



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 54.963/2
du 22 janvier 2014

sur

un avant-projet de loi 'relative
au statut et au contrôle des
planificateurs financiers
indépendants et à la fourniture
de consultations en
planification financière par des
entreprises réglementées'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 54.963/2
van 22 januari 2014

over

een voorontwerp van wet
'inzake het statuut van en het
toezicht op de onafhankelijk
financieel planners en inzake
het verstrekken van raad over
financiële planning door
gereguleerde
ondernemingen'

Le 24 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'relative au statut et au contrôle des planificateurs financiers indépendants et à la fourniture de consultations en planification financière par des entreprises réglementées'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 22 janvier 2014. La chambre était composée de Yves KREINS, premier président du Conseil d'État, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Yves DELVAL, 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 22 janvier 2014.

*

Op 24 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'inzake het statuut van en het toezicht op de onafhankelijk financieel planners en inzake het verstrekken van raad over financiële planning door gereguleerde ondernemingen'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 22 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, eerste voorzitter van de Raad van State, Pierre VANDERNOOT en Martine BAGUET, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Yves DELVAL, 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 22 januari 2014.

*

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 résulte de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative', publiée au *Moniteur belge* le 31 décembre 2013 et entrée en vigueur sur ce point le 1^{er} janvier 2014¹, que tout avant-projet de loi doit en principe faire l'objet d'une analyse d'impact portant sur les divers points qu'indique l'article 5 de cette loi². Les seuls cas dans lesquels cette obligation n'est pas applicable sont ceux qu'énumère l'article 8 de la loi du 15 décembre 2013.

Il conviendra donc de veiller à l'accomplissement de cette formalité.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis organise, dans le cadre du plan d'ensemble pour la protection du public en matière d'offre de services à caractère financier, la planification financière qui, selon le projet d'exposé des motifs,

« [...] est une activité de service qui se réalise par la voie de consultations fournies à des clients non professionnels [qui] ont pour but de conseiller le client sur l'optimisation notamment de la structuration, de la planification dans le temps, de la protection de l'organisation juridique ou de la transmission, de l'ensemble de son patrimoine (aussi bien mobilier qu'immobilier), en fonction des besoins et des objectifs exprimés par ce client, et à l'exclusion de la fourniture de services d'investissement ou de tout conseil portant sur des transactions sur des produits financiers individuels

Le Gouvernement estime qu'il relève de l'intérêt général de créer un cadre juridique de contrôle pour assurer, autant que possible, un niveau de qualité satisfaisant des consultations de planification financière compte tenu de 'l'étendue de la population concernée, et les conséquences potentiellement importantes des conseils fournis' ».

L'avant-projet prévoit, d'une part, que ces services ne pourront être proposés que par des planificateurs financiers indépendants agréés ou des entreprises déjà réglementées et, d'autre part, les règles de conduite à suivre lors de la fourniture de consultations en planification financière.

¹ Voir l'article 12 de cette loi.

² Voir l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 précitée. Sur la procédure d'analyse d'impact, voir les articles 2 et 3 de l'arrêté royal du 21 décembre 2013 'portant exécution du titre 2, chapitre 2, de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative'.

Il organise aussi la fourniture de consultations en planification financière par des entreprises étrangères ainsi que le contrôle, en ce compris les sanctions, et diverses mesures administratives.

OBSERVATION GÉNÉRALE

S'agissant du planificateur financier indépendant, l'avant-projet tel qu'il est soumis au Conseil d'État est susceptible de comporter des restrictions à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement consacrées par les articles 49 et 56 du TFUE. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier ces éventuelles restrictions.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

Il est prévu à l'article 3, § 2, b), que l'avant-projet ne s'appliquera pas « aux personnes qui fournissent des consultations exclusivement pour le compte d'une seule famille ».

Eu égard aux objectifs poursuivis par l'avant-projet, le Conseil d'État s'interroge sur la justification de cette exception.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'apporter cette justification. Le seul fait que la relation entre le planificateur financier et une famille relèverait d'une relation privée, ainsi que l'a exposé le fonctionnaire délégué, ne paraît pas suffisant à cet égard.

Si pareille justification est apportée, il conviendrait de mieux circonscrire la notion de « famille ».

Article 4

1. Au 2°, il est fait référence à l'arrêté royal du 3 juin 2007 'portant les règles et les modalités visant à transposer la directive concernant le marché des instruments financiers' pour définir les notions de « clients professionnels » et « contreparties éligibles ». En effet, les articles 2 et 3 de cet arrêté royal précisent ce qu'il y a lieu d'entendre par ces mots « pour l'application de la loi du 2 août 2002 » en exécution des habilitations contenues à l'article 2, 28° et 30°, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'.

