



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 52.870/2
du 5 mars 2013

advies 52.870/2
van 5 maart 2013

sur

over

un avant-projet de loi I 'visant
à renforcer la protection des
utilisateurs de produits et
services financiers ainsi que les
compétences de l'Autorité des
services et marchés financiers,
et portant des dispositions
diverses'

een voorontwerp van wet I 'tot
versterking van de
bescherming van de afnemers
van financiële producten en
diensten alsook van de
bevoegdheden van de
Autoriteit voor Financiële
Diensten en Markten en
houdende diverse bepalingen'

Le 11 février 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi I 'visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 5 mars 2013. La chambre était composée de Yves KREINS, président de chambre, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 5 mars 2013.

*

Op 11 februari 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minster en Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet I 'tot versterking van de bescherming van de afnemers van financiële producten en diensten alsook van de bevoegdheden van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en houdende diverse bepalingen'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 5 maart 2013. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, kamervoorzitter, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Yves DE CORDT, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 5 maart 2013.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, 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 suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ne ressort d'aucune des pièces communiquées au Conseil d'État que l'examen préalable de la nécessité de procéder à une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/1 de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' a bien été réalisé sur l'avant-projet.

Si ce n'est chose faite, cet examen préalable devra donc encore être accompli, ainsi que, s'il y a lieu, l'évaluation d'incidence subséquente, avant que le projet de loi ne soit déposé devant la Chambre des représentants ¹.

OBSERVATION PRÉALABLE

Il convient d'annexer au projet de loi soumis aux Chambres législatives les tableaux de correspondance transmis, à la demande expresse de l'auditeur rapporteur, par le délégué du ministre :

- le premier mentionnant, au regard des différentes dispositions de la directive transposée ² par l'avant-projet de loi à l'examen, les dispositions en projet qui en assurent la transposition ³ ;

- le second donnant la correspondance entre les dispositions de l'avant-projet de loi et celles de la directive qu'elles transposent.

Il sera procédé de même en ce qui concerne les dispositions des règlements européens dont l'avant-projet de loi assure la mise en œuvre en droit interne, à savoir le règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 'sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit' et le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 'sur les agences de

¹ Article 19/3, 1^o, de la loi précitée du 5 mai 1997.

² À savoir 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)'.

³ Les dispositions facultatives de la directive qui n'ont éventuellement pas fait l'objet d'une transposition en droit interne seront également mentionnées.

notation de crédit', modifié par le règlement (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011.

De tels tableaux de correspondance sont en effet indispensables afin que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens que le Gouvernement leur propose de mettre en œuvre et afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 76 de la Constitution excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Il eût été souhaitable que ces tableaux aient été communiqués à la section de législation du Conseil d'État dans le dossier annexé à la lettre de saisine ⁴.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Plusieurs dispositions de l'avant-projet insèrent dans diverses législations des textes qui, soit directement, soit en renvoyant à l'article 36 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', spécialement à son paragraphe 2, soit encore par la modification apportée à des dispositions dont l'objet porte sur des amendes administratives, permettent l'infliction de pareilles sanctions par la FSMA. Il s'agit des articles 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 et 63.

À propos d'une disposition dont l'objet était analogue, à savoir l'article 50, § 3, de l'avant-projet devenu, avec la même numérotation, la loi du 21 décembre 2009 'relative au statut des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement', la section de législation du Conseil d'État a émis les considérations suivantes :

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

Dès lors que, compte tenu de leur objet et de leur portée, les mesures envisagées par l'article 50, en tout cas celles qui sont prévues par le paragraphe 3 de cette disposition, peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il importe que soit respecté le principe '*non bis in idem*' consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 14, § 7, du Pacte précité et qui constitue, en droit interne, 'une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit' ⁵. Selon ce

⁴ Voir le rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2005-2006, spéc. n°s 15 à 17 (www.raadvst-consetat.be/?page=about_annualreports&lang=fr, 21 décembre 2008) ; voir également *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n°s 191 à 191.2.

⁵ Note de bas de page 12 de l'avis cité : J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

Dans son avis 33.182/2 [donné le 29 avril 2002 sur l'avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'] qui contenait des dispositions analogues à celles faisant l'objet des dispositions à l'examen, la section de législation du Conseil d'État a fait état des difficultés que suscitait cette possibilité de cumul de sanctions⁶.

Cet avis relevait une évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interprétation de ce principe: après que, dans un premier temps, la Cour ait considéré que le principe '*non bis in idem*' était violé dès lors qu'un 'même comportement' avait fait l'objet à la fois d'une sanction administrative et d'une sanction pénale⁷, elle a considéré plus tard qu'un même fait pouvait donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes⁸.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances⁹⁻¹⁰, mais, récemment, par un arrêt rendu en Grande Chambre le 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme est revenue à sa conception première: elle y déclare que 'l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris, comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes'¹¹.

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

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

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

⁶ Note de bas de page 13 de l'avis cité: Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n°s 50-1842/1 et 50-1843/1, spéc. pp. 250 à 252.

⁷ Note de bas de page 14 de l'avis cité: Cour eur. dr. h., Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.

⁸ Note de bas de page 15 de l'avis cité: Cour eur. dr. h., Oliveira c. Suisse, 30 juillet 1998.

⁹ Note de bas de page 16 de l'avis cité: Voir notamment l'arrêt Ponsetti et Chesnel c. France du 14 septembre 1999 de la Cour européenne des droits de l'homme, également cité dans l'avis 33.182/2, précité, du Conseil d'État. Sur ces questions, cons. J. Put, « *Bis sed non idem* », R.W., 2001-2002, p. 941, n° 18; Ch. Karakosta, « *Ne bis in idem*: une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible », Rev. trim. dr. h., 2008, pp. 25 et s.; H. Mock, « *Ne bis in idem*: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits », note sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, Rev. trim. dr. h., 2009, pp. 866 à 881.

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

¹¹ Note de bas de page 18 de l'avis cité: Cour eur. dr. h., Gde Ch., Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009, § 82. Dans ce même arrêt, la Cour expose que 'l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention' (*ibid.*, § 81). Voir H. Mock, loc. cit.

Certes, l'article 73 ¹² de l'avant-projet prévoit-il que :

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

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

L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que conduire la section de législation du Conseil d'État à réitérer cette observation pour les articles 50 et 51 de l'avant-projet.

