



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 54.982/2
du 27 janvier 2014

advies 54.982/2
van 27 januari 2014

sur

over

un avant-projet de loi 'relative
au statut et au contrôle des
établissements de crédit'

een voorontwerp van wet 'op
het statuut van en het toezicht
op de kredietinstellingen'

Le 3 janvier 2014, 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 établissements de crédit'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 27 janvier 2014. La chambre était composée de Yves KREINS, premier président du Conseil d'État, Pierre VANDERNOOT et Martine BAGUET, conseillers d'État, Yves DE CORDT et Marianne DONY, assesseurs, 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 27 janvier 2014.

*

Op 3 januari 2014 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 'op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen'.

Het voorontwerp van wet is door de tweede kamer onderzocht op 27 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Yves KREINS, eerste voorzitter van de Raad van State, Pierre VANDERNOOT, en Martine BAGUET, staatsraden, Yves DE CORDT en Marianne DONY, assessoren, 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 27 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 de loi, 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 2014 ¹, 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 loi ². Les seuls cas dans lesquels cette obligation n'est pas applicable sont ceux qu'énumère l'article 8 de cette loi du 15 décembre 2013.

L'avant-projet examiné entre dans le champ d'application de ladite obligation. Il ne relève d'aucune des hypothèses de dispense et d'exception d'analyse d'impact que fixe l'article 8 précité. Il conviendra donc de veiller à l'accomplissement de cette formalité.

OBSERVATIONS PRÉALABLES

1. L'avant-projet à l'examen se révèle d'une complexité toute particulière par son ampleur, sa technicité et la nature de ses liens avec le droit européen, le texte se présentant tantôt comme la transposition de législations déjà en vigueur de l'Union européenne, tantôt comme la mise en œuvre de textes non encore en vigueur, tantôt comme la transposition de propositions de directives, voire de dispositifs en préparation au niveau de la Commission européenne ; certaines dispositions de l'avant-projet sont dans la ligne de ces textes tandis que d'autres, tout en ne violant pas ces derniers, prévoient des règles plus strictes ³.

Nonobstant les utiles explications figurant dans l'exposé des motifs, compte tenu du délai dans lequel l'avant-projet a pu être examiné par le Conseil d'État et du nombre de dossiers qui lui ont été soumis concomitamment, il ne peut être garanti que, même sur les trois points sur lesquels il a dû limiter son examen ⁴, son instruction ait pu être complète.

Les observations formulées ci-après ne peuvent donc être considérées comme exhaustives sur ces trois points et le silence observé par le Conseil d'État dans le présent avis ne peut donc être considéré comme manifestant une opinion sur ces questions, ni dans un sens ni

¹ Article 12 de cette loi.

² Article 6, § 1^{er}, de la loi précitée du 15 décembre 2013. 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'.

³ Voir sur ces points les observations préalables n^{os} 2 à 5.

⁴ Voir plus haut.

dans un autre. Il en va *a fortiori* de même pour ce qui concerne la cohérence interne de l'avant-projet et la pertinence des renvois faits par certaines dispositions de l'avant-projet à d'autres dispositions de celui-ci ou à d'autres textes ; si, ponctuellement, des observations sont formulées sur ces questions, il n'y a donc pas lieu de considérer que l'examen de celles-ci a été exhaustif.

2.1. L'avant-projet de loi précise, en son article 1^{er}, § 2, alinéa 3, que « La [...] loi assure la transposition de la directive 2013/36/UE »⁵.

L'exposé des motifs indique ce qui suit :

« La réécriture complète de la loi du 22 mars 1993 se justifie notamment par la nécessité de transposer la nouvelle Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE [...] ci-après la directive 2013/36/UE ⁶ [...] et ce, tout en prenant en compte le Règlement ⁷ du Conseil relatif au Mécanisme de surveillance unique confiant à la Banque centrale européenne des mission spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit, ci-après 'le Règlement MSU' ⁸ »⁹.

L'avant-projet met un ainsi en œuvre le premier des trois volets de l'Union bancaire que traduisent cette directive 2013/36/UE et le règlement MSU. Ces trois volets sont énumérés dans l'exposé des motifs, il s'agit :

- en premier lieu, du Mécanisme de surveillance unique ;
- en deuxième lieu, du Mécanisme de résolution unique ;
- en troisième lieu, du Mécanisme de garantie des dépôts communs.

Aux termes de l'exposé des motifs, la Commission européenne a, pour le deuxième volet,

« publié, le 10 juillet 2013, sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique [...]. Cette proposition est en cours d'examen par le Conseil et le Parlement européen. Ce deuxième pilier devait également s'accompagner d'un *single rulebook* arrêtant les règles de fond en matière de redressement et de résolution des établissements bancaires. Le 6 juin 2012, la Commission a effectivement publié une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances

⁵ La date et l'intitulé de la directive devraient être mentionnés.

⁶ Ci-après : la directive 2013/36/UE.

⁷ Note de bas de page 6 de l'exposé des motifs : Le règlement (UE) N°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des mission spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit [...].

⁸ Ci-après : le règlement MSU.

⁹ Exposé des motifs, p. 4.

d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement et modifiant les directives 77/91/CEE et 82/891/CE du Conseil ainsi que les directives 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE et 2011/35/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil (*Bank Recovery and Resolution Directive*), ci-après la 'Directive BRR'. Cette proposition fait actuellement encore l'objet de négociations entre le Conseil et le Parlement européen.

[...].

La présente loi aligne le cadre belge [...] sur le premier pilier de l'Union bancaire et sur certains éléments du deuxième pilier ».

Il en résulte que l'avant-projet de loi reproduit pour une part la loi du 22 mars 1993 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit' (ci-après : la loi du 22 mars 1993) et, pour l'autre part, l'adapte dans la mesure nécessaire non seulement à la transposition qu'il concrétise de la directive 2013/36/UE, tenant compte du règlement MSU, mais également de l'anticipation de transposition que son auteur entend opérer pour ce qui concerne « certains éléments » de la directive BRR ¹⁰.

Le fonctionnaire délégué a répondu à la demande qui lui était faite de disposer de tableaux de transposition de la directive 2013/36/UE en transmettant un document qui n'envisage l'exercice de la transposition que dans un sens, à savoir de la directive 2013/36/UE vers l'avant-projet de loi.

L'exposé des motifs doit être complété par la présentation de ce tableau de correspondance, auquel devra venir s'ajouter un autre tableau établissant la correspondance entre l'avant-projet de loi et la directive 2013/36/UE afin de permettre aux Chambres législatives de se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer cette transposition et d'éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 76 de la Constitution ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Par ailleurs, un travail similaire de mise en correspondance sera fait pour les dispositions qui nécessitent une mise en œuvre du règlement MSU, son effet direct ne suffisant pas à en assurer l'effectivité complète en droit belge.

2.2. Ces deux tableaux de correspondance devraient également être conçus de manière à permettre de vérifier aisément si la transposition des différents articles de la directive 2013/36/UE et, le cas échéant, la mise en œuvre du règlement MSU sont complètement ou seulement partiellement assurées et par le biais de quelles dispositions, qu'il s'agisse de dispositions déjà existantes ¹¹ dans l'arsenal juridique belge, des dispositions de l'avant-projet examiné ou de dispositions encore à prendre notamment par arrêté royal ou règlement de la

¹⁰ Il ressort du commentaire des articles 117 à 133 qu'ils donnent suite à une recommandation n° 5 du rapport final « Réformes bancaires structurelles en Belgique » juillet 2013 mais qu'ils anticipent également la transposition d'une proposition de directive non autrement précisée (ou la mise en œuvre d'un règlement, les deux instruments étant mentionnés entre crochets) (voir les observations particulières sous les articles 117 à 133).

¹¹ Les dispositions de la loi du 22 mars 1993 qui sont reproduites dans l'avant-projet de loi ou qui en sont reprises mais que l'auteur de l'avant-projet a estimé utile de restructurer, seront indiquées en tant que telles dans ces tableaux, ce qui permettra d'avoir une vue sur le caractère nouveau ou non des dispositions en projet.

Banque nationale de Belgique. Pour éclairer ce dernier aspect, l'auteur de l'avant-projet indiquera non seulement les mesures législatives et réglementaires qui devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition de la directive mais aussi les arrêtés royaux qu'il y aura lieu de modifier ou d'abroger¹².

3. La mise en œuvre de la directive 2013/36/UE est liée, pour certains de ses articles¹³, à l'adoption par la Commission européenne d'un acte délégué. Un régime transitoire organisé par la directive en ses articles 151 à 159 s'applique dans l'intervalle.

L'avant-projet a opté pour le mécanisme inverse en ce que l'avant-projet traduit le dispositif transitoire et, dans son livre IX, titre II (« Dispositions modificatives »¹⁴), énonce les règles que comporteront respectivement les articles 157, 158 et 161 de l'avant-projet à dater de la mise en œuvre, conformément à son article 151, des articles 40, 41, 43, 49, 50 et 51 de la directive 2013/36/UE.

Cette même directive prévoit également un calendrier séquencé de mise en œuvre des exigences relatives aux coussins de fonds propres¹⁵, liée à des dates bien déterminées.

Cet étalement dans le temps des dates d'entrée en vigueur et cette variation dans les dispositifs selon que la directive est, pour l'article transposé, déjà effective ou non, aboutit à un certain flou quant aux règles à respecter et quant à la date à partir de laquelle il y a lieu des les respecter. Le commentaire des articles explique le calendrier mais il n'en demeurerait pas moins judicieux qu'un tableau de mise en œuvre des dispositifs concernés soit établi à l'attention des parlementaires et des destinataires des règles afin de les informer de manière plus simple et sans doute plus immédiatement accessible.

4. Il apparaît du commentaire¹⁶ relatif au livre II, titre III, chapitre IV (« Surveillance de groupe »), que ce chapitre transposerait, en ce qui concerne la surveillance complémentaire des conglomérats, la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 'modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/ CE, 2006/48/ CE et 2009/138/ CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers' (directive FICOD I)¹⁷.

¹² Par exemple, dans le commentaire du titre III, chapitre IV (« Surveillance de groupe »), l'on peut lire « De larges pans de ce qui était l'arrêté royal du 12 août 1994 peuvent ainsi être remplacés par une simple référence au règlement ». Or, aussi longtemps qu'il n'est pas abrogé, cet arrêté subsiste quoique devenu obsolète par le fait de l'application directe du règlement MSU (voir aussi l'observation formulée sur l'article 407).

¹³ Voir l'article 151 de la directive 2013/36/UE, qui prévoit que les dispositions du chapitre 1 du titre XI de celle-ci s'appliquent « à la place des articles 40, 41, 43, 49, 50 et 51 jusqu'à la date à laquelle l'exigence de couverture des besoins de liquidité soit applicable conformément à un acte délégué adopté en vertu de l'article 460 du règlement (UE) n° 575/2013 ».

¹⁴ Voir les articles 397 à 399 de l'avant-projet.

¹⁵ Voir l'article 160 de la directive 2013/36/UE.

¹⁶ Voir le commentaire des articles, p. 84, et le commentaire des articles 170, 186, 195 et 199 de l'avant-projet.

¹⁷ En tout état de cause, les délais de transposition énoncés à l'article 6 de cette directive sont aujourd'hui expirés.

Le tableau transmis à la section de législation ne concerne que la directive 2013/36/UE. Il ne lui a pas été possible, dans le temps imparti et en l'absence d'information circonstanciée à ce sujet, de vérifier la correcte transposition de cette directive par l'avant-projet à l'examen, cette question n'étant par ailleurs abordée qu'incidemment dans le commentaire des articles. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'intégrer, le cas échéant, cette directive dans les tableaux de transposition.

La transposition de cette directive sera par ailleurs mentionnée à l'article 1^{er} de l'avant-projet.

5. Dès lors que l'auteur de l'avant-projet anticipe la « transposition » de « certains éléments » d'une directive qui n'est pas encore adoptée par le Parlement européen et le Conseil, en l'occurrence la directive BRR, il y aurait lieu d'également prévoir un tableau à double sens entre les dispositions pertinentes de cette proposition de directive et celles de l'avant-projet. Si le commentaire des articles concernés de l'avant-projet est la plupart du temps fort explicite, il n'en demeure pas moins que l'approche plus large pour laquelle a opté l'auteur de l'avant-projet requiert que les parlementaires disposent, également au regard de l'exercice de leur droit d'amendement, d'une vue précise des dispositions qui résultent des obligations de transposition effective reposant sur la Belgique et celles qui sont liées à l'anticipation de la directive BRR. Seront également mentionnés dans le tableau les aspects qui figurent dans la directive BRR mais que l'auteur n'a pas estimé suffisamment aboutis dans le processus de négociation en cours au niveau européen que pour déjà les insérer dans l'avant-projet à l'examen, et pour lesquelles une habilitation est conférée au Roi de les adopter.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dès lors que l'avant-projet entend notamment s'inscrire dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement MSU, qui transférera une partie des pouvoirs et prérogatives de contrôle prudentiel à la Banque centrale européenne (ci-après dénommée BCE)¹⁸, l'auteur de l'avant-projet a été confronté à une difficulté d'ordre légistique quant à la détermination de l'« autorité de contrôle ».

Cette difficulté résulte de plusieurs facteurs :

- le règlement MSU n'est pas encore en vigueur ;

- il répartit les rôles entre la BCE et les banques centrales nationales (à savoir, en Belgique, la Banque nationale) en fonction d'un critère, qui est l'« importance » des établissements concernés, dont la mise en œuvre ne permet pas de déterminer avec certitude quels seront concrètement ceux qui seront qualifiés d'« importants » et donc soumis au contrôle de la BCE¹⁹ et ceux qui ne le seront pas ; ainsi, par exemple, même les trois établissements les plus

¹⁸ Voir certaines des dispositions modificatives de l'avant-projet (articles 390 et suivants).

¹⁹ L'exposé des motifs s'exprime comme suit sur ce point :

« L'importance des établissements est appréciée sur la base de critères de taille, d'importance pour l'économie de l'Union ou d'un État membre participant et d'importance des activités transfrontalières. Les établissements pour lesquels une aide financière publique a été directement demandée ou reçue du Fonds européen de stabilité financière

importants, qui devraient en principe relever du contrôle de la BCE, peuvent en être exceptés lorsqu'il y a des circonstances particulières qui justifient qu'il en soit autrement²⁰ ;

- même lorsque ce sont les banques centrales nationales qui, en fonction de l'application qui sera faite du règlement MSU, devront exercer le contrôle, il conviendra pour ces autorités nationales de tenir compte de ce qui suit :

« La BCE communique à ces autorités des règlements, des orientations ou des instructions générales précisant les modalités selon lesquelles elles doivent exercer ces missions et arrêter des décisions en matière de surveillance. Ces autorités font régulièrement rapport à la BCE sur l'accomplissement des missions qu'elles exercent. La BCE supervise le fonctionnement du système et peut, si cela s'avère nécessaire, décider, à tout moment, d'exercer ses missions elle-même à l'égard d'un ou plusieurs établissements de crédit 'moins importants' »²¹.

L'auteur de l'avant-projet a réglé cette difficulté en définissant l'« autorité de contrôle » comme suit :

« la Banque [nationale de Belgique] ou la Banque centrale européenne, selon les répartitions de compétences par ou en vertu du Règlement MSU »²².

En tant qu'elle désigne ainsi la BCE, pareille manière de procéder n'est en principe pas admissible au regard du caractère « obligatoire dans tous [leurs] éléments » des règlements européens et de leur applicabilité directe au sein des États membres²³.

Il résulte toutefois des explications fournies par l'exposé des motifs que, par le procédé utilisé, l'auteur de l'avant-projet n'entend pas dénier pareille applicabilité directe au règlement MSU. Il explique au contraire ce qui suit :

« Dès lors que la répartition des prérogatives découlera de textes communautaires directement applicables, ayant la primauté sur le droit national, ces textes constitueront la base juridique précisant, dans chaque cas, quelle est l'autorité compétente pour un acte, une prérogative, une tâche ou un acte préparatoire donné »²⁴.

Les difficultés, exposées ci-avant, quant à la répartition des fonctions entre la BCE et la Banque nationale de Belgique permettent de justifier à titre exceptionnel le recours à ce procédé.

ou du Mécanisme européen de stabilité sont considérés comme importants, de même que les trois établissements les plus importants dans chacun des États membres participants, sauf si des circonstances particulières justifient qu'il en soit autrement » (exposé des motifs, p. 13).

²⁰ Voir la note précédente.

²¹ Exposé des motifs, p. 14.