Afin d'éviter de faire référence à un arrêté royal dans la loi en projet pour en déterminer son champ d'application, il faut faire référence à la loi précitée du 2 août 2002.

2. Au 3°, il y a lieu de remplacer les tirets par une énumération afin de diminuer le risque d'erreurs de référence ³.

3. Au 4°, les articles 5 à 9 du Code des sociétés constituent la section 1^{ère}, intitulée « contrôle » du chapitre II, intitulé « Contrôle, société mère et filiales », du titre II, intitulé « définitions » de ce Code. Il est dès lors préférable de faire référence à cette section afin de ne pas devoir modifier la référence dans le texte en projet si cette section est complétée par un article 9bis.

4. Au 5°, la définition du mot « collaborateurs » prévoit que ce sont les collaborateurs du planificateur financier indépendant, qu'ils soient ou non engagés dans les liens d'un contrat de travail. Il appartient aux auteurs de l'avant-projet de pouvoir justifier pourquoi cette règle n'est prévue que pour les planificateurs financiers indépendants.

Lorsque l'article 32 de l'avant-projet impose des mesures visant à prévenir les conflits d'intérêts pouvant surgir, notamment, entre « les collaborateurs » du planificateur financier et les clients, les collaborateurs des entreprises réglementées qui fournissent des consultations en planification financière sont également visés. En conséquence, comme en a convenu le fonctionnaire délégué, la définition du terme « collaborateur » figurant à l'article 4, 5°, de l'avant-projet devrait être élargie afin de viser « les collaborateurs de la personne qui fournit des consultations en planification financière, qu'ils soient ou non engagés dans les liens d'un contrat de travail ».

Article 6

Il y a lieu d'habiliter le Roi et pas la FSMA à déterminer, à l'alinéa 3, les conditions auxquelles la mention de la radiation de l'agrément d'un planificateur financier indépendant est retirée de la liste.

Article 7

L'avant-projet prévoit l'interdiction de faire usage de dénominations similaires à celle de « planificateur financier indépendant » sans être agréé. Selon l'article 40 de l'avant-projet, le non-respect de cet article est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 euros à 10.000 euros ou d'une de ces peines seulement.

Dans un souci d'uniformité avec la loi-cadre du 3 août 2007 'relative aux professions intellectuelles prestataires de service', il est suggéré de ne pas faire référence à une « dénomination similaire » mais à une « dénomination pouvant prêter à confusion ». Le fonctionnaire délégué a marqué son accord à cette observation.

³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst.consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 59.

Article 16

Au dernier alinéa, les auteurs de l'avant-projet recourent à la notion de « jours ouvrables » pour déterminer le délai dans lequel la FSMA doit transmettre sa décision.

Cette notion n'étant pas reçue de manière générale en droit, il y aurait lieu de la définir dans l'avant-projet à l'examen. Une autre solution, plus simple, surtout lorsque le délai est relativement long comme en l'espèce, consiste à utiliser la seule notion de jour, sans autre précision, quitte à en prévoir un nombre plus important que ceux qui concernent les jours ouvrables.

Cette observation vaut également pour les articles 17, alinéa 5, et 21, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet.

Article 17

Selon le fonctionnaire délégué,

« L'alinéa 5 de l'article 17 renvoie aux personnes visées à l'article 1^{er}, en ce compris les collaborateurs habilités à représenter le planificateur financier indépendant ».

Il est suggéré en conséquence d'insérer les mots « et la désignation » après les mots « La nomination ».

Article 21

Au second alinéa du paragraphe 2, il est prévu que, si la FSMA n'a pas notifié sa décision dans le délai de soixante jours ouvrables de la réception du dossier complet, elle est réputée ne pas s'opposer au projet d'offrir, sur le territoire d'un autre État, des consultations de planification financière à des clients non professionnels.

L'avant-projet ne détermine pas les documents nécessaires afin que le dossier soit complet, sans par ailleurs habiliter le Roi à cet effet, et la demande concernée ne se prête guère à une liste exhaustive de documents à y joindre.

L'avant-projet prévoit ainsi que

« Cette notification est assortie d'une information sur les activités projetées, sur leur impact financier et sur les conséquences de ces activités en termes d'organisation du planificateur financier indépendant ».

L'auteur de la demande ne pourra ainsi pas déterminer avec certitude que son dossier est complet. Afin de rendre la présomption en projet effective, il y a lieu de prévoir également que la FSMA doit, dans un délai de rigueur, accuser réception du dossier et notifier au demandeur si le dossier est complet ou pas.

