie stellen de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst van de icbe de icbe onmiddellijk daarvan in kennis. De icbe kan vanaf de datum van deze kennisgeving haar rechten van deelneming in de lidstaat van ontvangst verhandelen”.

Het staat echter niet vast dat de datum van de kennisgeving aan de instelling voor collectieve beleggingen in alle gevallen overeenstemt met de datum waarop de FSMA de in artikel 93, lid 3, van richtlijn 2009/65/EG bedoelde documentatie ontvangt.

Artikel 152, § 1, van het voorontwerp lijkt de richtlijn dus niet op correcte wijze om te zetten. Deze bepaling moet dienovereenkomstig worden aangepast.

Artikelen 158 tot 163

Het is niet duidelijk hoe de artikelen 158 tot 163 van het voorontwerp artikel 16, lid 3, van richtlijn 2009/65/EG zouden omzetten.

Dit artikel 16 staat immers in afdeling 4, met als opschrift "Vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten", van hoofdstuk III aangaande de verplichtingen betreffende beheermaatschappijen. Deze aangelegenheid wordt echter geregeld in deel II van het voorliggende voorontwerp, betreffende de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht na te gaan of de omzettingstabellen in dezen correct zijn.

Artikel 158

Artikel 158, § 2, derde lid, machtigt de Koning om de basisvoorwaarden te bepalen waaraan bepaalde instellingen voor collectieve beleggingen moeten voldoen om te worden ingeschreven en om hun inschrijving te handhaven. Een dergelijke machtiging houdt beleidskeuzes in die slechts door de wetgever kunnen worden gemaakt. De uitvoerende macht kan zich slechts gelegen laten liggen aan het vaststellen van de nadere regels voor de uitvoering van deze keuzes[43].

Het voorontwerp dient derhalve te worden aangevuld met de vermelding van de voorwaarden waaraan de instellingen voor collectieve belegging, vermeld in artikel 158, § 2, derde lid, moeten voldoen om te worden ingeschreven en om hun inschrijving te handhaven. Indien de steller van het voorontwerp aan de Koning de taak wil opdragen de nadere uitvoeringsregels vast te stellen in dit domein dat verder reikt dan zijn algemene bevoegdheid om wetten uit te voeren, bevoegdheid waaraan artikel 108 van de Grondwet ten grondslag ligt, moet de in het derde lid bepaalde machtiging dienovereenkomstig worden aangepast. Er wordt gememoreerd dat de Koning krachtens artikel 108 van de Grondwet in de

[43] Er wordt verwezen naar algemene opmerking V.2.1.

uitoefening van zijn bevoegdheid om wetten uit te voeren, uit het beginsel van de wet en de algemene opzet daarvan de gevolgtrekkingen moet maken die daaruit logischerwijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die de wet nastreeft, mits hij daarbij de draagwijdte van de wet niet verruimt noch beperkt.

Artikel 180

Artikel 180, § 1, 5°, b), eerste lid, machtigt de Koning, wat de instellingen voor collectieve belegging betreft die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn 2009/65/EG, de voorwaarden vast te stellen waaronder de uitoefening van de in artikel 3, 19°, b), bedoelde beheertaak kan worden toevertrouwd aan een in een andere lidstaat van de EER gevestigde onderneming.

Een dergelijke bevoegdheid, die te maken heeft met een zo delicate aangelegenheid als het vrij verrichten van diensten, houdt beleidskeuzes in die niet aan de uitvoerende macht kunnen worden opgedragen.

Er wordt verwezen naar algemene opmerking V.2.1. en naar de bijzondere opmerking betreffende artikel 158.

Artikel 182

Uit de omzettingstabellen blijkt niet dat deze bepaling, die betrekking heeft op de plaats van de statutaire zetel en van het hoofdbestuur van de beheervennootschap, een omzetting van de richtlijn is. Artikel 7, lid 1, d), van richtlijn 2009/65/EG regelt echter deze aangelegenheid.

Artikel 190

In paragraaf 2, derde lid, moet na de woorden “Indien de FSMA in gebreke blijft” worden aangegeven binnen welke termijn de FSMA het in het tweede lid van dezelfde paragraaf bedoelde reglement moet vaststellen of wijzigen.

Artikel 205

Luidens de omzettingstabellen zet artikel 205, tweede lid, 2°, van het voorontwerp artikel 17, lid 2, b), van richtlijn 2009/65/EG om.