²² Article 3, 4°, de l'avant-projet. L'exposé des motifs donne les explications suivantes sur ce point : « Il découle de cette répartition de compétences qu'il est impossible de déterminer, dans un texte normatif ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des établissements de crédit, qui de la Banque [nationale de Belgique] ou de la BCE doit être considérée comme l'autorité compétente. C'est pourquoi, le présent projet entend recourir au vocable d'« autorité de contrôle » pour couvrir à la fois la Banque nationale de Belgique, au titre d'autorité nationale de contrôle, et la Banque centrale européenne selon les répartitions de compétences prévues par ou en vertu du Règlement MSU » (exposé des motifs, p. 17).

²³ Article 288, alinéa 2, TFUE.

²⁴ Exposé des motifs, p. 17.

Il n'en demeure pas moins qu'en conséquence, il pourra ressortir du texte une indétermination quant à l'exacte identité, une fois le règlement MSU entré en vigueur, de l'« autorité compétente ».

Dans un souci de sécurité juridique et d'efficacité de mise en œuvre du droit européen, il est suggéré à l'auteur de l'avant-projet de prévoir dans celui-ci que, jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement MSU, c'est la Banque nationale de Belgique qui doit être considérée comme étant l'« autorité compétente », et à habiliter le Roi à énoncer, pour chacune des dispositions pertinentes de l'avant-projet et de ses annexes, ainsi que, le cas échéant, des arrêtés d'exécution de ces textes, qui, de la BCE ou de la Banque nationale de Belgique doit être considérée comme étant l'« autorité compétente », à l'égard de quels établissements et à partir de quelle date. Le Roi pourrait à son tour habiliter le ministre ayant les Finances dans ses attributions à adapter cet arrêté en fonction de l'évolution du cadre européen.

La présente observation concerne également l'article 155, 3°, de l'avant-projet.

2. Le recours au procédé par lequel la BCE est qualifiée par l'avant-projet de loi comme étant, le cas échéant, l'« autorité de contrôle » n'autorise toutefois pas le législateur belge à soumettre la validité des actes de la BCE à l'intervention de la FSMA.

Ainsi, par exemple, il ne peut être imposé à la BCE de tenir compte de conditions fixées par la FSMA²⁵ ou de prendre son avis²⁶; l'adoption d'un acte de la BCE ne peut être subordonnée à une demande de la FSMA²⁷; la BCE ne peut être tenue d'informer la FSMA des décisions qu'elle a prises ou des suites données à des recours pris contre ses décisions²⁸; la BCE ne peut être soumise à l'obligation de communiquer des éléments de dossiers en sa possession²⁹.

Ces dispositions doivent être revues de manière à ne prévoir l'intervention de la FSMA que dans les cas où l'« autorité de contrôle » est la Banque nationale de Belgique. C'est en ce sens qu'ont été rédigées les dispositions de l'avant-projet qui, « le cas échéant », envisagent l'application de l'article 12bis de la loi du 22 février 1998 'fixant le statut organique de la Banque National de Belgique' lorsque l'« autorité de contrôle », en ce cas la Banque nationale de Belgique, est habilitée à adopter des règlements³⁰.

²⁵ Article 8, alinéa 2, de l'avant-projet.

²⁶ Article 11, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet. Le paragraphe 2 de cette disposition laisse toutefois entendre que seule la Banque nationale de Belgique doit se prononcer après avoir recueilli l'avis de la FSMA « sur les questions visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} ». Voir aussi, sur l'exigence d'un avis de la FSMA à l'« autorité de contrôle », l'article 315, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet, l'article 11, § 2, *in fine*, en projet à l'article 390 de l'avant-projet et l'article 49, alinéa 2, *in fine*, en projet à l'article 394 de l'avant-projet.

²⁷ Article 236, § 6, de l'avant-projet. Voir, s'agissant, « le cas échéant », d'une demande de la FSMA, l'article 329, §§ 3, alinéa 2, et 6, de l'avant-projet.

²⁸ Article 237 de l'avant-projet.

²⁹ Article 312, § 3, de l'avant-projet.

³⁰ Voir par exemple l'article 75, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

1. Au 2°, mieux vaut d'abord mentionner le terme à définir (« règlement MSU »), suivi par la définition.

2. La dénomination exacte du fonds visé à l'article 3, 22°, résulte de l'article 3 de l'arrêté royal du 10 octobre 2011 'modifiant l'arrêté royal du 14 novembre 2008 portant exécution de la loi du 15 octobre 2008 portant des mesures, visant à promouvoir la stabilité financière en instituant en particulier une garantie d'État relative aux crédits octroyés et autres opérations effectuées dans le cadre de la stabilité financière, en ce qui concerne la protection des dépôts et des assurances sur la vie, et modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers portant extension du système de protection au capital de sociétés coopératives agréées' : il s'agit du « Fonds spécial de protection des dépôts, des assurances sur la vie et du capital de sociétés coopératives agréées ».

3. Au 26°, le renvoi, pour des notions essentielles utilisées dans la loi, à des définitions énoncées dans des arrêtés d'exécution, n'est pas propice à la sécurité juridique.

4. Au 27°, la définition des « liens étroits » confirme l'acception du terme « lien » mais ne précise pas selon quels critères ce lien peut être qualifié d'« étroit ».

5. Le 28° définit la notion de « participation qualifiée ». La deuxième phrase opère un renvoi à la loi du 2 mai 2007 'relative à la publicité des participations importantes dans des émetteurs dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et portant des dispositions diverses'³¹ en ce qui concerne le calcul des droits de vote et à ses arrêtés d'exécution tandis que la troisième phrase détermine les droits de vote ou les actions dont il n'est pas tenu compte dans le calcul. Dès lors que cette troisième phrase apparaît comme un tempérament normatif apporté à l'application de cette loi du 2 mai 2007, il n'est pas judicieux de la faire figurer dans une définition qui, par nature, n'a pas le caractère qu'entend lui prêter ainsi la disposition. Cette disposition doit être intégrée dans le dispositif même de l'avant-projet.

Une observation similaire vaut pour l'article 3, 30°.

6. Au 37°, dans la mesure où l'avant-projet utilise à plusieurs reprises le terme « gestionnaire d'OPCA », mieux vaut reprendre cet acronyme dans la définition.

7. Au 38° de la version française, il faut écrire « l'une au moins » et non « l'une ou moins ».

³¹ Cet intitulé doit figurer de manière complète au 28°.

8. Au 46°, la notion de « fonctions critiques » est définie par rapport à un certain nombre de critères, dont celui de la « substitutalité » des activités à laquelle une « attention particulière » est accordée. Le commentaire de la disposition fait référence à « l'existence de substituts à court terme ». La question se pose de savoir si, au vu de la technicité de la matière, cette « substituabilité » ne pourrait être plus explicitement illustrée dans l'exposé des motifs.

Le terme « vooraf » utilisé dans le texte néerlandais de la troisième phrase ne correspond pas à l'expression « une attention particulière étant accordée » utilisée dans la version française. Il convient de remédier à cette discordance

9. Au 63°, la définition de la « décision stratégique » contient tant une description « qualitative » des caractéristiques d'une telle décision qu'une énumération des domaines dans lesquels se situent de telles décisions. Cependant, telle que définie, la notion ne permet pas de déterminer dans quelle mesure l'énumération des domaines est ou non limitative, d'une part, et dans quelle mesure il convient, dans les domaines énumérés, de démontrer en outre que les décisions satisfont aux critères qualitatifs. En outre, il n'apparaît pas clairement si la délégation conférée à l'autorité de contrôle consistant à préciser les décisions qui sont à considérer comme stratégiques lui permet de prendre des actes individuels ou réglementaires. Dans le dernier cas, la question se pose de savoir si une telle délégation est admissible et quelle forme une telle « précision » prendra lorsqu'elle émanera de la Banque nationale de Belgique. Enfin, est-il envisageable que la loi délègue le pouvoir de préciser les décisions stratégiques à la BCE (qui tombe également sous la définition de l'« autorité de contrôle ») ?

10. Au 69°, la définition renvoie à une directive qui n'a pas encore été adoptée au niveau européen. Dès lors qu'il s'agit d'anticiper la directive, il convient de définir la notion de manière qui soit cohérente en droit interne.

11. L'avant-projet recourt à la notion de « jours ouvrables »³², qui ne revêt pas d'acception juridique généralement reçue. Il y aurait dès lors lieu d'en prévoir une définition à l'article 3 ou de mentionner dans l'avant-projet tous les délais en « jours » plutôt qu'en « jours ouvrables » et de préciser que, si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, il est prolongé au jour ouvrable³³ qui suit.

Article 6

Au paragraphe 2, la référence à l'article 84, § 1^{er} sera vérifiée.

³² Articles 47, 48, 52, 104, alinéa 2, 114, § 2, alinéa 2, 280, § 1^{er}, 1°, 299, § 1^{er}, 301, § 5, 313, § 1^{er}, alinéa 2, 381 de l'avant-projet ; 47 et 48 en projet aux articles 392 et 393 de l'avant-projet ; article 5 de l'annexe I.

³³ Cette notion de « jour ouvrable » s'entend alors, dans ce contexte, comme étant un jour qui n'est ni un samedi, ni un dimanche ni un jour férié. Voir par exemple, l'article 84, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État : « Le jour ouvrable est celui qui n'est ni un samedi, ni un dimanche, ni un jour férié. Les délais commencent à courir le jour ouvrable qui suit l'inscription au rôle. Le jour de l'échéance est compris dans le délai. Si ce jour n'est pas un jour ouvrable, le jour de l'échéance est reporté au jour ouvrable qui suit ».

Article 9

Les termes « conférant ou non le droit de vote » sont inutiles eu égard à la définition de la « participation qualifiée » donnée par l'article 3, 28°.

Article 10

1. À l'alinéa 1^{er}, il serait préférable de faire commencer la disposition par « La Banque consulte la FSMA avant de se prononcer sur la demande d'agrément d'un établissement qui est soit la filiale... » (la suite comme au texte avec suppression, à la fin de l'alinéa, des termes « la Banque consulte la FSMA avant de se prononcer sur la demande »).

2. En outre, à la 11^{ème} ligne du même alinéa, il faut ajouter les mots « un établissement » entre les mots « encore » et « contrôlé ».

3. À l'alinéa 2, dans la version française, il y a lieu d'insérer les mots « , avant de se prononcer sur la demande, » entre les mots « la Banque consulte » et « les autorités compétentes de ces autres États membres ».

4. Le texte utilise les termes « dirigeants » et « personnes participant à la direction » pour désigner une même catégorie de personnes dont les qualités font l'objet d'une évaluation. Il conviendrait d'uniformiser la terminologie pour éviter toute ambiguïté.

Article 11

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, on relève un important décalage entre le délai de quatorze jours à compter de la réception du dossier transmis par la Banque et le délai de six mois de la réception de la demande d'avis.

L'exposé des motifs s'en expliquera.

Le terme « vanwege » utilisé dans la version néerlandaise ne correspond d'ailleurs pas à l'expression « qui lui aura été transmis » utilisée dans la version française. Il convient de remédier à cette discordance.

Article 12

1. À l'alinéa 1^{er}, il faut remplacer « à la Section II » par « au chapitre II ».

2. L'article 15 de la directive 2013/36 impose un délai de six mois pour la « communication » du refus d'octroyer l'agrément. L'article 12 prévoit un délai de six mois pour la décision et un délai supplémentaire de quinze jours pour sa notification.

L'article 12 de l'avant-projet doit être mis en concordance avec la directive.

Article 16

La question se pose de savoir s'il ne convient pas d'ajouter les mots « à responsabilité limitée » entre les mots « la forme de société commerciale » et les mots « à l'exception » car certaines sociétés à forme commerciale n'octroient pas le privilège de la responsabilité limitée à leurs associés et, partant, ne requièrent aucun capital minimum (SNC, SCS, SCRI).

Article 18

Alors qu'il s'agit d'apprécier les qualités nécessaires des détenteurs du capital, « personnes physiques ou morales visées à l'article 9 », le littera b) se réfère à l'honorabilité professionnelle et à l'expertise des dirigeants, visés à l'article 19.

Article 20

1. L'existence des condamnations énumérées ne peut s'inférer que de décisions de justice coulées en force de chose jugée. Ceci doit être précisé dans la disposition à l'examen, qui sera revue en conséquence.

2. Au paragraphe 1^{er}, 2°, il convient d'ajouter les mots « à une peine » avant les mots « pour infraction », compte tenu notamment du paragraphe 2, qui n'envisage que des « peines ».

3. Même si les articles 104 et 105 de la loi précitée du 22 mars 1993, abrogés par l'avant-projet, ont comme équivalent l'article 348 de celui-ci et que cette dernière disposition est mentionnée à son article 20, § 1^{er}, 2°, a), il n'en demeure que l'absence de mention de ces articles 104 et 105 dans la liste des textes d'incrimination empêchant l'exercice des fonctions de membre de l'organe légal d'administration aura pour effet que les personnes condamnées sur cette base pourront exercer ces fonctions, ce qui ne saurait être l'intention. Il ne peut en effet être envisagé d'interpréter le texte par analogie comme renvoyant implicitement sur ce point aux articles 104 et 105 de la loi précitée du 22 mars 1993.

La disposition à l'examen sera complétée en conséquence

Article 21

1. Au paragraphe 1^{er}, 1°, pour éviter de susciter l'impression d'un « partage des responsabilités », il est suggéré de fusionner les première et troisième phrases comme suit : « une structure de gestion adéquate basée sur une séparation adéquate des fonctions et un dispositif d'attribution des responsabilités qui est bien défini, transparent et cohérent ». La deuxième phrase du 1° peut demeurer en l'état.

2. Au paragraphe 2, la question se pose de savoir comment apprécier le caractère « exhaustif »³⁴ des dispositifs organisationnels.

Article 24

1. Au paragraphe 1^{er}, pour se conformer à l'article 524*bis* du Code des sociétés, il convient de supprimer, dans la seconde phrase, les mots « la détermination de ».
2. Au paragraphe 2, il est préférable d'adopter la formulation suivante (voir l'article 3, 45°) : « Le conseil d'administration compte une majorité de membres non exécutifs » ou « Le conseil d'administration compte une minorité de membres exécutifs ».

La même observation vaut pour l'article 25, § 2.

3. La section de législation se demande si le paragraphe 4 n'est pas superflu car, si on confie la gestion journalière visée à l'article 525 du Code des sociétés à un membre de l'organe légal d'administration, il en devient, conformément à la définition de l'article 3, 45°, un membre exécutif.

La même observation vaut pour l'article 25, § 4.

Article 26

Aux termes de l'article 26, l'autorité de contrôle peut, en fonction de la taille et du profil de risques d'un établissement de crédit, autoriser celui-ci à déroger, en tout ou en partie, aux obligations prévues par les articles 24 et 25.

Le commentaire des articles 24 et 25 précise ce qui suit :

« Le projet de loi rend à présent obligatoire la mise en place d'un comité de direction au sein de l'organe légal d'administration des établissements de crédit, quelle que soit leur forme juridique. Cette obligation matérialise l'un des objectifs de la Directive, à savoir la nécessité d'opérer une distinction claire, au sein de l'organe légal d'administration, entre les fonctions de surveillance et de contrôle de l'établissement d'une part, et celles de sa direction effective, d'autre part ».

Certes, l'autorité de contrôle devra, lorsqu'elle accorde des dérogations, respecter le principe de proportionnalité dont le commentaire de l'article 26 précise d'ailleurs qu'il en est la concrétisation. Il n'en demeure pas moins que, dans un souci d'encadrer le pouvoir de l'autorité de contrôle, le mot « notamment » devrait être omis. Ce faisant, l'on réduit les risques d'éventuelles différences non justifiées entre les bénéficiaires de la règle.

³⁴ Le texte néerlandais utilise le terme « gedetailleerd ». La terminologie sera harmonisée.

Article 27

La section de législation se demande pour quelle raison le texte est moins exigeant que le Code des sociétés quant à la présence d'administrateurs indépendants au sein des comités de rémunérations. L'article 526*quater* du Code des sociétés dispose en effet que

« [...] Le comité de rémunération est composé d'une majorité d'administrateurs indépendants au sens de l'article 526*ter* et possède l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération ».

Par ailleurs, il conviendrait de préciser, dans un alinéa 2, que le président de l'organe légal d'administration ou un autre membre non exécutif préside ces comités (voir l'article 526*quater*, § 3, du Code des sociétés).

Article 28

Au paragraphe 1^{er}, le texte reprend l'exigence *a minima* de l'article 526*bis* du Code des sociétés quant à la compétence d'un membre du comité d'audit en matière de comptabilité et d'audit.

S'agissant d'établissements de crédit, la section de législation se demande s'il ne serait pas opportun d'exiger que tous les membres du comité d'audit soient compétents en matière de comptabilité et d'audit. Il conviendrait en ce cas de supprimer les mots « collective » et « et/ou au moins un membre du comité d'audit est compétent en matière de comptabilité et d'audit ».