Ces dispositions devraient être revues de manière à éviter que, pour un même fait commis par la même personne, après une condamnation pénale, une nouvelle procédure, à caractère administratif, puisse être diligentée pouvant conduire à l'infliction d'une sanction administrative pouvant être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou, à l'inverse, que, toujours pour un même fait, pareille sanction administrative puisse être suivie de poursuites pénales » ¹³.

Le commentaire des articles 50 et 51 du projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009 expose ce qui suit au sujet du régime de sanctions instauré par ces dispositions :

« Dans son avis, le Conseil d'État relève à ce sujet que prévoir des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques, est susceptible d'entraîner une violation du principe *non bis in idem* consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [...]. Le Conseil d'État fait à cet égard référence à des avis antérieurs de la section de législation du Conseil d'État, ainsi qu'à une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement est tout à fait conscient de la problématique soulevée par le Conseil d'État dans son avis. Il examinera la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et prendra, si nécessaire, des initiatives visant à adapter le régime des sanctions administratives et des sanctions pénales dans la législation belge afin de tenir compte, si besoin est, de la jurisprudence précitée » ¹⁴.

Le Conseil d'État ne peut que confirmer, au sujet des dispositions mentionnées plus haut de l'avant-projet, son avis 46.870/2 précité sur le cumul des régimes de sanctions

¹² Note de bas de page 19 de l'avis cité : Cette disposition a gardé sa numérotation dans la loi adoptée du 2 août 2002, moyennant des modifications n'affectant pas sa substance (article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et article 176, 1° et 2°, de la loi-programme du 27 avril 2007).

¹³ Avis 46.870/2 donné le 8 juillet 2009 sur un avant-projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009, observation formulée sur les articles 50 et 51, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, pp. 88 à 90.

¹⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

pénales et administratives, tel qu'il résulte des articles 70 à 73 de la loi précitée du 2 août 2002, applicables aussi aux autres législations accordant des pouvoirs de sanction à la FSMA.

En outre, depuis que cet avis a été rendu, le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme a été ratifié par la Belgique le 13 avril 2012, la loi portant assentiment à cet instrument datant du 6 mars 2007, et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 à l'égard de la Belgique.

Il est également fait référence au récent arrêt prononcé en Grande Chambre le 26 février 2013 par la Cour de justice de l'Union européenne sur la portée du principe « *ne bis in idem* », tel qu'il est énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, se prononçant dans le même sens que le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, énonce ce qui suit :

« l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une combinaison de sanctions fiscales et pénales. [...] [Les sanctions applicables] peuvent donc prendre la forme de sanctions administratives, de sanctions pénales ou d'une combinaison des deux. Ce n'est que lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte, et est devenue définitive que ladite disposition s'oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne »¹⁵.

2. Il n'est pas certain que la terminologie utilisée par l'avant-projet corresponde toujours à celle en usage dans les directives dont il assure la transposition.

Ainsi, à titre d'exemple, il conviendrait, pour que la version française de l'article 77bis, § 1^{er}, 4°, de la loi précitée du 2 août 2002 en projet (article 43, 1°, de l'avant-projet) soit conforme à l'article 6, paragraphe 21, b), de la directive 2010/78/UE du 24 novembre 2010, d'y remplacer les mots « d'une manière aussi détaillée que possible » par les mots « d'une manière aussi circonstanciée que possible » et les mots les « principaux développements provisoires de son action » par les mots « les éléments importants intervenus dans l'intervalle ».

¹⁵ C.J.U.E., Gde Ch., 26 février 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

La mention du présent avis doit être omise ¹⁶.

DISPOSITIF

Article 2

1. L'article 140 de la loi du 25 juin 1992 'sur le contrat d'assurance terrestre' a été remplacé par l'article 42 de la loi du 26 avril 2010 'portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire (I)'.

Il y a donc lieu de remplacer, dans la phrase liminaire de l'article 2 de l'avant-projet, les mots « l'arrêté royal du 25 mars 2003 et modifié par l'arrêté royal du 3 mars 2011 » par « la loi du 26 avril 2010 ».

2. Quant aux dispositions en projet, elles s'inspirent notamment de l'article 36 de la loi précitée du 2 août 2002, à l'exception toutefois de la précision « la personne ayant pu faire valoir ses moyens », au paragraphe 1^{er}, qui devrait pourtant y figurer pour traduire explicitement dans le dispositif les intentions résultant du commentaire de l'article 2.

Cette observation vaut également, *mutatis mutandis*, pour la suite de l'avant-projet.

Article 4

Il y a lieu de préciser que l'article 10bis, 1^o, de la loi du 27 mars 1995 'relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances' y a été inséré par la loi du 22 février 2006 et a ensuite été modifié par celle du 6 avril 2010.

¹⁶ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 227 et formule F 5.

Article 10

Dans le texte français de l'article 10, il faut préciser que c'est dans la version française de l'article 109, § 2, de la loi du 6 avril 1995 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement' qu'il y a lieu de remplacer les mots « 5.000 euros » par les mots « 2.500 euros ».

Article 11

Il y a lieu de préciser au point a) que l'article 148, § 4, 6°, de la loi précitée du 6 avril 1995 a été modifié par les lois des 20 juin 2005 et 15 mai 2007.

Article 16

Avant sa modification par la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013, les dispositions de l'article L421-16 du Code monétaire et financier français auxquelles renvoie le dernier alinéa du commentaire de l'article étaient ainsi rédigées :

« En cas de circonstances exceptionnelles menaçant la stabilité du système financier, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant peut prendre des dispositions restreignant les conditions de négociation des instruments financiers pour une durée n'excédant pas quinze jours. L'application de ces dispositions peut être prorogée et, le cas échéant, ses modalités peuvent être adaptées par le collège de l'Autorité des marchés financiers pour une durée n'excédant pas trois mois à compter de la décision du président de l'autorité. Au-delà de cette durée, l'application de ces dispositions peut être prorogée par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris sur proposition du président de l'Autorité des marchés financiers. Ces décisions sont rendues publiques ».

Contrairement au système français dont la disposition en projet s'inspire, la première phrase ne porte aucun délai. Cette lacune doit être comblée en fixant par exemple un délai de quinze jours comme prévu dans la disposition française précitée.