Voor het overige wordt geen enkele verduidelijking gegeven betreffende de omzetting van datzelfde artikel 17, lid 2, a), c) en d). De punten a) en d) worden weliswaar door respectievelijk de onderdelen 1° en 4° van artikel 205, tweede lid, omgezet, punt c) lijkt daarentegen niet te worden omgezet.

Artikel 17, lid 2, van richtlijn 2009/65/EG somt echter voorwaarden op waaraan tegelijk moet worden voldaan.

Het voorontwerp van wet dient te worden aangevuld. Een koninklijk uitvoeringsbesluit kan *in casu* niet in deze leemte voorzien. Het is immers zaak de samenhang in de omzetting te garanderen en de verschillende onderdelen van het dispositief op eenzelfde plaats te behouden in de hiërarchie van de normen van intern recht, zeker wanneer, zoals hier, deze onderverdelingen wezenlijk samenhangen.

De omzettingstabellen moeten dienovereenkomstig worden aangepast.

Artikel 207

1. Artikel 207, eerste lid, van het voorontwerp is de omzetting van artikel 17, lid 9, eerste alinea, van richtlijn 2009/65/EG. Deze precisering staat niet in de omzettingstabel, die dienovereenkomstig moet worden aangevuld.

2. Betreffende hetzelfde lid rijst de vraag of het niet aangewezen is in de Franse versie het woord “informe” te vervangen door het woord “notifie”, dat bovendien gebezigd wordt in richtlijn 2009/65/EG. Dit geldt des te meer daar uit artikel 207, tweede lid, van het voorontwerp kan worden opgemaakt dat de FSMA “in voorkomend geval” de procedure van artikel 205, § 1, derde en vierde lid, en § 2, toepast op de wijzigingen in de verstrekte gegevens. Deze bepaling voorziet echter in de uitvoering van de startprocedure die door de instelling voor collectieve belegging die een bijkantoor wenst te openen moet worden gevolgd en die op gang wordt gebracht door een kennisgeving en niet door een informatieverstrekking.

Artikel 209

Paragraaf 2 van dit artikel zet eveneens artikel 18, lid 2, eerste en tweede alinea, van richtlijn 2009/65/EG om.

De omzettingstabellen moeten dienovereenkomstig worden aangevuld.

Artikel 212

In het zesde lid zijn de bewoordingen “In bijzondere gevallen” te vaag. De gevallen waarin de FSMA gebruik kan maken van de bevoegdheid die haar door deze bepaling wordt opgedragen, dienen nauwkeurig te worden afgebakend.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 217, § 7, van het voorontwerp.

Artikel 213

De vraag rijst waarom in paragraaf 3, bij de bevoegdheden van de FSMA inzake toezicht en onderzoek, de bevoegdheid om “bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer te verlangen” niet uitdrukkelijk wordt vermeld, terwijl in deze bevoegdheid voorzien wordt in artikel 98, lid 2, d), van richtlijn 2009/65/EG.

Met het oog op een getrouwe omzetting van de richtlijn en ter wille van de rechtszekerheid is het wellicht aangewezen artikel 213, § 3, van het voorontwerp aan te vullen in het licht van artikel 98, lid 2, d), van richtlijn 2009/65/EG.

Artikel 215

De steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat de opschriften en de formuleringen worden aangepast zodat ze beantwoorden aan de huidige stand van de wetgeving of van de ontworpen wetgeving. Zo moet bijvoorbeeld, in artikel 215 van het voorontwerp, het acroniem “CBFA” worden vervangen door het acroniem “FSMA”.

Artikel 217

1. Zoals de gemachtigde van de minister heeft aangegeven, leze men in artikel 217, § 2, derde lid, van het voorontwerp “De in de paragrafen 1 tot 3 van artikel 211 bedoelde verhoudingen en grenzen” in plaats van “De in paragrafen 1 tot 3 van artikel 184 bedoelde verhoudingen en grenzen”.

De bepaling dient aldus te worden gewijzigd.

2. Paragraaf 4, eerste lid, laatste zin, machtigt de Koning om de toepassing van de ontworpen bepalingen inzake toezicht uit te breiden tot de financiële holdings. Er wordt verwezen naar algemene opmerking V.1.2.

Artikelen 236 en 237

Zoals de gemachtigde van de minister heeft beaamd, dienen de woorden “deze afdeling” te worden vervangen door de woorden “dit hoofdstuk”.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 242, 243, 248, § 3, 249, 2°, en 251, eerste lid, van het voorontwerp.