Article 30

Au paragraphe 1^{er}, il conviendrait de confirmer dans une première phrase que « le comité de rémunération possède l'expertise nécessaire en matière de politique de rémunération » (voir l'article 526*quater*, § 2, alinéa 2, du Code des sociétés).

Article 31

1. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 3^o, il est proposé de remplacer les mots « le taux de présence » par les mots « l'assiduité ».
2. À l'alinéa 2, il est suggéré de supprimer les mots « dans la mesure du possible et en permanence ».

Article 35

La question se pose de savoir si l'octroi d'une rémunération variable aux titulaires de fonctions de contrôle, tel qu'envisagé par l'auteur de l'avant-projet, et l'évaluation des performances qu'il implique n'est pas de nature à porter atteinte à leur indépendance.

Article 36

1. Au paragraphe 1^{er}, il convient d'ajouter les mots « et agents liés » après le mot « mandataires », à l'instar de ce que prévoit l'article 41, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

2. Au paragraphe 2, il est suggéré de « personnifier » davantage les devoirs et les responsabilités en écrivant « Les personnes qui assurent la fonction de conformité (*compliance*) font rapport à l'organe légal d'administration au moins une fois par an ».

Article 37

1. Au paragraphe 2, il est suggéré de « personnifier » davantage les devoirs et les responsabilités en écrivant « Les personnes qui assurent la fonction de gestion des risques veillent à ce que tous les risques significatifs soient détectés, mesurés et correctement déclarés. Elles participent activement... (la suite comme au texte) ».

2. Il conviendrait de rédiger l'alinéa 2 du paragraphe 3 comme suit :

« Lorsque l'établissement de crédit n'est pas d'importance significative au sens de l'article 3, 30°, l'autorité de contrôle peut autoriser qu'un membre du personnel faisant partie de la catégorie des cadres supérieurs assume cette fonction, à condition qu'il n'existe dans son chef aucun conflit d'intérêts ».

Article 38

Il est suggéré de supprimer les mots « si nécessaire ».

Article 51

Il convient, d'une part, de mentionner également le paragraphe 4 de l'article 516 du Code des sociétés et, d'autre part, de supprimer les mots « ainsi que prononcer l'annulation de tout ou partie des délibérations d'assemblée générale tenue dans les cas visés ci-dessus ».

Cela permettra de mieux tenir compte du fait que, conformément au paragraphe 4 de l'article 516 du Code des sociétés, la nullité des décisions concernées n'est prononcée que si, sans les droits de vote illégalement exercés, les quorums de présence ou de majorité légalement requis pour les décisions d'assemblée générale n'auraient pas été réunis (solution dite

« appréciative » tenant compte de l'influence de l'irrégularité sur la décision prise – voir l'article 54).

Article 52

À la fin du premier alinéa, il y a lieu d'écrire « dans un délai de dix jours ouvrables après l'acquisition ou l'augmentation de la participation » pour tenir compte des deux hypothèses envisagées dans cet alinéa.

Article 54

1. Il est recommandé de scinder l'alinéa 2 en trois alinéas (scission après « l'injonction visée à l'alinéa 1^{er}, 2^o » et après « l'objet du séquestre prévu ci-dessus »).
2. À l'alinéa 3 actuel, la section de législation se demande pourquoi le droit d'agir en nullité est réservé à la Banque nationale et n'est pas étendu à tout intéressé.

Article 57

Au paragraphe 3, il conviendrait de préciser que « le comité de direction et les personnes chargées de la direction effective communiquent à l'organe légal d'administration une information appropriée... (la suite comme au texte) ».

Article 60

Au paragraphe 2, la section de législation se demande si l'intention du législateur est bien de ne soumettre à l'approbation préalable de l'autorité de contrôle que la nomination des personnes visées au paragraphe 1^{er} et non leur renouvellement, leur non-renouvellement, leur révocation ou leur démission.

Article 62

Le paragraphe 4 exige des « mandataires sociaux nommés sur présentation de l'établissement de crédit [...] [d']être des membres de l'établissement de crédit ou des personnes désignées par le comité de direction ».

Le commentaire de cette disposition expose ce qui suit à ce sujet :

« Dans les situations où, en application l'article 26 en projet, il n'y aurait pas de comité de direction, il est évident que la disposition doit se lire de la manière suivante : les personnes nommées en représentation de l'établissement de crédit devront être des membres exécutifs de l'organe légal d'administration ou des personnes participant à la direction effective ».

La question se pose de savoir si cette dernière précision ne devrait pas figurer dans le dispositif.

Article 67

À l'alinéa 2, il conviendrait de préciser le concept de « haute direction ».

Dans le texte néerlandais, deux termes différents sont utilisés pour la notion de « haute direction » : « hoge leiding » en « hogere leiding ». Il faut veiller à utiliser une terminologie uniforme.

Article 69

La disposition à l'examen énonce que « [l']annexe II de la présente loi [...] en fait partie intégrante ».

Pareille précision est non seulement inutile, le seul renvoi à l'annexe d'une loi suffisant à l'intégrer à celle-ci et à lui donner la même valeur normative que la loi, mais elle est également une source de difficulté éventuelle d'interprétation ou d'application pour les autres dispositions de l'avant-projet qui, tout en renvoyant également à une annexe, ne contiennent pas cette précision ; tel est le cas par exemple aux articles 3, 29°, 14, 26, alinéa 2, 2°, 57, § 5, 59, § 4, 63, 67, alinéa 1^{er}, 68, 70, 71, 80, § 1^{er}, alinéa 3, 96, 100, alinéa 2, 101, § 2, alinéa 2, 141, § 2, alinéa 2, 143, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 144, § 1^{er}, 151, 3°, 170, § 2, 2°, 174, § 1^{er}, 2°, 190, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, 335, § 1^{er}, 6°, de l'avant-projet, 158, § 2, en projet à l'article 398, et 411 à 413 de l'avant-projet.

La même observation vaut pour l'article 84.

Article 72

1. À l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er}, il est suggéré d'opérer une scission après les mots « leur clientèle » pour que les deux phrases suivantes constituent un nouvel alinéa.
2. Il conviendrait de préciser le « délai permettant à l'organe légal d'administration de s'y opposer » (une ou deux semaines).

Article 74

Le commentaire de l'article gagnerait à préciser le concept d'« influence intéressée sur l'opinion publique ».

Article 75

Le commentaire de l'article gagnerait à préciser le concept d'« acteurs du marché » utilisé au paragraphe 3.

Article 77

À l'alinéa 1^{er}, 4^o, outre les prises de participations, les fusions, les scissions et les « cessions », il conviendrait également de mentionner les « apports ».

Article 78

L'alinéa 2 empêche de contester la validité ou l'opposabilité d'une cession autorisée par l'autorité de contrôle sur la base de l'action paulienne ou d'un des motifs d'inopposabilité en période suspecte repris dans la loi sur les faillites.

La loi introduit ainsi, sans justification objective, une différence de traitement entre, d'une part, les établissements de crédit et, d'autre part, les autres entreprises (y compris les autres établissements financiers). Une telle justification devrait être fournie dans l'exposé de motifs.

Article 101

Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il y a une discordance entre les deux versions linguistiques : dans la version néerlandaise, le mot « niet » doit être supprimé.

Article 110

La section de législation n'aperçoit pas l'articulation entre le 1^o et le 2^o du paragraphe 3 au regard de ce que l'organe légal d'administration juge ou non approprié au vu des circonstances.

Article 114

Le délai prévu par le paragraphe 2 doit être précisé. Il convient de compléter l'alinéa 1^{er} en indiquant le nombre de mois à compter de la date de l'agrément.

Article 116

1. Au paragraphe 2, alinéa 2, 4°, il conviendrait de préciser le concept de « résilience ».
2. À l'alinéa 3 du paragraphe 2, compte tenu de l'applicabilité de principe de l'obligation de motivation formelle à toutes les autorités administratives sur la base de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', il y a lieu d'omettre les mots « motivée et ».

Articles 117 à 133

Du commentaire de ces articles relatifs au chapitre VIII (« De la structure des activités »), il ressort que ces dispositions concrétisent l'une des recommandations du rapport final établi par la Banque nationale de Belgique en juillet 2013. Mais, selon ce même commentaire, il apparaît qu'ils anticipent également une « proposition de [directive] [règlement] que la commission européenne a introduite le [*], et [ne sont] pas en contradiction avec celle-ci ».

La section de législation du Conseil d'État n'a pas connaissance de ces propositions d'instruments de droit européen et n'est donc pas en mesure de vérifier si, comme le laisse entendre le commentaire de l'article, il n'y a pas de contradiction entre les dispositifs en projet et ces propositions d'instruments. Cet exercice aurait en tout état de cause été très délicat à opérer dès lors que, ces instruments européens n'étant pas encore adoptés, la Belgique n'a nullement encore l'obligation d'en assurer la correcte transposition ou mise en œuvre.

Cette méthode de travail qu'a choisie l'auteur de l'avant-projet porte en elle-même ses limites puisqu'il se trouve tenu, à l'article 133, d'habiliter le Roi à adapter le dispositif de ce chapitre VIII à la législation européenne en la matière lorsque celle-ci aura été adoptée.

La technique de l'habilitation faite au pouvoir exécutif de combler des lacunes, voire de l'adapter à l'instrumentaire européen, prive le Parlement de son rôle naturel dans une matière aussi essentielle qu'est « l'intérêt de la protection des déposants ».

En tout état de cause, cette manière de faire se place en porte-à-faux des intentions exprimées par l'auteur de l'avant-projet dans l'exposé des motifs, à savoir, entre autres, « mettre la totalité du dispositif au niveau de la loi, favorisant ainsi d'une part, le rôle du Parlement, évitant les habilitations répétées au Roi sur des matières plus techniques mais parfois néanmoins sensibles [...] »³⁵.

La même observation vaut *mutatis mutandis*, pour les articles 255, § 2, et 311 de l'avant-projet.

Livre II, titre II, chapitre VIII

Les articles 117 et 118 échappent à la division du chapitre VIII en sections.

Ils doivent en former la section première, la numérotation des actuelles sections première et II étant adaptée en conséquence.

Article 118

Au paragraphe 1^{er}, 1^o, l'avant-projet définit dans sa version néerlandaise le terme « handel voor eigen rekening », mais utilise par après systématiquement le terme « handelsactiviteit voor eigen rekening ».

Article 119

La question se pose de savoir dans quelle mesure, à la lumière du système du passeport européen, la loi belge peut interdire à l'établissement de droit belge de déployer une activité de négociation pour compte propre « par l'intermédiaire de filiales étrangères ».

Si la filiale étrangère est un établissement de crédit soumis au principe du *home country control*, la détermination des activités qui lui sont permises relève en principe de la compétence de ce pays. Ceci n'empêche pas le droit belge d'interdire toute acquisition d'une entreprise étrangère lorsque celle-ci se livre à des activités de négociation pour compte propre. Il convient, le cas échéant, de préciser la portée de la disposition dans son commentaire.

³⁵ Il est rappelé sur ce point que des habilitations de ce type ne sont en principe admissibles que s'il existe des circonstances exceptionnelles telles que le législateur se trouverait dans l'impossibilité de procéder lui-même aux transpositions envisagées parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour le faire.

Si, après réexamen, l'article 133 est maintenu à la lumière de cette observation, il y a lieu de fixer une date limite pour leur usage.

La même observation, tant sur le caractère exceptionnel de l'attribution de pareils pouvoirs au Roi que sur la nécessité de fixer une date limite, vaut, *mutatis mutandis*, pour les articles 255, § 2, 311 et 386 à 388 de l'avant-projet.

Article 120

Ne vaudrait-il pas mieux, dans un souci de clarté, incorporer l'assimilation à laquelle procède cette disposition dans la définition de « négociation pour compte propre » donnée par l'article 118, § 1^{er}, 1^o ?

Article 121

Au paragraphe 1^{er}, 5^o, l'intention de conserver les instruments durablement permet de conclure que l'activité pour compte propre ne tombe pas dans le « portefeuille de négociation » (voir l'article 118, § 1^{er}, 1^o) et ne constitue dès lors pas une exception à l'interdiction de principe énoncée à l'article 119.

Articles 121 à 123

La structure des règles reprises dans ces dispositions doit être clarifiée.

D'une part, il ressort de l'article 121, § 2, que certaines activités pour compte propre ne sont permises que pour autant qu'elles restent à l'intérieur des limites de risque déterminées en vertu de l'article 122. D'autre part, l'article 123 ne considère le dépassement de ces limites de risque comme une activité de négociation « interdite » lorsque les risques de marché attachés à ces activités dépassent le seuil de fonds propres déterminé à l'article 123, § 2.

L'exposé des motifs semble indiquer que l'article 123 énonce le principe d'une « marge de réserve globale » pour grouper les activités permises de négociation pour compte propre pour lesquelles l'établissement de crédit ne parvient pas à démontrer qu'elles satisfont aux limites de risque.

Il convient de clarifier dans le dispositif la relation entre les différentes dispositions.

Article 123

1. Au paragraphe 2, alinéa 2, il est malaisé d'apprécier la proportionnalité d'une mesure d'interdiction quand le ratio sur la base duquel se fonde cette interdiction apparaît ne pas encore avoir l'objet d'un choix de la part de l'auteur de l'avant-projet, qui laisse ouverte une marge de [X (compris entre 0 et 2,5 %)].

2. Il serait judicieux d'expliquer dans le commentaire de l'article les critères de la « faculté de l'établissement de crédit de jouer son rôle de soutien à l'économie réelle » dont il est question au paragraphe 2, alinéa 3.

Articles 128 et suivants

L'avant-projet introduit la notion d'« entité de négociation » sans la définir.

Ainsi, l'article 128 semble s'appliquer à toute entité de négociation (tout comme l'article 131), même si elle n'est pas liée à un établissement de crédit (comme c'est le cas à l'article 129 de l'avant-projet).

Par ailleurs, l'exposé des motifs semble suggérer que toute « entité de négociation » constitue une société de bourse³⁶, tandis que l'article 126, § 2, semble formuler une obligation, de type normatif, d'obtenir un agrément en tant que société de bourse uniquement pour les sociétés liées à un établissement de crédit.

Il convient, à cet égard, de faire référence à l'article 44 de la loi du 6 avril 1995 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement', qui définit les entreprises d'investissement – dont les sociétés de bourse forment une sous-catégorie – comme des entreprises « dont l'activité habituelle consiste à fournir ou offrir à des tiers un ou plusieurs services d'investissement à titre professionnel et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement ». La notion de « services et activités d'investissement » englobe, aux termes de l'article 46 de la même loi, « la négociation pour compte propre » (article 46, 1°, 3). Si l'intention du législateur est de soumettre toute « entité de négociation » au statut de société de bourse, telle que réglée dans la loi précitée du 6 avril 1995, même lorsque cette activité ne s'exerce pas « pour des tiers », il convient de mieux articuler le champ d'application de cette loi avec les dispositions en projet, en particulier en supprimant dans l'article 44 de la loi précitée du 6 avril 1995 les mots « à des tiers ». En procédant de la sorte, toute entité de négociation visée à l'article 128 de l'avant-projet à l'examen serait qualifiée d'« entreprise d'investissement » au sens de la loi précitée du 6 avril 1995 lorsque cette activité s'exerce à titre habituel, et devrait dès lors obtenir un agrément en tant que société de bourse en vertu de l'article 47.

Article 141

Le paragraphe 3 de l'article 141 à l'examen n'énonce l'objet du programme de contrôle qu'au stade de sa modification éventuelle, alors qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 99 de la directive 2013/36/UE, dont il entend assurer la transposition, il s'agit de l'objet éventuel du programme dès le premier stade de son adoption.

³⁶ La doctrine traditionnelle enseigne que l'article 46 de la loi du 6 avril 1995 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement' qualifie d'entreprise d'investissement (dont les sociétés de bourse forment une sous-catégorie) les entreprises qui, à titre professionnel, exercent des services d'investissement « pour des tiers ». Dès lors, l'activité de négociation pour compte propre ne constitue pas, en soi, un service d'investissement, mais uniquement lorsque cette activité s'exerce pour des tiers (par exemple *marketmaker*).

La phrase liminaire de l'article 99, paragraphe 3, de la directive est en effet rédigé comme suit :

« Lorsqu'elles sont appropriées au regard de l'article 97, les mesures suivantes sont notamment prises si nécessaire : ».

L'article 141, § 3, de l'avant-projet sera revu en conséquence.

Article 159

Il serait préférable, dans la version française, de remplacer l'expression « fait tout ce qui est en son pouvoir » par l'expression « met tout en œuvre », davantage conforme à la version néerlandaise.

La même observation vaut pour l'article 174.