Article 22

Au 6° du paragraphe 2, il est déconseillé de faire référence, dans une loi, à un arrêté royal. En tout état de cause, l'article 3 de l'arrêté royal du 6 septembre 1993 'protégeant le titre professionnel et l'exercice de la profession d'agent immobilier' auquel il est fait référence a été abrogé par l'article 8, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 août 2013 'relatif à l'accès à la profession d'agent immobilier'.

Article 35

Le paragraphe 1^{er} confie le contrôle du respect des dispositions de l'avant-projet à la FSMA et le paragraphe 2 l'autorise notamment à procéder à des inspections sur place, ce qui semble impliquer un accès aux locaux où s'exerce l'activité sans le consentement du planificateur financier. Il prévoit en outre le droit de prendre connaissance et copie, sur place, de toute donnée que la personne qui fournit des consultations en planification financière a en sa possession.

Il convient à cet égard de rappeler que la protection de la vie privée et du domicile, garantie notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 22 de la Constitution, peut couvrir notamment des locaux où sont exercées des activités professionnelles et commerciales.

Il faut relever aussi, d'une part, que le planificateur disposera d'informations sur la situation financière, familiale et professionnelle de ses clients et, d'autre part, il pourra être en possession de données liées à d'autres activités exercées par le planificateur financier, que ce dernier soit un planificateur financier indépendant ou une entreprise réglementée.

Au regard des dispositions précitées, l'intervention d'un juge constitue une garantie importante lorsqu'il s'agit de permettre qu'il soit pénétré dans les lieux en question à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou de son ayant droit. Dispenser d'une telle intervention, comme l'implique le texte à l'examen, n'est admissible que si cette dispense peut être justifiée par des raisons propres aux infractions concernées et est limitée à ce qui est strictement nécessaire pour réaliser l'objectif légitime poursuivi et si l'absence de la garantie d'une intervention judiciaire préalable est compensée par d'autres garanties suffisantes pour éviter les abus.

À ce sujet, le fonctionnaire délégué a précisé ce qui suit :

« Les lois financières dont la FSMA assure le contrôle lui accordent généralement un pouvoir d'inspection sur place⁴. La FSMA ne peut cependant pas mener de telles

⁴ Voir par exemple l'article 34, § 1^{er}, 1°, b) de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers' : « § 1^{er}. Pour exercer sa mission de contrôle visée à l'article 33 ou pour répondre aux demandes de coopération émanant d'autorités compétentes au sens de l'article 75, § 1^{er}, 3° ou 4°, la FSMA dispose 1° à l'égard des intermédiaires financiers ou des autres personnes physiques ou morales soumises aux règles concernées, des membres d'un marché réglementé ou d'un MTF belge, des teneurs de marché visés à l'article 16 de l'arrêté royal du 20 décembre 2007 relatif aux obligations linéaires, aux titres scindés et aux certificats de trésorerie, des entreprises de marché, des MTF, des organismes de compensation ou de liquidation, des organismes assimilés à des organismes de liquidation et des émetteurs d'instruments financiers, des pouvoirs suivants : (...) b) elle peut

inspections sans le consentement de la personne concernée. Elle ne dispose en effet pas de pouvoirs de contrainte.

Si un planificateur financier refuse de donner accès à ses locaux à des collaborateurs de la FSMA, elle constatera un manquement à la loi et prendra une mesure de redressement ou de sanction à l'encontre de l'entreprise concernée ».

Articles 39 et 40

Les articles 39 et 40 de l'avant-projet prévoient des sanctions administratives et des sanctions pénales. Il est renvoyé en ce qui concerne le cumul de ces deux types de sanction à l'observation générale 1 de l'avis 52.870/2 donné le 5 mars 2013 sur l'avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2013 '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 (I)', qui expose ce qui suit ⁵ :

« 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' ⁶. Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

procéder à des inspections et expertises sur place, prendre connaissance et copie sur place de tout document, fichier et enregistrement et avoir accès à tout système informatique ; ».

⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2872/1, pp. 106-118.

⁶ *Note de bas de page 5 de l'avis cité* : 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.

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 sanctions⁷.

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 pénale⁸, 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 distinctes⁹.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances¹⁰⁻¹¹, 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 mêmes¹².

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.

⁷ Note de bas de page 6 de l'avis cité: 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.

⁸ Note de bas de page 7 de l'avis cité: Note de bas de page 14 de l'avis cité: Cour eur. dr. h., Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.