Article 19

1. À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu, dans la phrase liminaire, de mentionner également la modification de l'article 26 de la loi précitée du 2 août 2002 par l'arrêté royal du 12 novembre 2012.

2. L'alinéa inséré entre les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 26 dispose, en sa troisième phrase, que les entreprises d'assurance « sont, pour ce qui est de leurs transactions effectuées sur le territoire belge, soumises par analogie aux autres règles prévues par et en vertu des articles 27, 28 et 28bis ».

Les mots « par analogie » ne permettent pas d'assurer une sécurité juridique suffisante. Les entreprises d'assurance de même que leurs clients doivent être en mesure d'identifier les dispositions légales qui leur sont applicables et dans quelle mesure elles le sont.

Il convient en conséquence d'indiquer dans le dispositif de l'alinéa inséré quelles sont les règles énoncées aux articles 27, 28 et 28*bis* auxquelles les entreprises d'assurance doivent en principe se conformer.

3. Au 1^o, l'habilitation conférée au Roi par l'article 26, alinéa 2, en projet de la loi précitée du 2 août 2002, selon laquelle Il peut modifier des dispositions législatives, est excessive.

La manière dont cette habilitation est encadrée n'est en effet pas suffisante.

Outre le fait que, par l'usage de l'adverbe « notamment » à la quatrième phrase, son objet n'est pas énoncé de manière limitative, il convient d'observer que cet objet expressément mentionné, à savoir la nécessité de « prendre en considération le fait que des contrats d'assurance sont proposés aux clients », est en soi extrêmement large puisque l'ensemble des activités d'assurance exercées avec les « clients » dont il est question à la première phrase résultent de « contrats d'assurance ».

Le texte à l'examen devrait être revu de manière à mieux correspondre au commentaire qui en est donné dans l'exposé des motifs, qui se lit comme suit sur ce point :

« Les autres règles de conduite (plus spécifiques) définies aux articles 27 à 28*bis* de la loi, ainsi que leurs dispositions d'exécution s'appliqueront également aux entreprises d'assurances à partir du 1^{er} janvier 2014. Etant donné toutefois que toutes les règles de conduite ne peuvent pas s'appliquer telles quelles aux services d'assurance (l'on songe ici notamment aux règles concernant la gestion de portefeuilles et l'exigence de best execution lors de l'exécution des ordres) et que ces règles de conduite sont surtout pertinentes pour les assurances représentant un placement (mais pas nécessairement pour tous les autres types d'assurances), il est prévu que le Roi puisse moduler ces règles et préciser à quels types d'assurances elles s'appliqueront. Ce faisant, le Roi peut modifier des dispositions légales existantes afin de garantir la cohérence du dispositif, y compris le cas échéant les dispositions de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement ».

4. Comme, à l'alinéa 2 en projet, à la différence de ce que prévoit actuellement l'article 28*ter* de la loi précitée du 2 août 2002, les dispositions concernées ne sont pas « déclarées applicables » par le Roi mais que, par l'effet propre de la deuxième phrase de cet alinéa 2, des règles prises par et en vertu des articles 27, 28 et 28*bis* de la même loi sont déclarées directement applicables, la modification en projet au 2^o doit consister à remplacer les mots « en exécution de l'article 28*ter* » par les mots « par l'alinéa 2 ».

Article 21

Il y a lieu de mentionner que l'article 28^{ter} de la loi du 2 août 2002 y a été inséré par la loi précitée du 2 juillet 2010.

Article 23

Comme l'indique le commentaire de cet article, celui-ci tend à remplacer l'actuel article 49, § 3, alinéa 2, de la loi précitée du 2 août 2002, que l'article 34, 1^o, de l'avant-projet abroge en conséquence, par un article 30^{bis} nouveau.

Il serait cependant préférable que ce nouvel article n'omette pas, contrairement à ce qui est le cas dans l'avant-projet, de reproduire la phrase « Ces règlements peuvent compléter les dispositions légales ou réglementaires concernées sur des points d'ordre technique ». Cette précision figure en effet aussi bien à l'actuel article 49, § 3, alinéa 2, qu'à l'article 64, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 2 août 2002 et contribue à éviter le transfert d'une compétence exécutive excessive à une autorité administrative indépendante.

Article 24

Les mots « en dernier lieu » doivent être omis.

Article 26

Il convient de préciser que l'article 35, § 1^{er}, de la loi précitée du 2 août 2002 a été remplacé par la loi du 2 mai 2007.

Article 27

Les mots « en dernier lieu » doivent être omis.

Articles 28 et 29

Le début de la phrase liminaire doit être rédigée comme à l'article 23 : « Dans le chapitre II, section 8, de la même loi, [...] ».

Article 28

Dans la version française de l'article 37*ter*, alinéa 1^{er}, et de l'alinéa inséré à l'article 37*quater* de la loi précitée du 2 août 2002, il y a lieu de remplacer les mots « toute autorité » par ceux de « l'autorité » : il s'agit en effet de prévoir que l'autorité compétente au sens respectivement des règlements européens 236/2012/UE et 1060/2009/CE précités est la FSMA et non de désigner la FSMA comme remplissant les missions dévolues « à toute autorité compétente » sans autre précision.

Article 31

Vu la modification en projet au 2^o, le 1^o doit être omis.

Article 32

Il y a lieu de préciser dans la phrase liminaire que l'article 45 de la loi précitée du 2 août 2002 a aussi été modifié par les lois des 28 juillet 2011 et 13 novembre 2011.

Article 42

Comme il ne peut être présagé des suites que l'ESMA, l'EBA ou l'EIOPA pourra réserver aux communications dont il est question à la fin du paragraphe 1^{er}, alinéa 2, en projet, il convient d'y remplacer les mots « qui mettra en œuvre » par les mots « en vue de leur permettre de mettre en œuvre ».

La même observation vaut pour l'article 77*bis*, § 3, alinéas 1^{er}, 1^o, *in fine*, et 5, *in fine*, de la loi précitée du 2 août 2002, en projet à l'article 43, 3^o.

Article 45

Il y a lieu de préciser que l'alinéa 5 actuel de l'article 78 de la loi précitée du 2 août 2002 y a été ajouté par la loi du 14 février 2005.