Article 161

1. Dans la première phrase du paragraphe 1^{er} de la version française, afin à la fois d'éviter la redondance avec les mots « présidé par elle » et de correspondre à la version néerlandaise, il y a lieu d'omettre les mots « et préside ».

2. Au paragraphe 3, le mot « pleinement » doit être omis.

La même observation vaut pour l'article 178, § 5.

Article 202

L'article 202, alinéa 1^{er}, *in fine*, dispose ce qui suit :

« Elles (les autorités compétentes relevantes) prennent leur décision en tenant compte des objectifs de la surveillance complémentaire du conglomérat tels que définis par la présente section, et tiennent compte dans ce cadre des principes internationaux en matière de surveillance complémentaire du conglomérat ».

Le chapitre IV, dans lequel la disposition est nichée, vise entre autres à régler la surveillance complémentaire des conglomérats non seulement pour transposer la directive FICOD I mais également, aux termes du commentaire consacré à ce chapitre, pour anticiper la révision fondamentale de la directive sur les conglomérats financiers FICOD II en se fondant sur les principes dégagés par le *Joint Forum*³⁷.

Certes ce deuxième objectif ne présente aucun caractère obligatoire pour la Belgique à l'heure actuelle mais, dès lors que l'auteur de l'avant-projet prend l'initiative de

³⁷ Voir le commentaire du chapitre en question, pp. 184 et 185.

concrétiser ces principes dans la loi, il ne peut se contenter de leur conserver un caractère de « *soft law* ». En conséquence, l'expression « tenir compte » à laquelle recourt l'article 202 de l'avant-projet n'est pas appropriée et la simple référence aux « principes internationaux en matière de surveillance complémentaire du conglomerat » ne peut suffire à assurer l'effectivité de la norme et donc la sécurité juridique.

La disposition doit être revue.

Article 205

1. Au paragraphe 1^{er}, il conviendrait de remplacer les mots « droit général des sociétés » par les mots « Code des sociétés et ses arrêtés d'exécution ».

La même observation vaut pour l'article 206.

2. Au paragraphe 2, alinéa 2, de la version française, la section de législation se demande s'il ne faudrait pas substituer le concept d'« entreprise mère », mentionné à l'alinéa 1^{er}, au concept de « société mère », qui n'a encore été ni utilisé ni défini. Ceci assurera la concordance avec la version néerlandaise du texte.

Article 215

Il conviendrait de préciser la portée des termes d'« objections tirées du droit privé » dès lors que ces dernières sont expressément exclues comme pouvant être invoquées pour justifier qu'une communication mutuelle d'informations n'ait pu avoir lieu entre les entreprises visées par la disposition.

Livre II, titre IV (« Plans de résolution »)

Le titre IV du livre II fait intervenir l'« autorité de résolution », définie, aux termes de l'article 3, 52°, de l'avant-projet, comme « le Collège de résolution de la Banque (nationale de Belgique) visé à l'article 21^{ter} de la loi du 22 février 1998 ».

Cette disposition n'a cependant pas encore d'existence.

L'auteur de l'avant-projet veillera à tout le moins à la concomitance de l'entrée en vigueur de cette disposition et du titre IV du livre II de l'avant-projet à l'examen.

Article 220

La lecture de l'alinéa 2 suscite l'impression que, pour l'auteur de l'avant-projet, seules les sociétés anonymes ont l'obligation de nommer un commissaire.

Or, aux termes des articles 141 et 142 du Code des sociétés, les seules sociétés qui ne sont pas tenues de confier le contrôle de leur situation financière, de leurs comptes annuels et de la régularité des opérations à constater dans leurs comptes annuels à un commissaire sont les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les SCRI dont tous les associés à responsabilité illimitée sont des personnes physiques, les « petites » sociétés, au sens de l'article 15, non cotées, les GIE dont aucun membre n'est lui-même soumis au contrôle par un commissaire et les sociétés agricoles.

Cet alinéa devrait être revu en conséquence.

Articles 230 à 232

Il semble résulter de l'exposé des motifs que les articles 231 et 232 font partie de la section II du chapitre II.

L'intitulé de cette section, qui figure après l'article 232 et n'est constitué d'aucun article, semble donc devoir être avancé entre les articles 230 et 231.

Livre II, titres V et VI

L'ordre de présentation des titres V (« De la radiation de l'agrément ») et VI (« Des mesures de redressement ») du livre II semble logiquement devoir être inversé.

Livre II, titre VII

Le titre VII du livre II relatif aux fédérations d'établissements de crédit est placé entre le titre VI consacré aux mesures de redressement et le titre VIII afférent à la résolution des défaillances des établissements de crédit.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'examiner si le texte ne doit pas être structuré autrement.

Articles 240 et 241

La question se pose de savoir pourquoi un statut particulier est réservé à Crelan SA, issu de la fusion entre le Crédit Agricole et Centea. Certes, comme le précise le commentaire des articles 240 et 241, la disposition est déjà prévue aux articles 61^{bis} et 61^{ter} de la loi du 22 mars 1993. Même si la raison de ce maintien est historique, elle doit être explicitée dans le commentaire des articles, étant entendu qu'elle ne peut avoir pour conséquence un

traitement différencié qui ne pourrait être justifié au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

Article 242

Au 15°, il y a lieu de préciser si la notion de « tribunal » correspond au tribunal de première instance de Bruxelles ou du tribunal de commerce de cet arrondissement.

Article 299

L'auteur de l'avant-projet doit encore choisir le délai endéans lequel le président du tribunal fixe les jour et heure de l'audience : trois ou cinq jours ouvrables qui suivent le dépôt de la requête.

Article 341 et suivants

Les articles 341 et suivants concernent les « bureaux de représentation ». Il serait opportun de définir cette notion à l'article 3 de l'avant projet, à l'instar de la définition donnée au terme « succursale » par l'article 3, 64°.

Articles 347 et 348

1. La version communiquée au Conseil d'État est incomplète en ce qui concerne l'article 347, § 4, a) à h), et l'article 348, § 1^{er}, 1° à 8° et 10° à 14°. Il n'a pas été possible d'examiner de manière utile ces dispositions.

2. Il apparaît toutefois des articles 347 et 348 que, compte tenu notamment de la rédaction particulièrement large de l'article 347, § 1^{er}, qui prévoit la possibilité pour la Banque nationale de prononcer des amendes administratives « lorsqu'elle constate une infraction aux dispositions de la présente loi, aux mesures prises en exécution de celle-ci ou au Règlement n° 575/2013 ou lorsqu'elle constate une infraction aux dispositions du Titre II du Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux », les incriminations pénales peuvent concerner également des comportements susceptibles de faire l'objet de sanctions administratives, lesquelles [peuvent revêtir la nature] de sanctions pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14, § 7, du [Pacte international 'relatif aux droits civils et politiques'].

Il est renvoyé en ce qui concerne le cumul de ces deux types de sanction à l'observation générale n° 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 :

« 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'³⁸. 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.

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 sanctions³⁹.

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 pénale⁴⁰, 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 distinctes⁴¹.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances⁴²⁻⁴³, 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'⁴⁴.

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

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

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

Certes, l'article 73⁴⁵ 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.

⁴² 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.

⁴³ 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).

⁴⁴ 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.*

⁴⁵ 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° et 2°, de la loi-programme du 27 avril 2007).

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'⁴⁶.

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'⁴⁷.

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 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

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Note de bas de page 14 de l'avis cité : *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne⁴⁸ »⁴⁹.

Article 348

Il semble résulter de la partie lisible⁵⁰ de l'article 348, § 1^{er}, 12^o, de l'avant-projet que cette disposition tend à incriminer l'obstacle aux mesures d'inspection, de vérification et de surveillance prévues par l'avant-projet.

Cette [incrimination] n'est possible que dans les limites fixées tant par la jurisprudence belge que par la jurisprudence européenne sur [le droit au silence] et [le droit de ne pas s'accuser]⁵¹.

Articles 386 à 388

L'article 388 permet aux arrêtés royaux prévus par les deux dispositions précédentes de « compléter, modifier, remplacer ou abroger les dispositions légales en vigueur ».

Des habilitations de ce type ne sont en principe admissibles que s'il existe des circonstances exceptionnelles telles que le législateur se trouverait dans l'impossibilité d'adopter lui-même les dispositions envisagées parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour le faire.

Si les articles 386 à 388 sont maintenus, l'article 388 devrait fixer une date limite pour l'usage de ces pouvoirs par le Roi.

Articles 397 à 399

Dès lors que l'entrée en vigueur de ces dispositions est subordonnée à l'adoption d'un acte délégué pris par la Commission européenne, il serait prudent de prévoir l'obligation de

⁴⁸ *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.

⁴⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2872/1, pp. 106 à 118 ; dans le même sens, l'avis 54.963/2 donné le 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', observation formulée sur les articles 39 à 40. Ce n'est que de manière allusive que l'exposé des motifs de l'avant-projet à l'examen évoque le principe « *non bis in idem* » (p. 47).

⁵⁰ Voir l'observation n° 1 formulée ci-avant sous les articles 347 et 348.

⁵¹ Voir notamment dans le même sens l'avis 33.832/1 donné le 6 mars 2003 sur un avant-projet devenu le décret du 30 avril 2004 'tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn', en abrégé 'Decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht' (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2002-2003, n° 1812/1) ; l'avis 40.352/1 donné le 15 juin 2006 sur l'avant-projet devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', observation sous l'article 212 de l'avant-projet, devenu l'article 209 du Code pénal social (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-3059/001, p. 527) ; l'exposé des motifs du projet devenu la loi précitée du 6 juin 2010, commentaire de l'article 213, devenu l'article 209 du Code pénal social, spécialement les références doctrinales et jurisprudentielles (*ibid.*, pp. 295 et 296).

faire paraître au *Moniteur belge* un avis permettant aux destinataires de ces règles d'être informés de leur date d'entrée en vigueur.

Article 407

La disposition prévue au paragraphe 1^{er} ne devrait pas avoir pour effet d'inviter les autorités désormais compétentes sur la base de la loi en projet à ne pas adopter les dispositifs modificatifs ou abrogatoires qui seraient commandés par le fait que les actes pris par le Roi, la Banque nationale de Belgique et les autres institutions ayant adopté des actes de nature réglementaire sur la base de la loi du 22 mars 1993 seraient devenus incompatibles avec l'avant-projet.

Annexe I

Article 1^{er}

Au paragraphe 3, il conviendrait de préciser la portée des termes « crédits à problème ».

Annexe II

Article 7

Il conviendrait de préciser que c'est « le paiement » d'une part d'au moins 40 % de la rémunération variable qui est reporté.

Article 12

Alors que l'annexe 2, consacrée à la politique de rémunération, concerne tous les membres du personnel (cf. l'usage des mots « chaque personne » à l'article 1^{er}), il semble que le champ d'application *ratione personae* de l'article 12, relatif à la limitation des indemnités de départ et d'entrée en fonction, doit être limité aux membres de l'organe légal d'administration et aux personnes qui participent à la direction effective, visés à l'article 15, alinéa 2 (voir les mots « sans préjudice du Code des sociétés » et la référence à l'article 554 du même Code).

Si tel est bien le cas, il conviendrait de le préciser.

Annexe III

Article 1^{er}

Au 3°, il faut supprimer le mot « par » dans la version française.

Article 11

D'une part, les 5°, 6° et 7° évoquent une concertation avec « un représentant des titulaires de *covered bonds* belges », alors que, selon l'article 14, § 2, la désignation d'un tel représentant semble facultative.

D'autre part, le 7° subordonne la liquidation partielle ou totale du patrimoine spécial et le remboursement anticipé à un vote favorable « d'une assemblée générale des titulaires de *covered bonds* belges concernés » sans préciser comment une telle assemblée est convoquée et organisée. Par le renvoi qu'il comporte aux articles 568 à 580 du Code des sociétés, relatifs aux assemblées générales d'obligataires, l'article 14, § 1^{er}, ne répond qu'implicitement à cette question.

Article 14

Alors que l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 laisse entendre que la désignation d'un représentant des « titulaires de *covered bonds* belges faisant partie de la même émission » est facultative, l'alinéa 3 ne permet la révocation d'un tel représentant que si l'assemblée générale des titulaires de *covered bonds* belges procède simultanément à la désignation d'un ou plusieurs autres représentants.

Il y a là une contradiction qu'il conviendrait de lever.

*

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.

Het voorliggende voorontwerp van wet valt onder die verplichting. Het behoort niet tot een van de gevallen die worden vrijgesteld of uitgezonderd van de impactanalyse die vastgelegd zijn in het voornoemde artikel 8. Er behoort derhalve op toegezien te worden dat dit vormvereiste wordt vervuld.

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

1. Het voorliggende voorontwerp blijkt uiterst complex te zijn door de omvang en het technische karakter ervan en door de samenhang ervan met een aantal Europese rechtsinstrumenten. Soms neemt de tekst immers de vorm aan van de omzetting van wetgevende teksten die in de Europese Unie reeds van kracht zijn, soms als de tenuitvoerlegging van teksten die nog niet van kracht zijn, soms als de omzetting van voorstellen voor een richtlijn en zelfs van teksten die zich bij de Europese Commissie nog in de voorbereidingsfase bevinden; sommige bepalingen van het voorontwerp liggen in de lijn van die teksten maar andere voorzien in strengere regels, zonder dat ze evenwel met die teksten in strijd zijn.³

Ondanks de nuttige uitleg die in de memorie van toelichting wordt verschaft, kan de Raad van State, gelet op de termijn waarbinnen hij het voorontwerp heeft kunnen onderzoeken en op het aantal dossiers dat hem tegelijkertijd werd voorgelegd, niet garanderen dat de

¹ Artikel 12 van die wet.

² 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’.

³ Zie hierover de voorafgaande opmerkingen 2 tot 5.

behandeling ervan, zelfs met betrekking tot de drie punten waartoe de Raad zijn onderzoek heeft moeten beperken,⁴ volledig is.

De hierna geformuleerde opmerkingen mogen met betrekking tot die drie punten dan ook niet als exhaustief worden beschouwd en het stilzwijgen dat de Raad van State in dit advies in acht neemt, mag bijgevolg niet worden beschouwd als het uiten van een mening over deze kwesties, noch in positieve, noch in negatieve zin. Hetzelfde geldt *a fortiori* voor de interne samenhang van het voorontwerp en de relevantie van de verwijzingen in een aantal bepalingen van het voorontwerp naar andere bepalingen ervan of naar andere teksten; er moet dus niet vanuit gegaan worden dat die aangelegenheden op exhaustieve wijze onderzocht zijn, al worden er hier en daar wel opmerkingen over geformuleerd.

2.1. Artikel 1, § 2, derde lid, van het voorontwerp van wet luidt als volgt: “Deze wet zorgt voor de omzetting van Richtlijn 2013/36/EU”.⁵

In de memorie van toelichting wordt het volgende gesteld:

“De volledige herziening van de wet van 22 maart 1993 wordt met name gerechtvaardigd door de noodzaak tot omzetting van de nieuwe Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG⁶, [...] hierna ‘Richtlijn 2013/36/EU’ [...] genoemd, en dit met inachtneming van de Verordening⁷ van de Raad betreffende het Gemeenschappelijk Toezichtsmechanisme, die aan de Europese Centrale Bank specifieke opdrachten toevertrouwt die verband houden met het beleid inzake prudentieel toezicht op de kredietinstellingen, hierna de ‘GTM-verordening’ genoemd⁸”.⁹

Aldus geeft het voorontwerp uitvoering aan het eerste van de drie onderdelen van de bankenunie die in die richtlijn 2013/36/EU en in de GTM-verordening worden weergegeven. Die drie onderdelen worden in de memorie van toelichting als volgt opgesomd:

- ten eerste het gemeenschappelijk toezichtsmechanisme;
- ten tweede het gemeenschappelijk resolutiemechanisme;
- ten derde het gemeenschappelijk depositogarantiemechanisme.

⁴ Zie *supra*.

⁵ Men vermeldde de datum en het opschrift van de richtlijn.

⁶ Hierna: richtlijn 2013/36/EU.

⁷ Voetnoot 6 van de memorie van toelichting: Verordening (EU) Nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 die aan de Europese Centrale Bank specifieke opdrachten toevertrouwt die verband houden met het beleid inzake prudentieel toezicht op de kredietinstellingen [...].

⁸ Hierna: de GTM-verordening.

⁹ Memorie van toelichting, p. 4.