⁹ Note de bas de page 8 de l'avis cité: Note de bas de page 15 de l'avis cité: Cour eur. dr. h., Oliveira c. Suisse, 30 juillet 1998.

¹⁰ Note de bas de page 9 de l'avis cité: 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.

¹¹ Note de bas de page 10 de l'avis cité: 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).

¹² Note de bas de page 11 de l'avis cité: 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 73¹³ 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'¹⁴.

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'¹⁵.

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 pénales et administratives, tel qu'il résulte des articles 70 à 73 de la loi précitée

¹³ Note de bas de page 12 de l'avis cité : 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^o et 2^o, de la loi-programme du 27 avril 2007).

¹⁴ Note de bas de page 13 de l'avis cité : 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.

¹⁵ Note de bas de page 14 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

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’¹⁶ ».

Article 40

L'article 40, § 3, prévoit notamment que

« Toute personne qui refuse de fournir les renseignements et les documents demandés par la FSMA en vue du contrôle de l'application de la présente loi et des arrêtés et règlements pris en vue de son exécution [...] est punie d'une peine d'emprisonnement de huit à quinze jours et d'une amende de 100 euros à 1.000 euros ou d'une de ces peines seulement ».

La section de législation du Conseil d'État attire cependant l'attention sur le fait que le droit de ne pas s'auto-incriminer, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait par principe obstacle à ce qu'une personne, « pénalement accusée » au sens de cette disposition, puisse être sanctionnée pour avoir refusé de prêter son concours à l'établissement de sa propre culpabilité¹⁷.

En ce qu'il concerne le refus de fournir des renseignements et documents demandés par la FSMA, l'article 40, § 3, de l'avant-projet ne pourra dès lors pas s'appliquer si la

¹⁶ Note de bas de page 15 de l'avis cité : C.J.U.E., Gde Ch., 26 février 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

¹⁷ La jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme admet certes des exceptions à cette interdiction de « coercition directe » exercée sur le droit de ne pas s'auto-incriminer mais lesdites exceptions sont envisagées de manière relativement restrictive (Cour eur. D.H., arrêt O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni du 29 juin 2007 ; voir plus récemment, Cour eur. D.H., arrêt Martinen c. Finlande du 21 avril 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt Chambaz c. Suisse du 5 avril 2012 ; sur cette question, cons. C. SAVONET, « le droit au silence : un droit relatif ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 763 et s. ; plus anciennement, et spécifiquement en rapport avec le droit belge, cons. ; F. KEFER, « Questions à propos du délit d'obstacles à surveillance en droit belge », *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 1305 et s.).

personne fait l'objet d'une accusation pénale au sens de l'article 6 précité au moment où les renseignements et documents sont refusés.

Article 41

1. Il y a lieu de compléter la phrase introductive afin de mentionner les précédentes modifications encore en vigueur de l'article 45, § 1^{er}, modifié et de revoir la rédaction de l'avant-projet afin d'omettre le 1^o.

2. Au b), de l'accord du fonctionnaire délégué, c'est un littera i. qu'il faut insérer à l'article 45, § 1^{er}, 3^o, de la loi précitée du 2 août 2002.

Article 42

Il y a lieu de compléter la phrase introductive afin de mentionner les précédentes modifications encore en vigueur de l'article qui est modifié.

Article 43

De l'accord du fonctionnaire délégué, il convient d'insérer l'adjectif « conjointe » après les mots « sur proposition ».

Article 44

1. Au paragraphe 2, puisque l'avant-projet ne prévoit pas la délivrance d'une autorisation provisoire, il y a lieu d'écrire « sont autorisées à poursuivre provisoirement cette activité » au lieu de « reçoivent une autorisation provisoire de poursuivre cette activité ».

2. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'apprécier s'il n'y a pas lieu d'informer le public du fait qu'un planificateur financier indépendant est autorisé provisoirement à poursuivre son activité.

*

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 de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’, die in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt op 31 december 2013 en die met betrekking tot de regelgevingsimpactanalyse in werking getreden is op 1 januari 2014¹, vloeit voort dat voor elk voorontwerp van wet in principe een impactanalyse moet worden uitgevoerd betreffende de verschillende punten die vermeld worden in artikel 5 van die wet.² De enige gevallen waarin die verplichting niet geldt, zijn die welke opgesomd worden in artikel 8 van de wet van 15 december 2013.