Artikel 246

De tweede en de derde zin van paragraaf 2 leggen verplichtingen op aan de “bevoegde autoriteiten” van de andere lidstaten van de EER dan België, wat niet toelaatbaar is.

Deze zinnen dienen te worden weggelaten.

Artikel 248

De inleidende zin van paragraaf 1 moet nauwkeuriger worden geformuleerd door aan te geven op welke bijkantoren de verderop in deze paragraaf opgesomde bepalingen toepasselijk zijn. Een wettelijke bepaling moet immers begrijpelijk zijn zonder een beroep te doen op het opschrift van het hoofdstuk waarin de bepaling is opgenomen.

Artikelen 249 en 251

In de artikelen 249, 2°, en 251, zesde lid, van het voorontwerp moeten de woorden “dit besluit” worden vervangen door de woorden “deze wet”.

Artikelen 250 tot 252

Artikel 250 moet worden aangevuld door te vermelden waarop de artikelen 213 en 214 toepasselijk zijn.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 251, vierde lid, en voor artikel 252.

Artikel 253

Op de vraag om in het licht van het gelijkheidsbeginsel te verantwoorden waarom de in artikel 253, § 1, eerste lid, bedoelde vennootschappen in België enkel aan de in het tweede lid van dezelfde paragraaf opgesomde beleggers beleggingsdiensten mogen aanbieden of verstrekken, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

"L'article 253, § 1er du projet énumère limitativement les investisseurs au profit desquels ces sociétés de gestion d'organismes de placement collectif peuvent prester des services d'investissement.

L'article 253, § 1er s'applique aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif originaires de pays qui ne sont pas membres de l'Espace économique européen et/ou qui ne sont pas soumises à la directive 2009/65/CE. Le régime qui leur est applicable est similaire à celui qui est d'application aux entreprises d'investissement origine de pays qui ne sont pas membres de l'Espace économique européen (voy. à cet égard les articles 20 et suivants de l'arrêté royal du 20 décembre 1995) et reprend les dispositions correspondantes de l'arrêté royal du 26 avril 2009 relatif aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif étrangères. Conserver ce régime paraît indiqué, dans la mesure où les activités visées ici sont similaires à une partie de celles pouvant être exercées par les entreprises d'investissement (gestion individuelle de portefeuille et conseil en placement). Opter pour un régime différencié risquerait en effet de créer une discrimination - à notre sens injustifiée - entre les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif (dans la mesure où il s'agit d'activités identiques).

Par ailleurs, la différence de traitement existant entre les sociétés de gestion visées par l'article 253, § 1er et les sociétés de gestion originaires d'Etats membres de l'Espace économique européen est justifiée par l'absence de garanties en ce qui concerne les règles applicables à ces sociétés dans le pays d'origine et les risques qui peuvent en découler pour les investisseurs concernés. De telles garanties existent par contre en ce qui concerne les sociétés de gestion originaires d'un autre Etat membre de l'Espace économique européen du fait notamment de l'harmonisation européenne en la matière. Il y a également lieu d'avoir égard au fait que l'article 253 s'applique uniquement à la prestation de services, c.-à-d. à une activité qui ne donne pas lieu à la création d'un établissement stable en Belgique. L'application des dispositions du droit belge et l'exercice d'un contrôle effectif sur de telles entités peut donc s'avérer particulièrement problématique, étant donné qu'elles seront établies dans des pays étrangers où les possibilités d'action des autorités belges seront particulièrement limitées. Cette particularité explique également qu'un traitement différent soit appliqué aux sociétés de gestion originaires d'un pays tiers qui établissent une succursale en Belgique et à celles qui se contentent de prester des services. Pour ces raisons, il paraît donc opportun de limiter les catégories d'investisseurs auxquelles ces sociétés peuvent fournir des services d'investissement".

Deze toelichtingen zouden in de memorie van toelichting moeten voorkomen.

Artikelen 256 en 259

Aangezien hoofdstuk III waarin artikel 256 is opgenomen, niet is onderverdeeld in afdelingen, schrijve men in het eerste lid van deze bepaling: “De bepalingen van dit hoofdstuk” in plaats van “De bepalingen van deze afdeling”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 259 van het voorontwerp.

Artikel 258

Artikel 258, vijfde lid, maakt enkel de paragrafen 5 en 8 van artikel 225 toepasselijk op de in deze bepaling bedoelde beslissingen.