De memorie van toelichting stelt, met betrekking tot het tweede onderdeel, het volgende:

“de Europese Commissie [bracht] op 10 juli 2013 haar voorstel uit voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds (...). Dit voorstel wordt momenteel besproken in de Raad en in het Europees Parlement. Ook voor deze pijler zou er een *single rule book* bestaan houdende materieelrechtelijke regels inzake het herstel en de afwikkeling van bancaire instellingen. Op 6 juni 2012 bracht de Commissie inderdaad een ontwerp van Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad uit betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van de Richtlijnen 77/91/EEG, 82/891/EG, 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG en 2011/35/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 (*Bank Recovery and Resolution Directive*), hierna ‘de BRR-richtlijn’ genoemd. Over dit ontwerp zijn de onderhandelingen tussen de Raad en het Europees Parlement aan de gang

[...]

Deze wet stemt het Belgisch [...] kader af op de eerste pijler van de bankenunie en op een aantal elementen van de twee pijler”.

Daaruit vloeit voort dat het voorontwerp van wet deels de wet van 22 maart 1993 ‘op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen’ (hierna: de wet van 22 maart 1993) overneemt, deels die wet aanpast voor zover dat noodzakelijk is, niet alleen voor de omzetting van richtlijn 2013/36/EU, rekening houdend met de GTM-verordening, maar ook om vooruit te lopen op de beoogde omzetting van “een aantal elementen” van de BRR-richtlijn.¹⁰

Naar aanleiding van het verzoek omzettingstabellen met betrekking tot richtlijn 2013/36/EU ter beschikking te stellen, heeft de gemachtigde ambtenaar een document overgezonden waarin de omzetting slechts in één richting wordt weergegeven, te weten van richtlijn 2013/36/EU naar het voorontwerp van wet.

De memorie van toelichting moet worden aangevuld met die omzettingstabel, alsook met een andere tabel die de concordantie weergeeft tussen het voorontwerp van wet en richtlijn 2013/36/EU, opdat de Wetgevende Kamers zich met kennis van zaken kunnen uitspreken over de keuze van de middelen waarmee de steller van het voorontwerp die omzetting doorvoert, en om te voorkomen dat het recht van amendement, vervat in artikel 76 van de Grondwet, verder reikt dan de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten laat.

¹⁰ Blijkens de bespreking van de artikelen 117 tot 133 geven die artikelen gevolg aan aanbeveling nr. 5 van het eindrapport “Structurele bankhervormingen in België” van juli 2013, maar lopen ze tevens vooruit op de omzetting van een niet nader gespecificeerd voorstel voor een richtlijn of op de uitvoering van een reglement (die twee regelgevende teksten worden tussen vierkante haakjes aangegeven) (zie de bijzonder opmerkingen betreffende de artikelen 117 tot 133).

Voor de bepalingen die tot de uitvoering van de GTM-verordening nopen, moet de concordantie op soortgelijke wijze worden weergegeven aangezien het niet volstaat dat de verordening onmiddellijke uitwerking heeft opdat ze ook in het Belgisch recht volledig werkzaam is.

2.2. Die twee concordantietabellen moeten ook zo worden opgesteld dat gemakkelijk kan worden nagegaan of de omzetting van de verschillende artikelen van richtlijn 2013/36/EU en, in voorkomende geval, de uitvoering van de GTM-verordening, geheel dan wel slechts gedeeltelijk hebben plaatsgevonden, alsook door middel van welke bepalingen zulks is geschied, ongeacht of het gaat om bepalingen die reeds aanwezig zijn in het Belgisch juridisch instrumentarium,¹¹ om bepalingen van het voorliggende voorontwerp of om bepalingen die nog moeten worden uitgevaardigd, met name bij koninklijk besluit of bij reglement van de Nationale Bank van België. Teneinde hieromtrent opheldering te geven, moet de steller van het voorontwerp niet alleen de wets- en verordeningsbepalingen aangeven die nog moeten worden uitgevaardigd om de richtlijn volledig om te zetten, maar ook de koninklijke besluiten die moeten worden gewijzigd of opgeheven.¹²

3. De tenuitvoerlegging van bepaalde artikelen van richtlijn 2013/36/EU¹³ hangt samen met de vaststelling door de Europese Commissie van een gedelegeerde handeling. In de tussentijd geldt een overgangsregeling, ingesteld door de artikelen 151 tot 159 van de richtlijn.

In het voorontwerp is geopteerd voor een omgekeerde werkwijze doordat het de overgangsregelingen weergeeft en in boek IX, titel II (“Wijzigingsbepalingen”)¹⁴, vaststelt welke regels de artikelen 157, 158 en 161 van het voorontwerp zullen bevatten vanaf het ogenblik waarop uitvoering wordt gegeven aan respectievelijk de artikelen 40, 41, 43, 49, 50 en 51 van richtlijn 2013/36/EU, overeenkomstig artikel 151 van het voorontwerp.

Diezelfde richtlijn voorziet eveneens in een gefaseerd tijdschema, met welbepaalde data waarop aan de vereisten inzake de kapitaalbuffers moet zijn voldaan.¹⁵

Die spreiding in de tijd van de data van inwerkingtreding en die verschillende regelingen naargelang het omgezette artikel van de richtlijn al dan niet reeds van toepassing is, zijn een bron van vaagheid betreffende de na te leven regels en de datum vanaf wanneer ze

¹¹ De bepalingen van de wet van 22 maart 1993 die in het voorontwerp van wet zijn gekopieerd, of die er zijn overgenomen maar die de steller van het voorontwerp heeft gemeend te moeten herschikken, moeten als zodanig in die tabellen worden aangegeven; aldus kan worden geoordeeld of de ontworpen bepalingen al dan niet nieuw zijn.

¹² In de bespreking van titel III, hoofdstuk IV (“Groepstoezicht”) staat bijvoorbeeld het volgende te lezen: “Grote delen van het voormalige koninklijk besluit van 12 augustus 1994 kunnen op deze manier vervangen worden door een eenvoudige verwijzing naar de Verordening”. Zolang dat besluit niet is opgeheven, blijft het evenwel nog bestaan alhoewel het achterhaald is door de rechtstreekse toepassing van de GTM-verordening (zie ook de opmerking betreffende artikel 407).

¹³ Zie artikel 151 van richtlijn 2013/36/EU, dat stelt dat de bepalingen van hoofdstuk 1 van titel XI van die richtlijn van toepassing zijn “[i]n plaats van de artikelen 40, 41, 43, 49, 50 en 51 [...] tot de datum waarop het liquiditeitsdekkingsvereiste van toepassing wordt overeenkomstig een krachtens artikel 460 van Verordening (EU) nr. 575/2013 vast te stellen gedelegeerde handeling”.

¹⁴ Zie de artikelen 397 tot 399 van het voorontwerp.

¹⁵ Zie artikel 160 van richtlijn 2013/36/EU.

moeten worden nageleefd. In de bespreking van de artikelen wordt het tijdschema toegelicht, maar het blijft niettemin aangewezen een tabel betreffende de inwerkingtreding van de regelingen in kwestie op te stellen teneinde de parlementsleden en de adressaten van de regels op eenvoudigere en wellicht meer toegankelijke wijze op te hoogte te brengen.

4. Uit de bespreking¹⁶ van boek II, titel III, hoofdstuk IV (“Groepstoezicht”), blijkt dat dat hoofdstuk in verband met het aanvullend conglomeraatstoezicht voor de omzetting zou zorgen van richtlijn 2011/89/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2011 ‘houdende wijziging van de Richtlijnen 98/78/EG, 2002/87/EG, 2006/48/EG en 2009/138/EG betreffende het aanvullende toezicht op financiële entiteiten in een financieel conglomeraat’ (FICOD I).¹⁷

De tabel die aan de afdeling Wetgeving is overgezonden, heeft alleen op richtlijn 2013/36/EU betrekking. Binnen de haar toegemeten tijd en bij ontstentenis van gedetailleerde inlichtingen dienaangaande, heeft de afdeling Wetgeving niet kunnen nagaan of het voorliggende voorontwerp die richtlijn correct omzet, temeer daar deze kwestie slechts terloops in de bespreking van de artikelen is behandeld. De steller van het voorontwerp moet in voorkomend geval die richtlijn in de omzettingstabellen verwerken.

Voorts moet de omzetting van die richtlijn in artikel 1 van het voorontwerp worden vermeld.

5. Daar de steller van het voorontwerp vooruitloopt op de “omzetting” van “een aantal elementen” van een richtlijn die nog niet door het Europees Parlement en de Raad is vastgesteld, *in casu* de BRR-richtlijn, zou ook moeten worden voorzien in een tabel in twee richtingen, bevattende de relevante bepalingen van die voorgestelde richtlijn en die van het voorontwerp. Alhoewel de bespreking van de artikelen in kwestie van het voorontwerp meestal bijzonder duidelijk is, vereist de ruimere benadering die de steller van het ontwerp heeft gekozen dat de parlementsleden, onder andere ten aanzien van de uitoefening van hun recht op amendering, een nauwkeurig beeld krijgen van de bepalingen die voortvloeien uit de verplichting voor België tot daadwerkelijke omzetting, en de bepalingen die vooruitlopen op de BRR-richtlijn. In de tabel moeten ook de onderdelen van de BRR-richtlijn worden opgenomen waarvan de steller evenwel vindt dat ze in de lopende Europese onderhandelingen niet voldoende zijn uitgewerkt om reeds in het voorliggende voorontwerp te kunnen worden opgenomen, en voor de vaststelling waarvan de Koning gemachtigd wordt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Daar het de bedoeling is dat het voorontwerp met name past in het kader van de inwerkingtreding van de GTM-verordening, die een gedeelte van de bevoegdheden en prerogatieven van het prudentieel toezicht aan de Europese Centrale Bank overdraagt (hierna de

¹⁶ Zie de commentaar bij de artikelen, p. 84, en de bespreking van de artikelen 170, 186, 195 en 199 van het voorontwerp.

¹⁷ Hoe dan ook zijn de omzettingstermijnen die in artikel 6 van die richtlijn worden vermeld, thans verstreken.

ECB genoemd),¹⁸ is de steller van het voorontwerp voor een wetgevingstechnische moeilijkheid geplaatst betreffende het vaststellen van de “toezichthouder”.

Die moeilijkheid vloeit uit meerdere factoren voort:

- de GTM-verordening is nog niet van kracht;

- ze verdeelt de taken tussen de ECB en de nationale centrale banken (te weten, in België, de Nationale Bank) op grond van één criterium, namelijk het “belang” van de instellingen in kwestie; op basis van dat criterium kan niet met zekerheid worden vastgesteld welke taken concreet als “belangrijk” moeten worden beschouwd en dus onder het toezicht van de ECB moeten vallen,¹⁹ en welke taken niet in dat geval zijn; zelfs de drie belangrijkste instellingen, die in principe onder het toezicht van de ECB moeten vallen, kunnen bijvoorbeeld buiten dat toezicht worden gehouden wanneer specifieke omstandigheden een afwijking rechtvaardigen;²⁰

- zelfs wanneer de nationale centrale banken, afhankelijk van de toepassing die aan de GTM-verordening wordt gegeven, het toezicht moeten uitoefenen, moeten deze nationale instanties rekening houden met het volgende:

“De ECB deelt aan deze autoriteiten verordeningen, richtsnoeren of algemene instructies mede, met vermelding van de manier waarop ze deze taken moeten uitoefenen en de beslissingen inzake toezicht moeten vaststellen. Deze autoriteiten brengen regelmatig bij de ECB verslag uit over de verwezenlijking van de taken die ze uitoefenen. De ECB ziet toe op de werking van het systeem en kan, indien nodig, te allen tijde beslissen haar taken zelf uit te oefenen ten aanzien van één of meerdere ‘minder belangrijke’ kredietinstellingen”.²¹

De steller van het voorontwerp heeft deze moeilijkheid opgelost door de “toezichthouder” te omschrijven als volgt:

“de [Nationale] Bank [van België] of de Europese Centrale Bank, volgens de bevoegdheidsverdeling vastgelegd door of krachtens de GTM-verordening”.²²

¹⁸ Zie sommige wijzigingsbepalingen van het voorontwerp (artikelen 390 en volgende).

¹⁹ Hierover stelt de memorie van toelichting het volgende:

“Het belang van de instellingen wordt beoordeeld aan de hand van criteria inzake omvang, belang voor de economie van de Unie of een deelnemende lidstaat, en belang van de grensoverschrijdende werkzaamheden. De instellingen waarvoor rechtstreeks financiële overheidssteun werd aangevraagd bij of ontvangen van het Europees fonds voor financiële stabiliteit of het Europees Stabiliteitsmechanisme, worden als belangrijk beschouwd, evenals de drie belangrijkste instellingen in elk van de deelnemende lidstaten, behalve als specifieke omstandigheden een afwijking rechtvaardigen” (memorie van toelichting, p. 13).

²⁰ Zie vorige voetnoot.

²¹ Memorie van toelichting, p. 14.

²² Artikel 3, 4°, van het voorontwerp. In de memorie van toelichting wordt hieromtrent de volgende toelichting verstrekt:

“Uit deze bevoegdheidsverdeling vloeit voor dat onmogelijk kan worden bepaald, in een normatieve tekst die voor alle kredietinstellingen zou moeten gelden, welke van beide instellingen, namelijk de [Nationale] Bank [van België] of de ECB, als de bevoegde autoriteit moet worden beschouwd. Daarom maakt dit ontwerp gebruik van de term ‘toezichthouder’ om zowel de Nationale Bank van België, in haar hoedanigheid van nationaal toezichthouder, als de Europese Centrale Bank aan te duiden, volgens de bevoegdheidsverdeling waarin is voorzien door of krachtens de GTM-verordening” (memorie van toelichting, p. 17).

In zoverre de toezichthouder aldus naar de ECB verwijst, is deze werkwijze in principe niet aanvaardbaar ten aanzien van het feit dat Europese verordeningen “verbindend [zijn] in al [hun] onderdelen” en rechtstreeks toepasbaar in de lidstaten²³.

Uit de memorie van toelichting blijkt evenwel dat de steller van het voorontwerp niet de bedoeling heeft door middel van de gevolgde werkwijze die rechtstreekse toepasbaarheid op de GTM-verordening te betwisten. Hij stelt integendeel het volgende:

“Aangezien de verdeling van de prerogatieven zal voortvloeien uit rechtstreeks toepasbare communautaire teksten, die voorrang hebben op het nationaal recht, zullen deze teksten de juridische basis vormen en, in elk individueel geval, aangeven welke autoriteit bevoegd is voor een bepaalde handeling, een bepaald prerogatief, een bepaalde taak of voorbereidende handeling”.²⁴

De hierboven aangegeven moeilijkheden in verband met de taakverdeling tussen de ECB en de Nationale Bank van België kunnen rechtvaardigen dat uitzonderlijk een beroep wordt gedaan op die werkwijze.

Dat neemt niet weg dat de tekst als gevolg daarvan als nogal vaag kan worden ervan aangaande de vraag wie juist de “toezichthouder” is, eens de GTM-verordening is getreden.

Ten behoeve van de rechtszekerheid en van de doeltreffende tenuitvoerlegging van het Europees recht, wordt aan de steller van het voorontwerp in overweging gegeven om daarin te bepalen dat de Nationale Bank van België tot aan de inwerkingtreding van de GTM-verordening moet worden beschouwd als “toezichthouder”, en om de Koning ertoe te machtigen voor alle relevante bepalingen van het voorontwerp en van de bijlagen ervan alsook, in voorkomend geval, van de besluiten tot uitvoering van die teksten, te bepalen of de ECB dan wel de Nationale Bank van België als “toezichthouder” moet worden beschouwd, en ten aanzien van welke instellingen en vanaf welke datum. Zijnerzijds zou de Koning de minister die bevoegd is voor Financiën ertoe kunnen machtigen dat besluit naargelang van de ontwikkeling van het Europees kader aan te passen.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 155, 3°, van het voorontwerp.

2. Dat een beroep wordt gedaan op de werkwijze waarbij het voorontwerp van wet de ECB in voorkomend geval als “toezichthouder” beschouwt, machtigt de Belgische wetgever evenwel niet te bepalen dat het optreden van de FSMA noodzakelijk is opdat de besluiten van de ECB rechtsgeldig zijn.

Zo kan de ECB bijvoorbeeld niet verplicht worden om rekening te houden met voorwaarden die de FSMA heeft gesteld²⁵ of om haar advies in te winnen²⁶; de vaststelling van

²³ Artikel 288, lid 2, VWEU.

²⁴ Memorie van toelichting, p. 17.

²⁵ Artikel 8, tweede lid, van het voorontwerp.