Articles 46 et 47

Ces deux articles doivent être intervertis, puisque le nouvel article 78bis en projet à l'article 46 doit s'insérer dans la section 7 dont l'article 47 tend à remplacer l'intitulé.

Article 49

L'article 86bis, § 4, en projet, prévoit la possibilité pour la FSMA de « publier une mise en garde » « [s]i elle constate l'existence d'activités visées au paragraphe 1^{er} ou si elle a des motifs raisonnables de considérer que de telles activités existent ».

Selon le commentaire de cette disposition,

« [e]u égard au risque encouru par les utilisateurs de produits et services financiers en cas d'exercice illicite d'activités financières, il sera souvent nécessaire d'agir rapidement, ce qui justifie une [...] dérogation au droit d'être entendu. Il s'avère en outre que les faits peuvent souvent être constatés directement et simplement (par exemple, en cas d'offre de services d'investissement via un site web). A cela s'ajoute qu'il est souvent impossible de joindre les personnes concernées dans un délai raisonnable, pour le motif par exemple que l'adresse indiquée est manifestement inexistante ou fausse. De telles circonstances concrètes justifient que la mise en garde soit publiée sans que soit préalablement respecté le droit d'être entendu ».

Cette restriction au droit pour une personne mise en cause en raison de son comportement de faire valoir ses observations avant l'énoncé d'une mesure grave à son encontre ne figure pas dans le dispositif. Or, ce droit relève des principes généraux du droit¹⁷ et s'applique en conséquence à défaut de texte législatif conçu dans un sens différent.

Les motifs reproduits ci-avant peuvent justifier qu'en cas d'urgence ce droit ne puisse être reconnu mais il conviendrait à tout le moins que l'intéressé puisse alors communiquer ses observations à la FSMA après l'adoption de la mesure qui lui est préjudiciable, la FSMA étant alors tenue d'examiner la légalité et l'opportunité de la mise en garde.

Le paragraphe 4 en projet sera revu à la lumière de la présente observation.

Article 59

Il y a lieu de préciser que le 10^o de l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 mars 2006 'relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers', modifié par la loi du 31 juillet 2009, a été remplacé par la loi du 13 décembre 2012.

¹⁷ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. Bléro (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946/1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n^{os} 29 à 32, pp. 650 à 665.

Article 60

À la troisième phrase de l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 22 mars 2006 'relative l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers', l'adverbe « notamment » devrait être omis afin de limiter l'habilitation au Roi, dérogatoire au droit commun en ce qu'elle Lui permet de modifier des règles de niveau législatif, à l'objectif énoncé, qui consiste à « prendre en considération les spécificités de la fonction de courtier ».

Article 63

Les mots « À l'article 150 de la même loi » doivent être remplacés par « À l'article 150 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle ».

Article 64

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier le choix des délais de prescription (5 et 20 ans) prévus au paragraphe 5, alinéa 2, de l'article 30^{ter} nouveau introduit dans la loi précitée du 2 août 2002.

Articles 65 à 67

Les présomptions – irréfragables ou non – de lien de causalité introduites par l'avant-projet constituent l'un des moyens de protection des utilisateurs de produits et services financiers.

En ce qui concerne l'article 64 de l'avant-projet, il y a concordance entre l'exposé des motifs et l'article 30^{ter}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 en projet : « l'opération concernée est, sauf preuve contraire, présumée résulter du manquement ». L'utilisateur devra démontrer la faute, le dommage et le lien entre ce dommage et l'acte d'investissement.

En revanche, dans l'article 65 de l'avant-projet, il semble y avoir une contradiction entre l'exposé des motifs et l'article 86^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002 en projet.

En effet, selon le commentaire est introduite une présomption irréfragable de lien de causalité entre la faute commise (exercice d'une activité réglementée sans agrément ou inscription) et l'investissement effectué, en sorte que l'investisseur ne devra plus établir le lien de causalité entre cet investissement et le caractère irrégulier de l'offre de produits ou de services financiers. Mais l'investisseur devra encore apporter la preuve de la faute, du dommage et du lien entre celui-ci et l'investissement effectué. Or, selon l'article 86^{ter}, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, c'est le dommage causé par l'achat ou la souscription du produit financier concerné ou par la conclusion de la convention concernée qui est présumé résulter de la violation visée à l'alinéa 1^{er}.

La même observation vaut pour l'article 66 de l'avant-projet (commentaire et libellé de l'article 68*ter*, § 2, de la loi du 16 juin 2006 'relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés') ainsi que pour l'article 67 du projet (commentaire et libellé de l'article 285*bis*, § 2, de la loi du 3 août 2012 'relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement').

Il convient que l'auteur de l'avant-projet expose de façon univoque le système de responsabilité mis en place et adapte l'exposé des motifs et le commentaire des articles en conséquence, afin d'éclairer correctement les parlementaires sur la portée des dispositions à l'examen.

*

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

Uit geen enkel stuk meegedeeld aan de Raad van State blijkt dat vooraf is onderzocht of het noodzakelijk was met betrekking tot het voorontwerp een effectbeoordeling uit te voeren in de zin van artikel 19/1 van de wet van 5 mei 1997 'betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling'.

Dat voorafgaand onderzoek moet, indien dit nog niet het geval is, dus alsnog worden uitgevoerd, alsook, indien nodig, de daarop volgende effectbeoordeling, vooraleer het wetsontwerp bij de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt ingediend.¹

VOORAFGAANDE OPMERKING

Bij het aan de wetgevende kamers voorgelegde wetsontwerp moeten de concordantietabellen worden gevoegd die de gemachtigde van de minister op uitdrukkelijk verzoek van de auditeur-rapporteur bezorgd heeft:

- de eerste van die tabellen moet ten aanzien van de verschillende bepalingen van de richtlijn die bij het onderzochte voorontwerp van wet wordt omgezet,² de ontworpen bepalingen vermelden die zorgen voor de omzetting ervan;³

- de tweede tabel moet de overeenstemming weergeven tussen de bepalingen van het voorontwerp van wet en de bepalingen van de richtlijn die erdoor worden omgezet.

Op dezelfde manier moet worden te werk gegaan wat betreft de bepalingen van de Europese verordeningen die bij het voorontwerp van wet ten uitvoer worden gelegd in het interne recht, te weten verordening (EU) nr. 236/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 'betreffende de short selling en bepaalde aspecten van kredietverzuimswaps' en

¹ Artikel 19/3, 1°, van de voornoemde wet van 5 mei 1997.