Er behoort derhalve op toegezien te worden dat dit vormvereiste naar behoren wordt vervuld.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet regelt de financiële planning in het kader van het algemeen plan voor de bescherming van het publiek op het vlak van het aanbod van financiële diensten. Luidens het ontwerp van memorie van toelichting is die financiële planning

“(…) een dienstverleningsactiviteit waarbij raad wordt verstrekt aan niet-professionele cliënten. Bedoeling van die raad is de optimalisering van met name de structuur, de planning in de tijd, de bescherming, de juridische organisatie of de overdracht van het volledig (roerend én onroerend) vermogen van de cliënt, in functie van de door hem vooropgestelde behoeften en doelstellingen, en met uitsluiting van de mogelijkheid voor de financieel planner om beleggingsdiensten of andere raad over transacties in individuele financiële producten te verstrekken”.

Volgens de Regering is het in het algemeen belang dat een juridisch kader inzake toezicht wordt uitgewerkt om de kwaliteit van het advies inzake de financiële planning zoveel mogelijk te waarborgen, gelet op “de omvang van de betrokken populatie en de mogelijk aanzienlijke impact van de verstrekte raad”.

¹ Zie artikel 12 van die wet.

² Zie artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013. Zie, wat de procedure voor de impactanalyse betreft, de artikelen 2 en 3 van het koninklijk besluit van 21 december 2013 ‘houdende uitvoering van titel 2, hoofdstuk 2 van de wet van 15 december 2013, houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’.

Het voorontwerp voorziet er enerzijds in dat alleen onafhankelijke financieel planners met een vergunning of reeds gereguleerde ondernemingen deze diensten kunnen aanbieden, en bepaalt anderzijds de gedragsregels die moeten worden gevolgd bij de adviesverlening inzake financiële planning.

Tevens organiseert het voorontwerp die adviesverlening door buitenlandse ondernemingen alsook het toezicht, met inbegrip van de sancties, en verschillende administratieve maatregelen.

ALGEMENE OPMERKING

In verband met de onafhankelijke financieel planner kan het voorontwerp, zoals het aan de Raad van State is voorgelegd, beperkingen inhouden van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging, neergelegd in de artikelen 49 en 56 van het VWEU. De steller van het voorontwerp moet die eventuele beperkingen kunnen rechtvaardigen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3

In artikel 3, § 2, b), wordt bepaald dat het voorontwerp niet geldt voor “de personen die raad over financiële planning exclusief verstrekken voor rekening van één enkele familie”.

Gelet op de doelstellingen die het voorontwerp nastreeft, vraagt de Raad van State zich af hoe die uitzondering kan worden gerechtvaardigd.

De steller van het voorontwerp moet die rechtvaardiging kunnen geven. Het loutere feit, door de gemachtigde ambtenaar naar voren gebracht, dat de relatie tussen de financieel planner en een familie tot de privésfeer behoort, is in dat verband niet toereikend.

Indien een dergelijke rechtvaardiging wordt geformuleerd, moet het begrip “familie” beter worden omschreven.

Artikel 4

1. In de bepaling onder 2° wordt verwezen naar het koninklijk besluit van 3 juni 2007 ‘tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten’ teneinde de begrippen “professionele cliënten” en “in aanmerking komende tegenpartijen” te definiëren. De artikelen 2 en 3 van dat koninklijk besluit preciseren immers wat onder die woorden wordt verstaan “voor de toepassing van de wet van 2 augustus 2002” ter uitvoering van de machtigingen vervat in artikel 2, 28° en 30°, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’.

Om te vermijden dat de werkingssfeer van de ontworpen wet wordt vastgesteld middels een verwijzing naar een koninklijk besluit, moet in die wet worden verwezen naar de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

2. In de bepaling onder 3° moeten de streepjes worden vervangen door een opsomming, teneinde het risico op vergissingen bij verwijzingen te verkleinen.³

3. De artikelen 5 tot 9 van het Wetboek van Vennootschappen, vermeld in de bepaling onder 4°, vormen afdeling I, met als opschrift “Controle”, van hoofdstuk II, met als opschrift “Controle, moeder- en dochtervennootschappen”, van titel II, met als opschrift “Definities”, van dat Wetboek. Het verdient derhalve aanbeveling naar die afdeling te verwijzen, opdat de verwijzing in de ontworpen tekst niet hoeft te worden gewijzigd indien die afdeling met een artikel 9bis wordt aangevuld.

4. Luidens de definitie van het woord “medewerkers” in de bepaling onder 5° gaat het om de medewerkers van de onafhankelijke financieel planner, ongeacht of ze al dan niet zijn tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst. De stellers van het voorontwerp moeten kunnen rechtvaardigen waarom die regel alleen voor de onafhankelijke financieel planners wordt voorgeschreven.