²⁶ Artikel 11, § 1, eerste lid, van het voorontwerp. Paragraaf 2 van die bepaling wekt echter de indruk dat enkel de Nationale Bank van België zich moet uitspreken, nadat ze het advies van de FSMA heeft gekregen “over de in paragraaf 1, eerste lid bedoelde aangelegenheden”. Zie ook, over het vereiste advies van de FSMA aan de

een besluit van de ECB kan niet afhankelijk worden gesteld van een verzoek van de FSMA;²⁷ de ECB kan niet verplicht worden de FSMA in kennis te stellen van de beslissingen die ze heeft genomen of van de behandeling van het beroep tegen deze beslissingen;²⁸ de ECB kan niet verplicht worden om gegevens van dossiers die zij bezit, mee te delen.²⁹

Die bepalingen moeten worden herzien zodat het optreden van de FSMA wordt beperkt tot de gevallen waarin de Nationale Bank van België de “toezichthouder” is. In die zin zijn de bepalingen van het voorontwerp geredigeerd die “in voorkomend geval” de toepassing van artikel 12*bis* van de wet van 22 februari 1998 ‘tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België’ beogen te regelen wanneer de “toezichthouder”, *in casu* de Nationale Bank van België, gemachtigd is reglementen vast te stellen.³⁰

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3

1. Het zou beter zijn in de bepaling onder 2° eerst de te definiëren term te vermelden (“GTM-verordening”), en daarna de definitie te geven.
2. De juiste benaming van het fonds bedoeld in artikel 3, 22°, blijkt uit artikel 3 van het koninklijk besluit van 10 oktober 2011 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 november 2008 tot uitvoering van de wet van 15 oktober 2008 houdende maatregelen ter bevordering van de financiële stabiliteit en inzonderheid tot instelling van een staatsgarantie voor verstrekte kredieten en andere verrichtingen in het kader van de financiële stabiliteit, voor wat betreft de bescherming van de deposito's en de levensverzekeringen, en tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten houdende de uitbreiding van de beschermingsregeling tot het kapitaal van erkende coöperatieve vennootschappen’: het gaat om het “Bijzonder Beschermingsfonds voor deposito's, levensverzekeringen en kapitaal van erkende coöperatieve vennootschappen”.
3. Dat in onderdeel 26° voor basisbegrippen van de wet verwezen wordt naar definities genoemd in uitvoeringsbesluiten komt de rechtszekerheid niet ten goede.

“toezichthouder”, artikel 315, § 1, tweede lid, van het voorontwerp, het ontworpen artikel 11, § 2, *in fine*, in artikel 390 van het voorontwerp en het ontworpen artikel 49, tweede lid, *in fine*, in artikel 394 van het voorontwerp.

²⁷ Artikel 236, § 6, van het voorontwerp. Zie in verband met een verzoek “in voorkomend geval” van de FSMA, artikel 329, §§ 3, tweede lid, en 6, van het voorontwerp.

²⁸ Artikel 237 van het voorontwerp.

²⁹ Artikel 312, § 3, van het voorontwerp.

³⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 75, § 1, eerste lid, van het voorontwerp.

4. De definitie van “nauwe banden” die gegeven wordt in 27° bekrachtigt de betekenis van de term “band”, maar preciseert niet volgens welke criteria die band als “nauw” kan worden bestempeld.

5. In onderdeel 28° wordt het begrip “gekwaliceerde deelneming” gedefinieerd. In de tweede zin wordt, wat betreft de berekening van de stemrechten, verwezen naar de wet van 2 mei 2007 ‘op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een geregementeerde markt en houdende diverse bepalingen’³¹ en naar de uitvoeringsbesluiten daarvan, terwijl de derde zin bepaalt met welke stemrechten of aandelen geen rekening wordt gehouden bij de berekening. Aangezien die derde zin zich aandient als een normatieve afzwakking van de toepassing van die wet van 2 mei 2007, is het niet raadzaam hem op te nemen in een definitie die uit de aard der zaak niet het karakter heeft dat de bepaling daaraan aldus wil verlenen. De betreffende bepaling moet opgenomen worden in het eigenlijke dispositief van het voorontwerp.

Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 3, 30°.

6. Aangezien in het voorontwerp herhaaldelijk de term “AICB-beheerder” wordt gebruikt, zou het beter zijn die afkorting op te nemen in de definitie in onderdeel 37°.

7. In de Franse tekst van onderdeel 38° schrijve men “l’une au moins” in plaats van “l’une ou moins”.

8. In onderdeel 46° wordt het begrip “kritieke functies” gedefinieerd uitgaande van een aantal criteria, waaronder het criterium “vervangbaarheid” van de activiteiten waaraan bijzondere aandacht wordt besteed. In de commentaar bij deze bepaling wordt verwezen naar “de vervangbaarheid ervan op zeer korte termijn”. De vraag rijst of die “vervangbaarheid”, gelet op het technisch karakter van de materie, niet met voorbeelden zou kunnen worden verduidelijkt in de memorie van toelichting.

De term “vooral” in de Nederlandse tekst van de derde zin, stemt niet overeen met de uitdrukking “une attention particulière étant accordée à” in de Franse tekst. Die discrepantie moet worden verholpen.

9. De definitie van “strategische beslissing” in onderdeel 63° omvat zowel een “kwalitatieve” omschrijving van de kenmerken van een dergelijke beslissing als een opsomming waaruit blijkt op welke domeinen zulke beslissingen genomen worden. Het begrip laat, zoals het gedefinieerd is, evenwel niet toe te bepalen in welke mate de opsomming van de domeinen al dan niet limitatief is enerzijds, en anderzijds in welke mate, wat de opgesomde domeinen betreft, daarenboven aangetoond moet worden dat de beslissingen beantwoorden aan de kwalitatieve criteria. Bovendien is het niet duidelijk of de delegatie die verleend wordt aan de toezichthouder om nader te bepalen welke beslissingen als strategische beslissingen moeten worden beschouwd, hem toelaat individuele dan wel verordenende handelingen te stellen. In het laatste geval rijst de vraag of een dergelijke delegatie aanvaardbaar is en welke vorm zulk een precisering aanneemt

³¹ Dat opschrift moet volledig worden weergegeven in onderdeel 28°.

wanneer ze uitgaat van de Nationale Bank van België. Is het ten slotte denkbaar dat de wet de bevoegdheid om aan te geven welke beslissingen strategische beslissingen zijn, delegeert aan de Europese Centrale Bank (die ook onder de definitie van “toezichthoudende instantie” valt)?

10. In onderdeel 69° wordt verwezen naar een richtlijn die nog niet is aangenomen op Europees niveau. Aangezien daarmee vooruitgelopen wordt op de richtlijn, moet het begrip gedefinieerd worden op een wijze die aansluit bij het interne recht.

11. In het voorontwerp wordt gebruik gemaakt van het begrip “werkdagen”,³² dat geen algemeen aanvaarde juridische betekenis heeft. Ofwel behoort daarvan bijgevolg een definitie te worden gegeven in artikel 3, ofwel behoren alle termijnen in het voorontwerp in “dagen” te worden uitgedrukt en niet in “werkdagen” en te worden gepreciseerd dat, indien een termijn verstrijkt op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, deze verlengd wordt tot de eerstvolgende werkdag.³³

Artikel 6

De verwijzing naar artikel 84, § 1, in paragraaf 2 moet worden nagezien.

Artikel 9

De woorden “al dan niet stemrechtverlenende” zijn overbodig gezien de definitie van “gekwaliceerde deelneming” in artikel 3, 28°.

Artikel 10

1. Het zou beter zijn in het eerste lid de bepaling aan te vangen als volgt: “De Bank raadpleegt de FSMA vooraleer te beslissen over de vergunningsaanvraag van een instelling die hetzij...” (voorts zoals in het voorontwerp, met dien verstande dat aan het einde de woorden “raadpleegt de Bank, vooraleer te beslissen over de aanvraag, de FSMA” vervallen).

2. Bovendien moeten op de dertiende regel van hetzelfde lid de woorden “een instelling die” worden ingevoegd tussen de woorden “hetzij” en “onder de controle staat”.

³² Artikelen 47, 48, 52, 104, tweede lid, 114, § 2, tweede lid, 280, § 1, 1°, 299, § 1, 301, § 5, 313, § 1, tweede lid, 381 van het voorontwerp; ontworpen artikelen 47 en 48 (artikelen 392 en 393 van het voorontwerp); artikel 5 van bijlage I.

³³ In deze context moet het begrip “werkdag” begrepen worden als een dag die geen zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is. Zie bijvoorbeeld artikel 84, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State: “De werkdag is de dag die noch een zaterdag, noch een zondag, noch een feestdag is. De termijnen gaan in op de eerste werkdag na die van de inschrijving op de rol. De vervalldag is in de termijn begrepen. Is die dag geen werkdag, dan verstrijkt de termijn op de eerstvolgende werkdag.”

3. In de Franse tekst van het tweede lid moeten de woorden “, avant de se prononcer sur la demande,” ingevoegd worden tussen de woorden “la Banque consulte” en “les autorités compétentes de ces autres États membres”.

4. In de tekst worden de term “leiding” en de uitdrukking “bij de leiding betrokken personen” gebruikt om eenzelfde categorie personen te omschrijven die op hun geschiktheid worden beoordeeld. Om onduidelijkheid te voorkomen behoort een eenvormige terminologie te worden gehanteerd.

Artikel 11

Wat paragraaf 1, tweede lid betreft, is er een groot verschil tussen de termijn van veertien dagen te rekenen vanaf de ontvangst van het dossier dat overgezonden is door de Bank en de termijn van zes maanden na de ontvangst van de adviesaanvraag.

Dat moet worden toegelicht in de memorie van toelichting.

De term “vanwege” gebruikt in de Nederlandse tekst stemt overigens niet overeen met de uitdrukking “qui lui aura été transmis par la Banque”. Die discrepantie moet worden verholpen.

Artikel 12

1. In het eerste lid moeten de woorden “Afdeling II” vervangen worden door de woorden “hoofdstuk II”.

2. Artikel 15 van richtlijn 2013/36 voorziet in een termijn van zes maanden voor het “meedelen” van de weigering om de vergunning toe te kennen. Artikel 12 voorziet in een termijn van zes maanden voor het nemen van de beslissing en een extra termijn van vijftien dagen voor de kennisgeving ervan.

Artikel 12 van het voorontwerp moet in overeenstemming worden gebracht met de richtlijn.

Artikel 16

De vraag rijst of de woorden “met beperkte aansprakelijkheid” niet ingevoegd moeten worden tussen het woord “handelsvennootschap” en de woorden “, met uitzondering van”, want sommige vennootschappen die de rechtsvorm van een handelsvennootschap hebben aangenomen verlenen hun vennoten niet het voordeel van de beperkte aansprakelijkheid en vereisen derhalve geen minimumkapitaal (VOF, GCV, CVOA).

Artikel 18

In punt b) wordt verwezen naar de professionele betrouwbaarheid en de deskundigheid van de leiding bedoeld in artikel 19, terwijl het gaat om de beoordeling van de geschiktheid van de aandeelhouders of vennoten “(...) natuurlijke of rechtspersonen [bedoeld in artikel 9]”.

Artikel 20

1. Het bestaan van de opgesomde veroordelingen kan enkel worden afgeleid uit rechterlijke beslissingen die in kracht gewijsde zijn gegaan. Dat moet gepreciseerd worden in de voorliggende bepaling, die dienovereenkomstig moet worden herzien.

2. In paragraaf 1, 2°, moeten de woorden “tot een straf” worden ingevoegd vóór de woorden “wegens overtreding van”, gelet meer bepaald op paragraaf 2, die het enkel heeft over “straffen”.

3. Ook al is het equivalent van de artikelen 104 en 105 van de voornoemde wet van 22 maart 1993, die opgeheven worden bij het voorontwerp, artikel 348 van het voorontwerp en wordt die laatste bepaling genoemd in artikel 20, § 1, 2°, a) van het voorontwerp, dat neemt niet weg dat het niet-vermelden van die artikelen 104 en 105 in de lijst met strafbaarstellingsbepalingen die een beletsel vormen voor de uitoefening van de functie van lid van het wettelijk bestuursorgaan, tot gevolg zal hebben dat personen die op die basis veroordeeld zijn toch die functie kunnen uitoefenen, wat niet de bedoeling kan zijn. Er kan immers niet van uitgegaan worden dat die tekst bij analogie wordt geïnterpreteerd alsof hij wat dat betreft impliciet verwijst naar de artikelen 104 en 105 van de voornoemde wet van 22 maart 1993.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

Artikel 21

1. Om te voorkomen dat in paragraaf 1, 1°, de indruk wordt gewekt dat er sprake is van “een verdeling van de verantwoordelijkheden” wordt voorgesteld de eerste en de derde zin als volgt samen te voegen: “een passende beleidsstructuur die gebaseerd is op een passende functiescheiding en een duidelijk omschreven, transparante en coherente regeling voor de toewijzing van verantwoordelijkheden”. De tweede zin van onderdeel 1° kan behouden blijven.

2. Wat paragraaf 2 betreft, rijst de vraag hoe het “gedetailleerde”³⁴ karakter van de organisatorische regeling beoordeeld moet worden.

³⁴ In de Franse tekst wordt het woord “exhaustif” gebruikt. De termen moeten op elkaar worden afgestemd.

Artikel 24

1. In paragraaf 1, tweede zin, moeten, ter wille van de overeenstemming met artikel 524*bis* van het Wetboek van Vennootschappen, de woorden “de vaststelling van” worden geschrapt.

2. Het is beter in paragraaf 2 de volgende formulering te gebruiken (zie artikel 3, 45°): “De raad van bestuur bestaat voor het grootste deel uit niet-uitvoerende leden” of “Slechts een minderheid van de raad van bestuur is uitvoerend lid”.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25, § 2.

3. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of paragraaf 4 niet overbodig is, aangezien, indien het dagelijks bestuur bedoeld in artikel 525 van het Wetboek van Vennootschappen toevertrouwd wordt aan een lid van het wettelijk bestuursorgaan, dat lid, overeenkomstig de definitie vastgelegd in artikel 3, 45°, een uitvoerend lid wordt van het wettelijk bestuursorgaan.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 25, § 4.

Artikel 26

Luidens artikel 26 kan de toezichthouder, op grond van de omvang en het risicoprofiel van een kredietinstelling, die instelling toestaan geheel of gedeeltelijk af te wijken van de verplichtingen waarin de artikelen 24 en 25 voorzien.

In de commentaar bij de artikelen 24 en 25 staat het volgende:

“Het ontwerp van wet maakt de oprichting van een directiecomité binnen het wettelijk bestuursorgaan van de kredietinstellingen nu verplicht, ongeacht hun rechtsvorm. Deze verplichting geeft uitvoering aan één van de doelstellingen van de Richtlijn, namelijk de noodzaak om binnen het wettelijk bestuursorgaan een duidelijk onderscheid te maken tussen de toezicht- en controlefuncties van de instelling, enerzijds, en die van de effectieve leiding, anderzijds.”

De toezichthouder moet weliswaar, wanneer hij afwijkingen toestaat, het evenredigheidsbeginsel in acht nemen waarvan artikel 26 overigens, luidens de commentaar bij dat artikel, de concretisering is. Dat neemt niet weg dat de woorden “met name” moeten vervallen zodat de bevoegdheid van de toezichthouder wordt afgebakend. Aldus wordt het risico op eventuele niet-gerechtvaardigde verschillen tussen degenen voor wie de regel geldt, verminderd.

Artikel 27

De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom het wetsontwerp minder veeleisend is dan het Wetboek van Vennootschappen wat betreft de aanwezigheid van onafhankelijke

bestuurders in de remuneratiecomités. Artikel 526^{quater} van het Wetboek van Vennootschappen bepaalt immers:

“[...] Het remuneratiecomité is samengesteld uit een meerderheid van onafhankelijke bestuurders in de zin van artikel 526^{ter}, en beschikt over de nodige deskundigheid op het gebied van remuneratiebeleid.”

Bovendien behoort in een tweede lid te worden bepaald dat de voorzitter van het wettelijk bestuursorgaan of een ander niet-uitvoerend lid die comités voorziet (zie artikel 526^{quater}, § 3, van het Wetboek van Vennootschappen).

Artikel 28

In paragraaf 1 in wordt het minimumvereiste van artikel 526^{bis} van het Wetboek van Vennootschappen overgenomen met betrekking tot de deskundigheid van een lid van het auditcomité op het gebied van boekhouding en audit.

Aangezien het gaat om kredietinstellingen vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het niet geraten zou zijn te eisen dat alle leden van het auditcomité deskundig zijn op het gebied van boekhouding en audit. In dat geval behoren de woorden “collectieve” en “en/of minstens één lid van het auditcomité beschikt over deskundigheid op het gebied van boekhouding en audit” te vervallen.

Artikel 30

In paragraaf 1 zou in een eerste zin gesteld moeten worden dat “het remuneratiecomité over de nodige deskundigheid op het gebied van remuneratiebeleid beschikt” (zie artikel 526^{quater}, § 2, tweede lid, van het Wetboek van Vennootschappen).