² Te weten 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'.

³ De facultatieve bepalingen van de richtlijn die in voorkomend geval niet zijn omgezet in het interne recht moeten eveneens worden vermeld.

verordening (EG) nr. 1060/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 ‘inzake ratingbureaus’, gewijzigd bij verordening (EU) nr. 513/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2011.

Zulke concordantietabellen zijn immers onontbeerlijk opdat de wetgevende kamers zich met kennis van zaken kunnen uitspreken over de keuze van de middelen die regering hun voorstelt aan te wenden en om te voorkomen dat de uitoefening van het amenderingsrecht vastgelegd in artikel 76 van de Grondwet de grenzen te buiten gaat van de beoordelingsbevoegdheid die het Europese recht aan de lidstaten toekent.

Het zou wenselijk geweest zijn die tabellen aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State toe te zenden samen met het dossier gevoegd bij de brief met de adviesaanvraag.⁴

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Sommige bepalingen van het voorontwerp voegen in verscheidene wetgevingen teksten in die ofwel rechtstreeks, ofwel door verwijzing naar artikel 36 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’, inzonderheid naar paragraaf 2 ervan, ofwel door bepalingen te wijzigen die de administratieve geldboetes betreffen, het mogelijk maken dat zulke sancties worden opgelegd door de FSMA. Het betreft de artikelen 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 en 63.

In verband met een bepaling die een soortgelijke strekking had, te weten artikel 50, § 3, van het voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de wet van 21 december 2009 ‘op het statuut van de betalingsinstellingen en van de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld en de toegang tot betalingssystemen’, welk artikel zijn nummering heeft behouden in deze wet, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State het volgende opgemerkt:

“De artikelen 50 en 51 van het voorontwerp, die zijn opgenomen in titel IV, met als opschrift ‘Strafbepalingen’, organiseren een regeling van respectievelijk bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten.

Aangezien de maatregelen omschreven in artikel 50, althans die welke paragraaf 3 van deze bepaling voorschrijft, gelet op het voorwerp en de draagwijdte ervan als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, moet het beginsel *non bis in idem* worden in acht genomen, dat is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het voornoemde Internationaal Verdrag, en dat in het interne recht omschreven wordt als ‘une règle essentielle de la procédure pénale laquelle constitue un droit belge un

⁴ Zie het jaarverslag 2005-2006 van de Raad van State, inz. de nrs. 15 tot 17 (www.raadvanstate.be/?page=about+annualreports&lang=nl, 21/12/2008); zie eveneens *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, www.raadvanstate-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek” aanbevelingen 191 tot 191.2.

principe général du droit⁵. Overeenkomstig dit beginsel mag niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar voornoemde advies 33.182/2 [, op 29 april 2002 verstrekt over het voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten'], waarin soortgelijke bepalingen werden besproken als die welke thans worden onderzocht, gewag gemaakt van de moeilijkheden die deze mogelijkheid van cumulatie van straffen deed rijzen⁶.

Dit advies wees op een ontwikkeling in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de interpretatie van dit beginsel: in een eerste fase had het Hof geoordeeld dat het beginsel *non bis in idem* geschonden is zodra 'eenzelfde gedrag' gestraft is met zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf⁷, terwijl het later heeft beschouwd dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie wanneer het strafrechtelijke feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten⁸.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd⁹⁻¹⁰, maar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs, bij een arrest dat de Grote Kamer gewezen heeft op 10 februari 2009, teruggegrepen naar zijn oorspronkelijke standpunt: het verklaart erin dat 'l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde 'infraction' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes'¹¹.

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

⁵ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

⁶ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

⁷ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, *Gradinger tegen Oostenrijk*, 23 oktober 1995.

⁸ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: EHRM, *Oliveira tegen Zwitserland*, 30 juli 1998.

⁹ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Zie inzonderheid arrest EHRM, *Ponsetti en Chesnel tegen Frankrijk* d.d. 14 september 1999, dat eveneens wordt vermeld in het voornoemde advies 33.182/2 van de Raad van State. In dezen, zie J. PUT, « *Bis sed non idem* », *RW* 2001-2002, p. 941, nr. 18; CH. KARAKOSTA, '*Ne bis in idem: une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible*', *Rev. trim. dr. h.*, 2008, blz. 25 e.v.; H. MOCK, « *Ne bis in idem: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits* », noot onder EHRM, GK, *Zolotoukhine tegen Rusland*, 10 februari 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, blz. 866 tot 881.

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

¹¹ Voetnoot 18 van het geciteerde advies: EHRM, GK, *Zolotouchin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punt 82. Het Hof stelt het volgende in datzelfde arrest: « ... l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention » (*ibid.*, punt 81). Zie H. MOCK, *loc. cit.*

In datzelfde advies werd daaromtrent het volgende geconcludeerd:

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

In artikel 73¹² van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald:

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

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

Op basis van het voornoemde arrest EHRM in zake *Zolotoukhine tegen Rusland* d.d. 10 februari 2009 wijst de afdeling Wetgeving van de Raad van State erop dat deze opmerking eveneens geldt wat betreft de artikelen 50 en 51 van het voorontwerp.

Deze bepalingen moeten worden herzien, zodat wordt vermeden dat voor eenzelfde feit gepleegd door eenzelfde persoon na een strafrechtelijke veroordeling een nieuwe procedure van bestuursrechtelijke aard kan worden ingesteld die kan leiden tot het opleggen van een administratieve sanctie welke als strafrechtelijk kan worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, of - omgekeerd - dat, steeds voor hetzelfde feit, na het opleggen van zulk een administratieve sanctie strafvervolgning kan worden ingesteld.”¹³

In de commentaar op de artikelen 50 en 51 van het ontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009 wordt het volgende opgemerkt in verband met de bij deze bepalingen ingevoerde strafregeling:

“In zijn advies schrijft de Raad van State dienaangaande dat een regeling van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten, het beginsel *non bis in idem* schenden, welk beginsel is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. [...] De Raad van State verwijst daarbij naar eerdere adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, evenals naar recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De Regering is zich ten volle bewust van de door de Raad van State in zijn advies aangehaalde problematiek. Zij zal de recente rechtspraak van het Europees Hof

¹² Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Deze bepaling heeft haar nummer behouden in de op 2 augustus 2002 aangenomen wet, met enkele wijzigingen die niet raken aan de grond ervan (artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, alsook artikel 176, 1° en 2°, van de programmwet van 27 april 2007).