Wanneer artikel 32 van het voorontwerp maatregelen voorschrijft ter voorkoming van belangenconflicten die inzonderheid kunnen rijzen tussen “de medewerkers” van de financieel planner en de cliënten, worden ook de medewerkers van de gereguleerde ondernemingen die advies inzake financiële planning verlenen bedoeld. De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat de definitie van de term “medewerker” in artikel 4, 5°, van het voorontwerp bijgevolg moet worden verruimd opdat hij betrekking heeft op “de medewerkers van de persoon die advies inzake financiële planning verleent, ongeacht of ze al dan niet met een arbeidsovereenkomst zijn tewerkgesteld”.

Artikel 6

In het derde lid moet de Koning, en niet de FSMA, worden gemachtigd om de voorwaarden te bepalen waaronder de vermelding dat de vergunning van een onafhankelijk financieel planner werd ingetrokken, uit de lijst wordt geschrapt.

Artikel 7

Het voorontwerp stelt dat het verboden is gebruik te maken van soortgelijke benamingen als “onafhankelijk financieel planner” indien men geen vergunning heeft. Indien de bepalingen van dat artikel niet worden nageleefd, wordt zulks luidens artikel 40 van het

³ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 59.

voorontwerp bestraft met een gevangenisstraf van één maand tot één jaar en met een geldboete van 50 euro tot 10.000 euro of met één van die straffen alleen.

Ter wille van de overeenstemming met de kaderwet van 3 augustus 2007 ‘betreffende de dienstverlenende intellectuele beroepen’ wordt in overweging gegeven niet te verwijzen naar “gelijkaardige termen”, maar te spreken van “termen waardoor verwarring kan ontstaan”. De gemachtigde ambtenaar is het met deze opmerking eens.

Artikel 16

In het laatste lid hanteren de stellers van het voorontwerp het begrip “werkdagen” om te bepalen binnen welke termijn de FSMA haar beslissing moet verzenden.

Daar dat begrip in het recht niet algemeen is aanvaard, zou het in het voorliggende voorontwerp moeten worden gedefinieerd. Een andere oplossing, die, zeker wanneer de termijn zoals *in casu* tamelijk lang is, eenvoudiger is, bestaat erin louter het begrip “dag” te bezigen, zonder nadere precisering, met dien verstande dat dan moet worden voorzien in meer dagen dan alleen de werkdagen.

Deze opmerking geldt ook voor de artikelen 17, vijfde lid, en 21, § 2, tweede lid, van het voorontwerp.

Artikel 17

De gemachtigde ambtenaar heeft het volgende gesteld:

“L’alinéa 5 de l’article 17 renvoie aux personnes visées à l’article 1^{er}, en ce compris les collaborateurs habilités à représenter le planificateur financier indépendant”.

Dienovereenkomstig wordt in overweging gegeven de woorden “en de stelling” in te voegen na de woorden “De benoeming”.

Artikel 21

In het tweede lid van paragraaf 2 wordt bepaald dat de FSMA geacht wordt zich niet te verzetten tegen het voornemen om niet-professionele cliënten advies te verlenen op het grondgebied van een andere Staat, indien ze haar beslissing niet binnen een termijn van zestig werkdagen na de ontvangst van het volledige dossier ter kennis heeft gebracht.

Het voorontwerp bepaalt niet welke documenten noodzakelijk zijn opdat het dossier volledig is en machtigt evenmin de Koning zulks vast te stellen, en het is zo goed als onmogelijk om op basis van de aanvraag in kwestie een volledige lijst van de bij te voegen documenten op te maken.

Het voorontwerp luidt immers als volgt:

“Deze kennisgeving moet ook informatie bevatten over de voorgenomen activiteiten, hun financiële impact, en de gevolgen hiervan voor de organisatie van de onafhankelijk financieel planner”.

De aanvrager kan dus niet met zekerheid vaststellen dat zijn dossier volledig is. Teneinde omtrent het vermoeden van instemming volledige zekerheid te verkrijgen, moet tevens worden bepaald dat de FSMA binnen een dwingende termijn ontvangst van het dossier moet melden en de aanvrager ervan in kennis moet stellen of zijn dossier al dan niet volledig is.

Artikel 22

Het is niet raadzaam in een wet naar een koninklijk besluit te verwijzen, zoals in de bepaling onder 6° van paragraaf 2. Hoe dan ook is artikel 3 van het koninklijk besluit van 6 september 1993 ‘tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar’, waarnaar wordt verwezen, opgeheven bij artikel 8, § 1, van het koninklijk besluit van 30 augustus 2013 ‘betreffende de toegang tot het beroep van vastgoedmakelaar’.