Artikel 31

1. Voorgesteld wordt in de Franse tekst van paragraaf 2, eerste lid, het woord “taux de présence” te vervangen door het woord “assiduité”.
2. Voorgesteld wordt in het tweede lid de woorden “in de mate van het mogelijke doorlopend” te schrappen.

Artikel 35

De vraag rijst of de toekenning van een variabel loon aan de personen die belast zijn met de controlefuncties, zoals de steller van het voorontwerp in het vooruitzicht stelt, en de beoordeling van de prestaties die dat inhoudt, geen afbreuk kan doen aan hun onafhankelijkheid.

Artikel 36

1. In paragraaf 1 moeten de woorden “en verbonden agenten” worden toegevoegd na het woord “gevolmachtigden”, naar het voorbeeld van wat in artikel 41, § 1, eerste lid, staat.
2. Voorgesteld wordt in paragraaf 2 de taken en verantwoordelijkheden meer te personifiëren door het volgende te schrijven: “De personen die de compliancefunctie uitoefenen brengen minstens eenmaal per jaar verslag uit aan het wettelijk bestuursorgaan.”

Artikel 37

1. Voorgesteld wordt in paragraaf 2 de taken en verantwoordelijkheden meer te “personifiëren” door het volgende te schrijven: “De personen die de risicobeheerfunctie uitoefenen zorgen ervoor dat alle significante risico's worden gedetecteerd en gemeten en naar behoren worden gemeld. Ze zijn actief betrokken bij... (voorts zoals in het voorontwerp)”.
2. Het tweede lid van paragraaf 3 behoort, *in fine*, als volgt te worden gesteld:

“(...) mits er wat hem betreft geen belangenconflict bestaat.”

Artikel 38

Voorgesteld wordt de woorden “Indien nodig” te schrappen.

Artikel 51

Enerzijds moet ook paragraaf 4 van artikel 516 van het Wetboek van Vennootschappen worden vermeld en, anderzijds, moeten de woorden “alook alle of een deel van de beslissingen van een algemene vergadering die in de voornoemde gevallen zou zijn gehouden, nietig verklaren” vervallen.

Dat laat toe meer rekening te houden met het feit dat, overeenkomstig paragraaf 4 van artikel 516 van het Wetboek van Vennootschappen, de nietigheid van de betreffende beslissingen pas uitgesproken wordt wanneer, buiten de onwettig uitgeoefende stemrechten, het aanwezigheids- of meerderheidsquorum dat wettelijk vereist is voor de beslissingen ter algemene vergadering niet zou zijn bereikt (de zogenaamde “invloedtest” waarbij rekening wordt gehouden met de impact van de onregelmatigheid op de genomen beslissing – zie artikel 54).

Artikel 52

Aan het slot van het eerste lid schrijve men “binnen een termijn van tien werkdagen na de verwerving of de vergroting van de deelneming”, om rekening te houden met de twee gevallen die in dat lid aan de orde zijn”.

Artikel 54

1. Aanbevolen wordt het tweede lid op te splitsen in drie leden (opsplitsing na “de in het eerste lid, 2°, bedoelde aanmaning” en na “toegevoegd aan het voornoemde sekswester”).
2. De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom het huidige derde lid bepaalt dat alleen de Nationale Bank rechtsvorderingen tot nietigverklaring kan instellen en niet iedere belanghebbende.

Artikel 57

In paragraaf 3 behoort gepreciseerd te worden dat “het directiecomité en de personen belast met de effectieve leiding het wettelijk bestuursorgaan passende informatie verstrekken over ... (voorts zoals in het voorontwerp)”.

Artikel 60

De afdeling Wetgeving vraagt zich af, wat paragraaf 2 betreft, of het daadwerkelijk de bedoeling is van de wetgever alleen de benoeming van de personen genoemd in paragraaf 1 ter goedkeuring voor te leggen aan de toezichthouder en niet de hernieuwing of de niet-hernieuwing daarvan, of de afzetting of het ontslag van die personen.

Artikel 62

Paragraaf 4 schrijft voor dat “de mandatarissen van een vennootschap die worden benoemd op voordracht van de kredietinstelling, [...] leden van het directiecomité van de kredietinstelling [moeten] zijn, dan wel personen die door het directiecomité zijn aangewezen.”

In de commentaar bij die bepaling staat daarover het volgende:

“Indien er met toepassing van ontwerpartikel 26 geen directiecomité is, moet de bepaling uiteraard als volgt worden gelezen: de personen die ter vertegenwoordiging van de kredietinstelling zijn benoemd, moeten uitvoerende leden zijn van het wettelijk bestuursorgaan of personen die deelnemen aan de effectieve leiding.”

De vraag rijst of die laatste precisering niet in het dispositief moet staan.

Artikel 67

In het tweede lid moet het concept “hoge leiding” worden gepreciseerd.

In de Nederlandse tekst worden voor het Franse begrip “haute direction” twee verschillende termen gebruikt, namelijk “hoge leiding” en “hogere leiding”. Er behoort eenzelfde benaming te worden gehanteerd.

Artikel 69

In de voorliggende bepaling staat dat “[b]ijlage II van deze wet [...] er integraal deel van uitmaakt”.

Een dergelijke precisering is niet alleen overbodig, aangezien een loutere verwijzing naar de bijlage bij een wet voldoende is om deze daarvan deel uit te laten maken en daaraan dezelfde normatieve waarde te geven als de wet heeft, maar ze kan ook aanleiding geven tot problemen inzake de interpretatie of toepassing van de overige bepalingen van het voorontwerp die ook naar een bijlage verwijzen, maar niet die precisering bevatten; dat is bijvoorbeeld het geval voor de ontworpen artikelen 3, 29°, 14, 26, tweede lid, 2°, 57, § 5, 59, § 4, 63, 67, eerste lid, 68, 70, 71, 80, § 1^{er}, derde lid, 96, 100, tweede lid, 101, § 2, tweede lid, 141, § 2, tweede lid, 143, § 1^{er}, eerste lid, 144, § 1^{er}, 151, 3°, 170, § 2, 2°, 174, § 1^{er}, 2°, 190, § 1^{er}, eerste lid, 1°, en 335, § 1^{er}, 6°, van het voorontwerp, 158, § 2, in de artikelen 398, en 411 tot 413 van het voorontwerp.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 84.

Artikel 72

1. Voorgesteld wordt het eerste lid van de eerste paragraaf te splitsen na de woorden “die voor hun cliënteel gelden”, zodat de twee volgende zinnen een nieuw lid vormen.
2. De “termijn die het wettelijk bestuursorgaan in staat stelt zich ertegen te verzetten” moet gepreciseerd worden (één of twee weken).

Artikel 74

Het verdient aanbeveling in de commentaar bij het artikel het concept “de publieke opinie ten eigen bate beïnvloeden” nader te omschrijven.

Artikel 75

Het verdient aanbeveling in de commentaar bij het artikel het concept “marktaandeel”, gebruikt in paragraaf 3, nader te omschrijven.

Artikel 77

Naast de participaties, fusies, splitsingen en “overdrachten” vermeld in dit artikel, behoort in het eerste lid, 4°, ook melding te worden gemaakt van de “inbrengen”.

Artikel 78

Het tweede lid staat eraan in de weg dat de geldigheid of de tegenwerpbaarheid van een overdracht waarvoor de toezichthouder toestemming heeft verleend betwist wordt op basis van de pauliaanse vordering of van één van de in de faillissementswet vermelde gronden van niet-tegenwerpbaarheid in de verdachte periode.

Aldus voert de wet hier, zonder objectieve rechtvaardiging, een verschil in behandeling in tussen enerzijds de kredietinstellingen en anderzijds de overige ondernemingen (met inbegrip van de andere financiële instellingen). Er moet daarvoor een objectieve rechtvaardiging worden gegeven in de memorie van toelichting.

Artikel 101

In paragraaf 2, eerste lid, is er een discrepantie tussen de twee taalversies: in de Nederlandse versie moet het woord “niet” worden geschrapt.

Artikel 110

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk hoe de onderdelen 1° en 2° van paragraaf 3 zich onderling verhouden naargelang van wat het wettelijk bestuursorgaan al dan niet aangewezen acht in het licht van de omstandigheden.

Artikel 114

De termijn waarin paragraaf 2 voorziet moet gepreciseerd worden. Het eerste lid moet worden aangevuld door het aantal maanden op te geven te rekenen vanaf de datum van de vergunning.

Artikel 116

1. In paragraaf 2, tweede lid, 4°, behoort het concept “weerbaarheid” nader omschreven te worden.

2. Aangezien het beginsel van de verplichte uitdrukkelijke motivering krachtens de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ van toepassing is op alle bestuurlijke overheden, moeten de woorden “is gemotiveerd en” vervallen in het derde lid van paragraaf 2.

Artikelen 117 tot 133

Uit de commentaar bij die artikelen die hoofdstuk VIII betreffen (“Structuur van de werkzaamheden”) blijkt dat met die bepalingen één van de aanbevelingen van het eindrapport opgemaakt door de Nationale Bank van België in juli 2013, wordt geconcretiseerd. Maar volgens diezelfde commentaar blijkt dat ze ook vooruitlopen “op het voorstel van [richtlijn] [verordening] dat de Europese Commissie op [...] heeft voorgelegd, [en (...) daarmee niet in tegenspraak zijn].”

De afdeling Wetgeving van de Raad van State kent die voorstellen van Europese regelgeving niet en kan dus niet nagaan of, zoals de commentaar bij het artikel laat uitschijnen, er geen tegenspraak is tussen de ontworpen bepalingen en die voorstellen van regelgeving. Die oefening zou hoe dan ook niet voor hand liggend geweest zijn aangezien België, vermits die Europese teksten nog niet aangenomen zijn, nog geenszins verplicht is ze correct om te zetten of ze uit te voeren.

De werkwijze waarvoor de steller van het voorontwerp heeft gekozen houdt automatisch beperkingen in, aangezien ze hem verplicht de Koning te machtigen om de bepalingen van dat hoofdstuk VIII aan te passen aan de Europese regelgeving ter zake zodra die is goedgekeurd, wat hij doet in artikel 133.

De methode waarbij de uitvoerende macht gemachtigd wordt om de leemtes op te vullen en zelfs de regeling aan te passen aan de Europese regelgeving, belet het parlement zijn natuurlijke rol te spelen in een dermate belangrijke aangelegenheid als “het belang van de bescherming van de deposanten”.

Hoe dan ook, deze werkwijze is moeilijk verenigbaar met de bedoeling die de steller van het voorontwerp weergeeft in de memorie van toelichting, namelijk, onder meer “de regeling in haar geheel op wetgevingsniveau te plaatsen, zodat, enerzijds, de rol van het Parlement wordt bevorderd, waardoor herhaalde machtigingen aan de Koning over meer technische maar soms toch gevoelige materies worden vermeden (...)”.³⁵

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* voor de artikelen 255, § 2, en 311 van het voorontwerp.

Boek II, titel II, hoofdstuk VIII

De artikelen 117 en 118 vallen buiten de indeling van hoofdstuk VIII in afdelingen.

³⁵ Wat dat betreft, wordt erop gewezen dat dit soort machtigingen in principe slechts aanvaardbaar is wanneer er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waardoor het voor de wetgever onmogelijk is zelf de betreffende omzettingen uit te voeren omdat de parlementaire procedure hem belet dat met de vereiste spoed te doen. Mocht artikel 133, nadat het opnieuw is onderzocht in het licht van deze opmerking, behouden blijven, behoort een uiterste datum te worden vastgesteld voor de aanwending van die bevoegdheden. Dezelfde opmerking, zowel wat betreft het uitzonderlijke karakter van de toekenning van zulke bevoegdheden aan de Koning als wat betreft het vereiste om zulk een uiterste datum vast te stellen, geldt *mutatis mutandis* voor de artikelen 255, § 2, 311 en 386 tot 388 van het voorontwerp.

Die artikelen moeten afdeling I van dat hoofdstuk worden en de nummering van de huidige afdelingen I en II behoort dienovereenkomstig te worden aangepast.

Artikel 118

In paragraaf 1, 1°, van de Nederlandse tekst van het voorontwerp wordt een definitie gegeven van de term “handel voor eigen rekening” maar vervolgens wordt systematisch de term “handelsactiviteit voor eigen rekening” gebezigd.

Artikel 119

De vraag rijst in hoeverre in het licht van het stelsel van het Europees paspoort bij de Belgische wet aan een instelling naar Belgisch recht verboden kan worden een handelsactiviteit voor eigen rekening te ontplooiën “via buitenlandse dochterondernemingen”.

Als de buitenlandse dochteronderneming een kredietinstelling is waarvoor het principe van de *home country control* geldt, is het vaststellen van de activiteiten die ze mag ontwikkelen in principe een bevoegdheid van dat land. Zulks neemt niet weg dat het Belgisch recht de verwerving van elke buitenlandse onderneming kan verbieden wanneer deze handelsactiviteiten voor eigen rekening ontwikkelt. In voorkomend geval dient de reikwijdte van deze bepaling verduidelijkt te worden in de commentaar bij dat artikel.

Artikel 120

Zou het ter wille van de duidelijkheid niet beter zijn om de gelijkstelling die in deze bepaling vervat is, op te nemen in de definitie van de “handel voor eigen rekening” die in artikel 118, § 1, 1°, wordt gegeven?

Artikel 121

Volgens paragraaf 1, 5°, kan op basis van het oogmerk om financiële instrumenten duurzaam aan te houden worden besloten dat de activiteit voor eigen rekening geen deel uitmaakt van de “handelsportefeuille” (zie artikel 118, § 1, 1°) en bijgevolg geen uitzondering vormt op het principiële verbod dat in artikel 119 wordt gesteld.

Artikelen 121 tot 123

Er zou verduidelijkt moeten worden wat het onderlinge verband is tussen de regels die in deze bepalingen vervat zijn.

Enerzijds volgt uit artikel 121, § 2, dat bepaalde activiteiten voor eigen rekening alleen toegestaan zijn voor zover ze binnen de risicolimieten blijven die bepaald worden krachtens artikel 122. Anderzijds wordt de overschrijding van die risicolimieten volgens

artikel 123 niet beschouwd als een “verboden” handelsactiviteit wanneer de marktrisico's die aan die activiteiten verbonden zijn de drempel qua eigen vermogen bepaald in artikel 123, § 2, overschrijden.

De memorie van toelichting lijkt aan te geven dat in artikel 123 als beginsel wordt bepaald dat een “globale reservemarge” moet worden aangehouden voor alle toegestane handelsactiviteiten voor eigen rekening waarvoor de kredietinstelling er niet in slaagt aan te tonen dat ze aan de risicolimieten voldoen.

In het dispositief dient verduidelijkt te worden hoe die onderscheiden bepalingen zich tot elkaar verhouden.

Artikel 123

1. Wat paragraaf 2, tweede lid, betreft, kan moeilijk worden geoordeeld of een verbodsbepaling niet overdreven is wanneer de ratio waarop dat verbod steunt blijkbaar nog niet gekozen is door de steller van het voorontwerp, die een marge laat van [X (tussen 0 en 2,5 %)].
2. Het zou zinvol zijn in de commentaar bij dit artikel uit te leggen welke criteria gelden voor de “mogelijkheid voor de kredietinstelling om haar ondersteunende rol voor de reële economie te spelen” waarvan sprake is in paragraaf 2, derde lid.

Artikelen 128 en volgende

Bij het voorontwerp wordt het begrip “handelsentiteit” ingevoerd zonder daarvan een definitie te geven.

Zo lijkt artikel 128 te gelden voor elke handelsentiteit (net zoals artikel 131), zelfs als ze niet verbonden is aan een kredietinstelling (zoals het geval is in artikel 129 van het voorontwerp).

Overigens wordt in de memorie van toelichting de indruk gewekt dat elke “trading-entiteit” een beursvennootschap is³⁶, terwijl artikel 126, § 2, blijkbaar alleen aan vennootschappen die met een kredietinstelling verbonden zijn de verplichting van normatieve aard oplegt in het bezit te zijn van een vergunning als beursvennootschap.