De aldus toepasselijk verklaarde paragraaf 5 van artikel 225 verwijst echter naar paragraaf 1 van dezelfde bepaling, terwijl paragraaf 8 verwijst naar de paragrafen 2 en 3.

Veeleer dan een gedeeltelijke en onvolledige verwijzing te maken naar artikel 225, doet men er beter aan de bepalingen die de steller van het voorontwerp toepasselijk wenst te maken integraal over te nemen.

Algemene opmerkingen betreffende Deel IV

Artikelen 260 tot 266

De artikelen 260 tot 266 van het voorontwerp, betreffende de strafrechtelijke sancties, beantwoorden aan de artikelen 205 tot 211 van de voornoemde wet van 20 juli 2004.

Daarbij komt dat artikel 110, dat in een dwangsom voorziet, en de artikelen 115, 150 en 230, die betrekking hebben op dwangsommen en administratieve geldboetes, respectievelijk beantwoorden aan de artikelen 91, 96, 128, §§ 3 tot 5, en 202 van de voornoemde wet van 20 juli 2004.

Wat betreft de cumulatie van administratieve geldboetes en strafrechtelijke sancties en wat betreft het principe *non bis in idem*, wordt derhalve verwezen naar algemene opmerking 10 van advies 36.615/2, gegeven op 23 februari 2004 over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de voornoemde wet van 20 juli 2004[44].

[44] *Parl.St.* Kamer, 2003-04, nr. 909/1, 224-237.

Deel V

Deel V dient in twee delen te worden gesplitst.

Het eerste deel, met als opschrift "Deel V – Bepalingen tot wijziging van de wetten van 2 augustus 2002 en 16 juni 2006", moet de artikelen 267 en 271 van het voorontwerp bevatten.

Artikel 271 moet in vier onderscheiden en opeenvolgende artikelen worden gesplitst, waarbij elke wijziging van een wettelijke bepaling in een afzonderlijk artikel moet worden vermeld, zodat het parlement over elke bepaling afzonderlijk kan stemmen[45]. Het eerste van deze artikelen moet aangeven dat de wijziging betrekking heeft op "de wet van 2 augustus 2002" in plaats van op "dezelfde wet", zoals de huidige tekst van artikel 271, § 1, *initio*, vermeldt, en de drie volgende artikelen moeten aangeven dat de wijziging betrekking heeft op "dezelfde wet".

In het tweede deel, met als opschrift "Deel VI - Diverse bepalingen", moeten de artikelen 268, 269, 270 en 272 van het voorontwerp worden ondergebracht.

Artikelen 267 tot 272

Opschrift van Deel VI (dat Deel VII wordt)

Het opschrift van Deel VI (dat Deel VII wordt) zou beter als volgt worden geredigeerd:

"Overgangsbepalingen en slotbepalingen".

Artikel 279

Het is onnodig in artikel 279 voorbehoud te maken van de toepassing van de bepalingen van Deel VI (dat Deel VII wordt). Het is immers eigen aan overgangsbepalingen dat ze toepasselijk zijn niettegenstaande de opheffing van de regel waarvan ze de overgangsregeling vastleggen. Artikel 279 moet als volgt worden geformuleerd:

"De wet van 20 juli 2004 wordt opgeheven".

---

[45] *Beginselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tabblad "Wetgevingstechniek", aanbeveling 118.

Artikelen 277 en 280

Artikel 277 moet worden weggelaten.

Artikel 280 moet als volgt worden geformuleerd:

"Deze wet treedt in werking de dag waarop zij in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, met uitzondering van de artikelen 134 tot 139, 143 en 147, die in werking treden op de datum bepaald door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en ten laatste op …".

Door de uiterste datum van inwerkingtreding van de wetgevende tekst vast te stellen, kan worden voorkomen dat de uitvoerende macht aan de wil van de wetgever voorbijgaat. Indien de uitvoerende macht immers talmt om een besluit vast te stellen dat de inwerkingtredingdatum van de wetgevende tekst bepaalt, zal haar verzuim niet beletten dat deze tekst in werking treedt op de voorgeschreven uiterste datum[46].

---

[46] *Beginselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tabblad "Wetgevingstechniek", aanbeveling 154.1.1.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
de Dames	M. BAGUET,	
	A. WEYEMBERGH,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
de Heer	Y. DE CORDT,	
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. W. VOGEL, premier auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van Mevr. M. BAGUET.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

B. VIGNERON Y. KREINS