Artikel 35

Luidens paragraaf 1 houdt de FSMA toezicht op de naleving van de bepalingen van het voorontwerp, en paragraaf 2 machtigt de FSMA onder meer om ter plaatse inspecties te verrichten, wat schijnt in te houden dat ze, zonder de toestemming van de financieel planner, toegang heeft tot de vertrekken waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend. Daarenboven wordt voorzien in het recht om ter plaatse kennis te nemen en een afschrift te maken van alle gegevens die in het bezit zijn van de persoon die advies verleent inzake financiële planning.

In dit verband moet worden opgemerkt dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van de woning inzonderheid, gewaarborgd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 22 van de Grondwet, mede betrekking kan hebben op vertrekken waarin beroeps- en handelsactiviteiten worden uitgeoefend.

Tevens moet worden opgemerkt dat de planner enerzijds zal beschikken over inlichtingen betreffende de financiële, de gezins- en de beroepssituatie van zijn cliënten, en anderzijds gegevens kan bezitten die verband houden met andere activiteiten die hij uitoefent, ongeacht of hij een onafhankelijke financieel planner dan wel een gereguleerde onderneming is.

Ten aanzien van de voornoemde bepalingen vormt het optreden van de rechter een belangrijke waarborg in verband met de vraag of de vertrekken in kwestie zonder het medeweten of zonder de toestemming van de eigenaar of diens rechthebbende mogen worden betreden. Een vrijstelling van de verplichting tot een dergelijk optreden, zoals de voorliggende tekst die impliceert, is alleen aanvaardbaar indien ze kan worden gerechtvaardigd met redenen die verband houden met de overtredingen in kwestie en beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is om het nagestreefte wettig doel te verwezenlijken en indien het ontbreken van dat voorafgaand

gerechtelijk optreden wordt opgevangen door andere waarborgen die misbruiken genoegzaam kunnen voorkomen.

In dit verband heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende gesteld:

“Les lois financières dont la FSMA assure le contrôle lui accordent généralement un pouvoir d’inspection sur place⁴. La FSMA ne peut cependant pas mener de telles inspections sans le consentement de la personne concernée. Elle ne dispose en effet pas de pouvoirs de contrainte.

Si un planificateur financier refuse de donner accès à ses locaux à des collaborateurs de la FSMA, elle constatera un manquement à la loi et prendra une mesure de redressement ou de sanction à l’encontre de l’entreprise concernée”.

Artikelen 39 en 40

De artikelen 39 en 40 van het voorontwerp voorzien in administratieve sancties en in strafsancities. Wat de cumulatie van die twee soorten van sanctie betreft, wordt verwezen naar algemene opmerking 1 van advies 52.870/2, op 5 maart 2013 gegeven over het voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 30 juli 2013 ‘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 (I)’, waarin het volgende wordt gesteld:⁵

“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

⁴ Voir par exemple l’article 34, § 1^{er}, 1^o, b) de la loi du 2 août 2002 ‘relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers : « § 1^{er}. Pour exercer sa mission de contrôle visée à l’article 33 ou pour répondre aux demandes de coopération émanant d’autorités compétentes au sens de l’article 75, § 1^{er}, 3^o ou 4^o, la FSMA dispose 1^o à l’égard des intermédiaires financiers ou des autres personnes physiques ou morales soumises aux règles concernées, des membres d’un marché réglementé ou d’un MTF belge, des teneurs de marché visés à l’article 16 de l’arrêté royal du 20 décembre 2007 relatif aux obligations linéaires, aux titres scindés et aux certificats de trésorerie, des entreprises de marché, des MTF, des organismes de compensation ou de liquidation, des organismes assimilés à des organismes de liquidation et des émetteurs d’instruments financiers, des pouvoirs suivants : (...) b) elle peut procéder à des inspections et expertises sur place, prendre connaissance et copie sur place de tout document, fichier et enregistrement et avoir accès à tout système informatique ; ».

⁵ Parl.St. Kamer 2012-13, nr. 53-2872/1, 106-118.

gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten.

Aangezien de maatregelen omschreven in artikel 50, althans die welke paragraaf 3 van deze bepaling voorschrijft, gelet op het voorwerp en de draagwijdte ervan als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, moet het beginsel *non bis in idem* worden in acht genomen, dat is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het voornoemde Internationaal Verdrag, en dat in het interne recht omschreven wordt als 'une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit'⁶. 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 rijzen⁷.

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 straf⁸, 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 feiten⁹.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd¹⁰⁻¹¹, 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

⁶ Voetnoot 5 van het geciteerde advies: Voetnoot 12 van het geciteerde advies: J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, p. 521.