¹³ Advies 46.870/2, op 8 juli 2009 verstrekt over een voorontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009, de opmerking gemaakt omtrent de artikelen 50 en 51, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 88 tot 90.

voor de Rechten van de Mens onderzoeken en zonodig initiatieven nemen om het stelsel van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen in de Belgische wetgeving aan te passen om zo nodig rekening te houden met de voormelde rechtspraak”.¹⁴

De Raad van State kan met betrekking tot de voornoemde bepalingen van het voorontwerp niet anders dan zijn reeds aangehaalde advies 46.870/2 bevestigen wat betreft de cumulatie van strafrechtelijke en administratieve sancties, zoals volgt uit de artikelen 70 tot 73 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, welke eveneens toepasselijk zijn op andere wetgevingen die sanctionerende bevoegdheid verlenen aan de FSMA.

Bovendien is, sedert dat advies is verstrekt, Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens door België bekrachtigd op 13 april 2012, terwijl de wet waarbij ingestemd is met die tekst dateert van 6 maart 2007, en is het wat België betreft in werking getreden op 1 juli 2012.

Er wordt eveneens verwezen naar het recente arrest dat de Grote Kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie op 26 februari 2013 heeft gewezen omtrent de draagwijdte van het beginsel “*ne bis in idem*”, zoals het wordt vermeld in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; in dat arrest, dat zich in dezelfde zin uitspreekt als bij de laatste stand van zaken van de jurisprudentie van het EHRM, staat te lezen:

“[...] dat artikel 50 van het Handvest niet eraan in de weg staat dat een lidstaat voor dezelfde feiten, te weten niet-nakoming van aangifteverplichtingen op btw-gebied, een combinatie van fiscale en strafrechtelijke sancties oplegt [...]. Het kan dus gaan om bestuurlijke sancties, strafrechtelijke sancties of een combinatie van beide. Slechts wanneer de fiscale sanctie een strafrechtelijke sanctie is in de zin van artikel 50 van het Handvest en definitief is geworden, staat deze bepaling eraan in de weg dat voor dezelfde feiten strafvervolgning wordt ingesteld tegen dezelfde persoon.”¹⁵

2. Het staat niet vast dat de in het voorontwerp gebezigde terminologie steeds overeenstemt met die welke wordt gebruikt in de richtlijnen die bij dit voorontwerp worden omgezet.

Zo dienen bijvoorbeeld, opdat de Franse lezing van het ontworpen artikel 77bis, § 1, 4°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 (artikel 43, 1°, van het voorontwerp) in overeenstemming zou zijn met artikel 6, lid 21, b), van richtlijn 2010/78/EU van 24 november 2010, aldaar de woorden “d’une manière aussi détaillée que possible” en “les principaux développements provisoires de son action” respectievelijk vervangen te worden door de woorden “d’une manière aussi circonstanciée que possible” en “les éléments importants intervenus dans l’intervalle”.

¹⁴ Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 36.

¹⁵ HvJ EU, GK, 26 februari 2013, C-617/10, Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

De vermelding van dit advies moet vervallen.¹⁶

DISPOSITIEF

Artikel 2

1. Artikel 140 van de wet van 25 juni 1992 ‘op de landverzekeringsovereenkomst’ is vervangen door artikel 42 van de wet van 26 april 2010 ‘houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering (I)’.

In de inleidende zin van artikel 2 van het voorontwerp moeten de woorden “het koninklijk besluit van 25 maart 2003 en gewijzigd bij het koninklijk besluit van 3 maart 2011” vervangen worden door “de wet van 26 april 2010”.

2. De ontworpen bepalingen hunnerzijds zijn onder meer gebaseerd op artikel 36 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, met uitzondering evenwel van de precisering “en op voorwaarde dat die persoon zijn middelen heeft kunnen laten gelden” in paragraaf 1 daarvan, die nochtans in het ontwerp zou moeten worden opgenomen om de bedoelingen die blijken uit de commentaar op artikel 2 uitdrukkelijk weer te geven in het dispositief.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor het vervolg van het voorontwerp.

Artikel 4

Er moet gepreciseerd worden dat artikel 10*bis*, 1°, van de wet van 27 maart 1995 ‘betreffende de verzekerings- en herverzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen’ daarin is ingevoegd bij de wet van 22 februari 2006 en daarna gewijzigd is bij de wet van 6 april 2010.

Artikel 10

In de Franse tekst van artikel 10 moet gepreciseerd worden dat in de Franse versie van artikel 109, § 2, van de wet van 6 april 1995 ‘inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen’ de woorden “5.000 euros” vervangen moeten worden door de woorden “2.500 euros”.

¹⁶ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 227 en formule F 5.

Artikel 11

In punt a) moet gepreciseerd worden dat artikel 148, § 4, 6°, van de voornoemde wet van 6 april 1995 gewijzigd is bij de wetten van 20 juni 2005 en 15 mei 2007.

Artikel 16

Voordat de Franse Code monétaire et financier gewijzigd was bij wet nr. 2013-100 van 28 januari 2013, luidden de bepalingen van artikel L421-16 daarvan, waarnaar verwezen wordt in de laatste alinea van de commentaar bij het artikel, als volgt:

“En cas de circonstances exceptionnelles menaçant la stabilité du système financier, le président de l'Autorité des marchés financiers ou son représentant peut prendre des dispositions restreignant les conditions de négociation des instruments financiers pour une durée n'excédant pas quinze jours. L'application de ces dispositions peut être prorogée et, le cas échéant, ses modalités peuvent être adaptées par le collège de l'Autorité des marchés financiers pour une durée n'excédant pas trois mois à compter de la décision du président de l'autorité. Au-delà de cette durée, l'application de ces dispositions peut être prorogée par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris sur proposition du président de l'Autorité des marchés financiers. Ces décisions sont rendues publiques”.

In tegenstelling tot de Franse regeling waarop de ontworpen bepaling gebaseerd is, bevat de eerste zin geen enkele termijn. Die leemte moet worden verholpen door bijvoorbeeld te voorzien in een termijn van vijftien dagen, zoals in de voornoemde Franse bepaling.