⁷ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voetnoot 13 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. p. 250 tot 252.

⁸ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, *Gradinger tegen Oostenrijk*, 23 oktober 1995.

⁹ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Voetnoot 15 van het geciteerde advies: EHRM, *Oliveira tegen Zwitserland*, 30 juli 1998.

¹⁰ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: 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, p. 866 tot 881.

¹¹ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: 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).

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'¹².

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

In datzelfde advies werd daaromtrent het volgende geconcludeerd:

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

In artikel 73¹³ 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

¹² Voetnoot 11 van het geciteerde advies: 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.*

¹³ Voetnoot 12 van het geciteerde advies: 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 programmawet van 27 april 2007).

voor hetzelfde feit, na het opleggen van zulk een administratieve sanctie strafvervolgning kan worden ingesteld.’¹⁴

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 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’.¹⁵

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

¹⁴ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: 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.

¹⁵ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 36.

eraan in de weg dat voor dezelfde feiten strafvervolging wordt ingesteld tegen dezelfde persoon'¹⁶".

Artikel 40

In artikel 40, § 3, wordt inzonderheid het volgende bepaald:

"Elke persoon die weigert om de FSMA de door haar gevraagde inlichtingen en documenten te verstrekken die nodig zijn voor het toezicht op de toepassing van deze wet en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen, (...) wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot vijftien dagen en met een geldboete van 100 euro tot 1.000 euro of met een van die straffen alleen".

De afdeling Wetgeving van de Raad van State vestigt evenwel de aandacht op het feit dat het recht om zichzelf niet te beschuldigen, dat gewaarborgd is door artikel 6 van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens, in principe eraan in de weg staat dat een persoon, "tegen wie een vervolging is ingesteld", in de zin van deze bepaling, kan worden bestraft omdat hij geweigerd heeft zijn medewerking te verlenen bij het bewijzen van zijn eigen schuld.¹⁷

Wat betreft de weigering om de door de FSMA gevraagde inlichtingen en documenten te verschaffen, kan artikel 40, § 3, van het voorontwerp dus niet van toepassing zijn indien op het ogenblik van die weigering tegen de persoon een vervolging is ingesteld in de zin van het voornoemde artikel 6.

Artikel 41

1. De inleidende zin moet worden aangevuld teneinde de vorige nog geldende wijzigingen te vermelden die in het gewijzigde artikel 45, § 1, zijn aangebracht. Tevens moet de vermelding 1° uit de tekst van het voorontwerp worden weggelaten.

2. De gemachtigde ambtenaar is het ermee eens dat in de bepaling onder b) een letter i. moet worden ingevoegd in artikel 45, § 1, 3°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002.

¹⁶ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: HvJ EU, GK, 26 februari 2013, C-617/10, Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson.

¹⁷ De meest recente rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens erkent weliswaar uitzonderingen op dit verbod om "rechtstreekse dwang" uit te oefenen ten aanzien van het recht om zichzelf niet te beschuldigen maar deze uitzonderingen worden relatief beperkend opgevat (EHRM, arrest O'Halloran en Francis v. Verenigd Koninkrijk van 29 juni 2007; zie meer recent, EHRM, arrest-Marttinen v. Finland van 21 april 2009; EHRM, arrest Chambaz v. Zwitserland van 5 april 2012; over de kwestie, zie C. SAVONET, "Le droit au silence: un droit relatif?", Rev. trim. dr. h., 2009, 763 e.v.; van oudere datum, en specifiek met betrekking tot het Belgische recht, zie F. KEFER, "Questions à propos du délit d'obstacle à surveillance en droit belge", Rev. trim. dr. h., 2003, 1305 e.v.).

Artikel 42

De inleidende zin moet worden aangevuld teneinde de vorige nog geldende wijzigingen te vermelden die in het gewijzigde artikel zijn aangebracht.

Artikel 43

In overeenstemming met de gemachtigde ambtenaar moet het woord “gezamenlijke” worden ingevoegd voor het woord “voordracht”.

Artikel 44

1. Aangezien het voorontwerp niet in de afgifte van een voorlopige toestemming voorziet, schrijve men in paragraaf 2 “krijgen de toestemming om die werkzaamheden voorlopig verder uit te oefenen” in plaats van “krijgen een voorlopige toelating om die werkzaamheden verder uit te oefenen”.

2. De steller van het voorontwerp moet uitmaken of het publiek er niet van in kennis moet worden gesteld dat een onafhankelijke financieel planner zijn werkzaamheden voorlopig mag voortzetten.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT –
DE EERSTE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Yves KREINS