Artikel 19

1. In het eerste lid moet in de inleidende zin vermeld worden dat artikel 26 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 ook gewijzigd is bij het koninklijk besluit van 12 november 2012.

2. De derde zin van het lid dat ingevoegd wordt tussen het eerste en het tweede lid van artikel 26 bepaalt dat verzekeringsondernemingen “voor hun transacties op het Belgisch grondgebied onderworpen [zijn] aan de overeenkomstige toepassing van de overige door en krachtens de artikelen 27, 28 en 28bis bepaalde regels”.

De woorden “overeenkomstige toepassing” bieden onvoldoende rechtszekerheid. De verzekeringsondernemingen moeten net als hun cliënten in staat zijn uit te maken welke wetsbepalingen op hen van toepassing zijn en in welke mate precies.

Bijgevolg moet in het dispositief van het ingevoegde lid worden vermeld welke de in de artikelen 27, 28 en 28bis vervatte regels zijn waarnaar de verzekeringsondernemingen zich in principe moeten richten.

3. In onderdeel 1° is de machtiging die bij het ontworpen artikel 26, tweede lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 aan de Koning wordt verleend, krachtens welke Hij wetsbepalingen kan wijzigingen, buitensporig.

De wijze waarop die machtiging is geregeld, is immers onvoldoende.

Los van het feit dat de strekking ervan door het gebruik van het bijwoord “inzonderheid” in de vierde zin, niet op beperkende wijze wordt omschreven, moet worden opgemerkt dat de uitdrukkelijk vermelde strekking, namelijk de noodzaak om “rekening te houden met het feit dat verzekeringscontracten worden aangeboden”, op zich uiterst ruim is, aangezien alle verzekeringsactiviteiten met “cliënten” waarvan sprake in de eerste zin, een gevolg zijn van “verzekeringscontracten”.

De voorliggende tekst zou zo moeten worden herzien dat ze beter overeenstemt met de duiding die daarbij wordt gegeven in de memorie van toelichting, en die op dat punt luidt als volgt:

“Bovendien zullen de overige (meer specifieke) gedragsregels bepaald in de artikelen 27 tot 28bis van de wet, en hun uitvoeringsbepalingen, (...) eveneens toepassing vinden op de verzekeringsondernemingen vanaf 1 januari 2014. Aangezien niet alle gedragsregels zonder meer toepassing kunnen vinden op de verzekeringsdiensten (men denke o.m. aan de regels aangaande vermogensbeheer en best execution bij het uitvoeren van orders) en aangezien deze gedragsregels vooral relevant zijn voor beleggingsverzekeringen (maar niet noodzakelijk voor alle andere types van verzekeringen), wordt voorzien dat de Koning deze regels kan moduleren en kan bepalen voor welke types verzekeringen ze van toepassing zijn. Om de coherentie van het regelgevend kader te waarborgen kan de Koning hierbij bestaande wetsbepalingen wijzigen, inclusief in voorkomend geval de bepalingen van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen.”

4. Aangezien in het ontworpen tweede lid, in tegenstelling tot wat thans is bepaald in artikel 28ter van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, de bepalingen waar het om gaat niet “toepasselijk worden verklaard” door de Koning, maar regels vastgesteld door en krachtens de artikelen 27, 28 en 28bis van dezelfde wet rechtstreeks van toepassing worden verklaard door de uitwerking zelf van de tweede zin van dat tweede lid, moet de ontworpen wijziging in punt 2° erin bestaan de woorden “in uitvoering van artikel 28ter” te vervangen door de woorden “bij het tweede lid”.

Artikel 21

Er moet vermeld worden dat artikel 28ter van de wet van 2 augustus 2002 aldaar is ingevoegd bij de voornoemde wet van 2 juli 2010.

Artikel 23

Zoals vermeld in de commentaar bij dit artikel, strekt het tot de vervanging van het huidige artikel 49, § 3, tweede lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 – dat bijgevolg opgeheven wordt bij artikel 34, 1°, van het voorontwerp – door een nieuwe artikel 30bis.

Het zou evenwel verkieslijk zijn dat in dat nieuwe artikel, in tegenstelling tot wat geschiedt in het voorontwerp, de zin “Deze reglementen kunnen de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten aanvullen” niet weggelaten wordt. Die precisering staat immers zowel in het huidige artikel 49, § 3, tweede lid, als in artikel 64, eerste lid, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 en draagt ertoe bij te voorkomen dat een buitensporige uitvoeringsbevoegdheid wordt verleend aan een onafhankelijke bestuursoverheid.

Artikel 24

Het woord “laatstelijk” moet vervallen.

Artikel 26

Er moet gepreciseerd worden dat artikel 35, § 1, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 vervangen is bij de wet van 2 mei 2007.

Artikel 27

Het woord “laatstelijk” moet vervallen.

Artikelen 28 en 29

Het begin van de inleidende zin moet gesteld worden zoals in artikel 23: “In hoofdstuk II, afdeling 8, van dezelfde wet, [...]”.

Artikel 28

In de Franse versie van artikel 37ter, eerste lid, en van het lid dat wordt ingevoegd in artikel 37quater van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, moeten de woorden “toute autorité” worden vervangen door de woorden “l'autorité”. De bedoeling zit immers voor te bepalen dat de FSMA de bevoegde autoriteit is in de zin van respectievelijk de voornoemde Europese verordeningen 236/2012/EU en 1060/2009/EG, en niet de FSMA aan te wijzen om de taken te vervullen die “aan elke bevoegde autoriteit” (“à toute autorité compétente”) worden toegewezen, zonder dat wordt gepreciseerd om welke taken het gaat.

Artikel 31

Gelet op de ontworpen wijziging in 2°, moet de bepaling onder 1° worden weggelaten.

Artikel 32

In de inleidende zin moet worden aangegeven dat artikel 45 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 ook is gewijzigd bij de wetten van 28 juli 2011 en 13 november 2011.

Artikel 42

Aangezien niet kan worden voorspeld welk gevolg de ESMA, de EBA en de EIOPA zal geven aan de kennisgevingen die aan de orde zijn aan het einde van de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, moeten de woorden “die gebruik zullen maken van” aldaar worden vervangen door de woorden “opdat zij kunnen gebruikmaken van”.

In artikel 43, 3°, geldt dezelfde opmerking voor het ontworpen artikel 77bis, § 3, eerste lid, 1°, *in fine*, en vijfde lid, *in fine*, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

Artikel 45

Er moet worden aangegeven dat het huidige vijfde lid van artikel 78 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 in die wet is ingevoegd bij de wet van 14 februari 2005.

Artikelen 46 en 47

Deze twee artikelen moeten onderling van plaats worden verwisseld aangezien het in artikel 46 ontworpen nieuwe artikel 78bis moet worden ingevoegd in afdeling 7, waarvan artikel 47 het opschrift beoogt te vervangen.

Artikel 49

Het ontworpen artikel 86bis, § 4, voorziet in de mogelijkheid voor de FSMA om “een waarschuwing [te] publiceren” “[i]ndien zij het bestaan vaststelt van activiteiten als bedoeld in de eerste paragraaf of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat dit het geval is”.

De bespreking van deze bepaling stelt het volgende:

“Gelet op het risico dat de afnemers van financiële producten en diensten lopen bij de illegale uitoefening van financiële activiteiten, zal vaak de noodzaak bestaan om snel op te treden, wat een afwijking op de hoorplicht verantwoordt. Bovendien zijn de feiten vaak vatbaar voor directe, eenvoudige constatering (bv. aanbieding van beleggingsdiensten via een website). Daar komt nog bij dat de betrokken personen vaak niet binnen een redelijke termijn kunnen worden bereikt, bijvoorbeeld omdat het opgegeven adres manifest onbestaande of foutief is. Zulke concrete omstandigheden

verantwoorden dat de waarschuwing wordt bekendgemaakt zonder voorafgaande naleving van de hoorplicht”.

Deze beperking van het recht van iemand die wegens zijn handelwijze ter verantwoording wordt geroepen om zijn opmerkingen kenbaar te maken voordat een ernstige maatregel tegen hem wordt uitgesproken, komt niet voor in het dispositief. Dat recht behoort evenwel tot de algemene rechtsbeginselen¹⁷ en geldt dienovereenkomstig wanneer er geen andersluidende wettekst is.

De hierboven aangehaalde redenen kunnen rechtvaardigen dat dit recht in spoedeisende gevallen niet kan worden toegekend maar de betrokkene moet dan op zijn minst, na het vaststellen van de voor hem nadelige maatregel, zijn opmerkingen kunnen meedelen aan de FSMA en de FSMA moet dan de wettelijkheid en de gepastheid van de waarschuwing onderzoeken.

De ontworpen paragraaf 4 moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

Artikel 59

Er moet worden aangegeven dat de bepaling onder 10° van artikel 8, eerste lid, van de wet van 22 maart 2006 ‘betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten’, gewijzigd bij de wet van 31 juli 2009, is vervangen bij de wet van 13 december 2012.

Artikel 60

In de derde zin van het ontworpen artikel 14, § 1, tweede lid, van de wet van 22 maart 2006 ‘betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten’, moet het bijwoord “inzonderheid” worden weggelaten opdat de machtiging aan de Koning, die van het gemene recht afwijkt in zoverre ze Hem de mogelijkheid biedt regels van wetgevend niveau te wijzigen, wordt beperkt tot de opgegeven doelstelling, die eruit bestaat “rekening te houden met de specificiteit van de makelaarsfunctie”.

Artikel 63

De woorden “In artikel 150 van dezelfde wet” moeten worden vervangen door de woorden “In artikel 150 van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorzieningen”.

¹⁷ J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in B. BLÉRO (red.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946/1996)*, Brussel, Bruylant, 1999, n^{os} 29-32, pp. 650-665.

Artikel 64

De steller van het voorontwerp moet de keuze van de verjaringstermijnen (5 en 20 jaar) bepaald in paragraaf 5, tweede lid, van het nieuwe artikel 30*ter* dat in de voornoemde wet van 2 augustus 2002 wordt opgenomen, kunnen rechtvaardigen.

Artikelen 65 tot 67

De al dan niet onweerlegbare vermoedens van een oorzakelijk verband, door het voorontwerp ingevoerd, maken een van de middelen uit om de afnemers van financiële producten en diensten te beschermen.

Wat artikel 64 van het voorontwerp betreft, is er een overeenstemming tussen de memorie van toelichting en het ontworpen artikel 30*ter*, § 1, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002: “de betrokken verrichting [wordt], behoudens tegenbewijs, geacht het gevolg te zijn van de inbreuk”. De afnemer moet de fout, de schade en het verband tussen deze schade en de beleggingshandeling aantonen.

In artikel 65 van het voorontwerp daarentegen lijken de memorie van toelichting en het ontworpen artikel 86*ter*, § 1, tweede lid, van de wet van 2 augustus 2002 onderling in tegenspraak te zijn.

Immers, luidens de commentaar, wordt een onweerlegbaar vermoeden van oorzakelijk verband ingevoerd tussen de begane fout (uitoefening van een gereglementeerde activiteit zonder de wettelijk vereiste vergunning of inschrijving) en de verrichte belegging, zodat de belegger niet langer het oorzakelijk verband tussen deze belegging en het onregelmatige karakter van de aanbieding van financiële producten of diensten moet aantonen. Maar de investeerder moet nog steeds het bewijs leveren van de fout, de schade en het verband tussen de schade en de verrichte belegging. Luidens het ontworpen artikel 86*ter*, § 1, tweede lid, echter, wordt de schade veroorzaakt door de aankoop van of de inschrijving op het betrokken financieel product of het sluiten van de betrokken overeenkomst geacht het gevolg te zijn van de betrokken overtreding als bedoeld in het eerste lid.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 66 van het voorontwerp (commentaar en formulering van artikel 68*ter*, § 2, van de wet van 16 juni 2006 ‘op de openbare aanbiedingen van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt’) alsook voor artikel 67 van het ontwerp (commentaar en formulering van artikel 285*bis*, § 2, van de wet van 3 augustus 2012 ‘betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles’).

De steller van het voorontwerp moet de opgezette aansprakelijkheidsregeling duidelijk uiteenzetten en de memorie van toelichting en de commentaar bij de artikelen dienovereenkomstig aanpassen teneinde de parlementsleden op correcte wijze inzicht te verschaffen in de strekking van de voorliggende bepalingen.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Yves KREINS