In dit verband dient te worden verwezen naar artikel 44 van de wet van 6 april 1995 ‘inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen’, waarin de beleggingsondernemingen – waarvan de beursvennootschappen een subcategorie vormen – gedefinieerd worden als ondernemingen “waarvan het gewone bedrijf bestaat in het beroepsmatig

³⁶ Volgens de traditionele rechtsopvatting worden bij artikel 46 van de wet van 6 april 1995 ‘inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen’ beschouwd als beleggingsondernemingen (waarvan de beursvennootschappen een subcategorie vormen) de ondernemingen die beroepsmatig beleggingsdiensten verrichten “voor derden”. Bijgevolg is een handelsactiviteit voor eigen rekening op zich geen beleggingsdienst; ze is dat alleen wanneer ze uitgeoefend wordt voor derden (bijvoorbeeld *marketmaker*).

verrichten of aanbieden van een of meer beleggingsdiensten voor derden en/of het uitoefenen van een of meer beleggingsactiviteiten”. Het begrip “beleggingsdiensten en –activiteiten” dekt volgens artikel 46 van dezelfde wet “het handelen voor eigen rekening” (artikel 46, 1°, 3). Als het de bedoeling van de wetgever is elke “handelsentiteit” te onderwerpen aan het statuut van beleggingsvennootschap zoals dat geregeld is in de voornoemde wet van 6 april 1995, zelfs wanneer die activiteit niet “voor derden” wordt uitgeoefend, dient het toepassingsgebied van die wet beter afgestemd te worden op de ontworpen bepalingen, in het bijzonder door in artikel 44 van de voormelde wet van 6 april 1995 de woorden “voor derden” te schrappen. Als aldus te werk wordt gegaan, zal elke handelsentiteit waarvan sprake is in artikel 128 van het voorliggende voorontwerp bestempeld worden als “beleggingsonderneming” in de zin van de voormelde wet van 6 april 1995 wanneer ze die bedrijvigheid gewoonlijk uitoefent, wat met zich brengt dat ze krachtens artikel 47 over een vergunning als beursvennootschap zou moeten beschikken.

Artikel 141

In paragraaf 3 van het voorliggende artikel 141 wordt de inhoud van het toezichtsprogramma alleen bepaald in het stadium van de eventuele wijziging ervan, terwijl volgens de bewoordingen van artikel 99, lid 3, van richtlijn 2013/36/EU, waarvan die paragraaf de omzetting beoogt, de inhoud van het programma wordt bepaald zodra dat programma goedgekeurd is.

De inleidende zin van artikel 99, lid 3, van de richtlijn luidt immers als volgt:

“Indien zulks krachtens artikel 97 passend wordt geacht, worden, indien nodig, met name de volgende maatregelen genomen:”.

Artikel 141, § 3, van het voorontwerp behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 159

In de Franse tekst zou de uitdrukking “fait tout ce qui est en son pouvoir” beter vervangen worden door de uitdrukking “met tout en œuvre”, die meer in overeenstemming is met de Nederlandse tekst.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 174.

Artikel 161

1. In de Franse tekst van paragraaf 1, eerste zin, moeten de woorden “et préside” worden weggelaten, zowel om de redundantie ten opzichte van de woorden “présidé par elle” te voorkomen als ter wille van de overeenstemming met de Nederlandse tekst.

2. In paragraaf 3 dient het woord “volledig” te vervallen.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 178, § 5.

Artikel 202

Artikel 202, eerste lid, *in fine*, luidt als volgt:

“Zij (de relevante bevoegde autoriteiten) nemen hun beslissing, rekening houdend met de doelstellingen van het aanvullende conglomeraatstoezicht als bepaald in deze afdeling en houden daarbij rekening met de internationale principes inzake aanvullend conglomeraatstoezicht.”

Hoofdstuk IV, waarin deze bepaling is ondergebracht, strekt onder andere tot regeling van het aanvullend conglomeraatstoezicht, niet alleen met het oog op de omzetting van richtlijn FICOD I maar ook, volgens de commentaar die aan dat hoofdstuk gewijd is, om te anticiperen op de fundamentele herziening van de Richtlijn Financiële Conglomeraten FICOD II op basis van de principes die voortkomen uit het *Joint Forum*.³⁷

Die tweede doelstelling is voor België vandaag de dag weliswaar geenszins een verplichting maar, doordat de steller van het voorontwerp het initiatief neemt die principes te concretiseren in de wet, dient hij meer te doen dan ze louter voor te stellen als “*soft law*”. Bijgevolg is de uitdrukking “rekening houden met”, die in artikel 202 van het voorontwerp gebezigd wordt, niet geschikt en is de loutere verwijzing naar “de internationale principes inzake aanvullend conglomeraatstoezicht” geen voldoende garantie voor de werkzaamheid van de rechtsregel en dus voor de rechtszekerheid.

De bepaling dient te worden herzien.

Artikel 205

1. In paragraaf 1 dienen de woorden “het algemeen geldende vennootschapsrecht” te worden vervangen door de woorden “het Wetboek van Vennootschappen en de uitvoeringsbesluiten ervan”.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 206.

2. In verband met de Franse tekst van paragraaf 2, tweede lid, vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het begrip “*entreprise mère*”, waarmee in het eerste lid wordt gewerkt, niet in de plaats moet komen van het begrip “*société mère*”, dat tevoren niet gebezigd of gedefinieerd is. Aldus zal ook voor de overeenstemming met de Nederlandse versie van de tekst gezorgd worden.

³⁷ Zie de commentaar bij het hoofdstuk in kwestie, pp. 184 en 185.

Artikel 215

De reikwijdte van de termen “beperkingen van privaatrechtelijke aard” zou verduidelijkt moeten worden, aangezien uitdrukkelijk bepaald wordt dat die beperkingen niet aangevoerd kunnen worden als reden waarom tussen de ondernemingen waarop de bepaling betrekking heeft geen onderlinge uitwisseling van inlichtingen mogelijk is geweest.

Boek II, titel IV (“Afwikkelingsplannen”)

Titel IV van boek II voorziet in het optreden van de “resolutieautoriteit”, van welke autoriteit in artikel 3, 52°, van het voorontwerp, de volgende definitie wordt gegeven: “het Afwikkelingscollege van de (Nationale) Bank (van België) bedoeld in artikel 21^{ter} van de wet van 22 februari 1998”.

Die bepaling is evenwel nog niet in die wet ingevoerd.

De steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat die bepaling en titel IV van boek II van het voorliggende voorontwerp op zijn minst gelijktijdig in werking treden.

Artikel 220

Het tweede lid wekt de indruk dat, volgens de steller van het voorontwerp, alleen naamloze vennootschappen verplicht zijn een commissaris te benoemen.

Krachtens de artikelen 141 en 142 van het Wetboek van Vennootschappen zijn de enige vennootschappen die er niet toe gehouden zijn de controle op hun financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen aan een commissaris op te dragen evenwel de vennootschappen onder firma, de gewone commanditaire vennootschappen en de cvoa's waarvan alle onbeperkt aansprakelijke vennoten natuurlijke personen zijn, de niet genoteerde “kleine” vennootschappen in de zin van artikel 15, de esv's waarvan geen enkel lid onderworpen is aan de controle door een commissaris en de landbouwvennootschappen.

Dit lid behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikelen 230 tot 232

Uit de memorie van toelichting volgt blijkbaar dat de artikelen 231 en 232 deel uitmaken van afdeling II van hoofdstuk II.

Het opschrift van die afdeling, dat op artikel 232 volgt en waaronder geen enkel artikel vermeld staat, moet dus blijkbaar ingevoegd worden tussen de artikelen 230 en 231.

Boek II, titels V en VI

Logischerwijze zouden titel V (“Intrekking van de vergunning”) en titel VI (“Herstelmaatregelen”) van boek II blijkbaar in omgekeerde volgorde moeten voorkomen.

Boek II, titel VII

Titel VII van boek II, welke titel betrekking heeft op de federaties van kredietinstellingen, staat tussen titel VI, die gewijd is aan de herstelmaatregelen, en titel VIII, die betrekking heeft op de afwikkeling van kredietinstellingen.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of de tekst niet anders gestructureerd dient te worden.

Artikelen 240 en 241

De vraag rijst waarom een bijzonder statuut wordt verleend aan Crelan nv, ontstaan uit de fusie tussen het Landbouwkrediet en Centea. Zoals in de commentaar bij de artikelen 240 en 241 wordt aangegeven, is die bepaling weliswaar reeds vervat in de artikelen 61*bis* en 61*ter* van de wet van 22 maart 1993. Zelfs indien die bepaling om historische redenen gehandhaafd wordt, moeten die redenen uitdrukkelijk vermeld worden in de commentaar bij die artikelen, met dien verstande dat ze niet mogen leiden tot een verschillende behandeling die niet verantwoord zou kunnen worden in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Artikel 242

In de bepaling onder 15° dient aangegeven te worden of met “rechtbank” bedoeld wordt de rechtbank van eerste aanleg te Brussel dan wel de rechtbank van koophandel van dat arrondissement.

Artikel 299

De steller van het voorontwerp dient nog de termijn te bepalen waarbinnen de voorzitter van de rechtbank de dag en het uur van de rechtszitting vaststelt: drie ofwel vijf werkdagen na de indiening van het verzoekschrift.

Artikel 341 en volgende

De artikelen 341 en volgende betreffen de “vertegenwoordigingsbureaus”. Het zou raadzaam zijn dat begrip te definiëren in artikel 3 van het voorontwerp, naar het voorbeeld van de in artikel 3, 64°, gegeven definitie van het begrip “bijkantoor”.

Artikelen 347 en 348

1. De aan de Raad van State overgezonden versie is onvolledig voor wat betreft artikel 347, § 4, a) tot h), en artikel 348, § 1, 1° tot 8° en 10° tot 14°. Het is niet mogelijk geweest om die bepalingen op nuttige wijze te onderzoeken.

2. Inzonderheid gelet op de bijzonder ruim gestelde tekst van artikel 347, § 1, dat voorziet in de mogelijkheid voor de Nationale Bank om administratieve geldboetes op te leggen “indien zij een inbreuk vaststelt op de bepalingen van deze wet, op de maatregelen genomen in uitvoering ervan of op Verordening nr. 575/2013 of indien zij een inbreuk vaststelt op de bepalingen van Titel II van Verordening (EU) Nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters”, blijkt evenwel uit de artikelen 347 en 348 dat de tenlasteleggingen in strafzaken ook betrekking kunnen hebben op gedragingen waarvoor administratieve sancties kunnen worden opgelegd die kunnen worden aangezien als strafrechtelijke sancties in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de mens en artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag ‘inzake burgerrechten en politieke rechten’.

Wat het cumuleren van die twee types sancties betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerking nr. 1 van advies 52.870/2, op 5 maart 2013 verstrekt, over een voorontwerp dat geleid heeft tot 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 gesteld wordt:

“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 procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit'³⁸. 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 rijzen³⁹.

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 straf⁴⁰, 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 feiten⁴¹.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd⁴²⁻⁴³, 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, teruggeslagen 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'⁴⁴.

³⁸ 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, blz. 521.

³⁹ Voetnoot 6 van het geciteerde advies: Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Parl.St. Kamer, 2001-02, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

⁴⁰ Voetnoot 7 van het geciteerde advies: Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, Gradinger tegen Oostenrijk, 23 oktober 1995.

⁴¹ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: Voetnoot 15 van het geciteerde advies: EHRM, Oliveira tegen Zwitserland, 30 juli 1998.

⁴² 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, blz. 866 tot 881.

⁴³ 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).

⁴⁴ 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.

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 73⁴⁵ 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 strafvervolging kan worden ingesteld.⁴⁶

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

⁴⁵ 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).

⁴⁶ 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.

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'.⁴⁷

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'.^{48,49}

Artikel 348

Uit het leesbare⁵⁰ deel van artikel 348, § 1, 12°, van het voorontwerp lijkt te volgen dat die bepaling strekt tot het strafbaar stellen van het verhinderen van de inspectie-, controle- en toezichtmaatregelen, waarin het voorontwerp voorziet.

⁴⁷ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 36.

⁴⁸ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: HvJ EU, GK, 26 februari 2013, C-617/10, Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson.

⁴⁹ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2872/1, 106 tot 118; in dezelfde zin, advies 54.963/2, op 22 januari 2014 verstrekt 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', opmerking onder de artikelen 39 en 40. In de memorie van toelichting bij het voorliggende voorontwerp wordt slechts gezinspeeld op het beginsel *ne bis in idem* (p. 47).

⁵⁰ Zie hoger opmerking nr. 1 onder de artikelen 347 en 348.

Die strafbaarstelling is enkel mogelijk binnen de grenzen die vastgelegd zijn door zowel de Belgische als door de Europese rechtspraak met betrekking tot het recht om het stilzwijgen te bewaren en het recht om zichzelf niet in beschuldiging te stellen.⁵¹

Artikelen 386 tot 388

Op grond van artikel 388 kunnen de krachtens de twee voorafgaande bepalingen genomen koninklijke besluiten “de van kracht zijnde wettelijke bepalingen wijzigen, aanvullen, vervangen of opheffen”.

Dergelijke machtigingen zijn in principe enkel toelaatbaar als er uitzonderlijke omstandigheden bestaan, met name wanneer de wetgever in de onmogelijkheid verkeert om zelf de beoogde bepalingen aan te nemen omdat de naleving van de parlementaire procedure het hem niet mogelijk zou maken te handelen met de daartoe wenselijke spoed.

Als de artikelen 386 tot 388 behouden blijven, zou in artikel 388 een einddatum dienen te worden vastgesteld voor het uitoefenen van die bevoegdheden door de Koning.

Artikelen 397 tot 399

Aangezien de inwerkingtreding van deze bepalingen afhankelijk wordt gesteld van de vaststelling van een gedelegeerde handeling genomen door de Europese Commissie, zou het raadzaam zijn te voorzien in de verplichting om in het *Belgisch Staatsblad* een bericht bekend te maken om de adressaten van die regels op de hoogte te brengen van de datum van inwerkingtreding ervan.

Artikel 407

De bepaling in paragraaf 1 zou niet tot gevolg mogen hebben dat de op basis van de ontworpen wet voortaan bevoegde overheden verzocht zouden worden de wijzigings- of opheffingsbepalingen niet goed te keuren die zouden zijn vereist door het feit dat de handelingen gesteld door de Koning, de Nationale Bank van België en de overige instellingen die op basis van de wet van 22 maart 1993 handelingen van reglementaire aard hebben gesteld, onverenigbaar zouden zijn geworden met het voorontwerp.

⁵¹ Zie in dezelfde zin inzonderheid advies 33.832/1, op 6 maart 2003 verstrekt, over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 30 april 2004 ‘tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn’, afgekort als ‘Decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht’ (*Parl.St.* VI.Parl 2002-03, nr. 1812/1); advies 40.352/1, op 15 juni 2006 verstrekt over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van het Sociaal Strafwetboek’, opmerking onder artikel 212 van het voorontwerp, dat artikel 209 van het Sociaal Strafwetboek is geworden (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-3059/001, 527); de memorie van toelichting van het ontwerp dat geleid heeft tot de voornoemde wet van 6 juni 2010, bespreking van artikel 213, dat artikel 209 van het Sociaal Strafwetboek is geworden, inzonderheid de verwijzingen naar de rechtsleer en de rechtspraak (*ibid.*, 295 en 296).

Bijlage I

Artikel 1

In paragraaf 3 zou de strekking van de term “probleemkredieten” dienen te worden verduidelijkt.

Bijlage II

Artikel 7

Er zou dienen te worden verduidelijkt dat de “betaling” van een deel van minstens 40 % van de variabele beloning wordt uitgesteld.

Artikel 12

Hoewel bijlage 2, die gewijd is aan het beloningsbeleid, alle personeelsleden betreft (cf. het gebruik van de woorden “elke persoon” in artikel 1), laat het zich aanzien dat het toepassingsgebied *ratione personae* van artikel 12, inzake de beperking van de vertrek- en indiensttredingsvergoedingen, moet worden beperkt tot de leden van het wettelijk bestuursorgaan en de personen die deelnemen aan de effectieve leiding, zoals bedoeld in artikel 15, tweede lid (zie de woorden “Onverminderd het Wetboek van Vennootschappen” en de verwijzing naar artikel 554 van hetzelfde Wetboek).

Als dat wel degelijk het geval is, dient dat te worden verduidelijkt.

Bijlage III

Artikel 1

In de bepaling onder 3° dient in de Franse tekst het woord “par” te worden geschrapt.

Artikel 11

Enerzijds wordt in de bepalingen onder 5°, 6° en 7° gewag gemaakt van overleg met een “vertegenwoordiger van de houders van Belgische *covered bonds*”, terwijl volgens artikel 14, § 2, de aanwijzing van zo een vertegenwoordiger facultatief lijkt.

Anderzijds, wordt in de bepaling onder 7° de gedeeltelijke of volledige vereffening van het bijzonder vermogen en de vervroegde terugbetaling afhankelijk gesteld van de goedkeuring door “een algemene vergadering van de houders van de betrokken Belgische *covered bond*” zonder dat daarbij verduidelijkt wordt hoe zo een algemene vergadering bijeengeroepen en georganiseerd wordt. De verwijzing in artikel 14, § 1, naar de artikelen 568 tot

580 van het Wetboek van vennootschappen, betreffende de algemene vergaderingen van obligatiehouders, biedt slechts een impliciet antwoord op die vraag.

Artikel 14

Hoewel het eerste lid van paragraaf 2 laat uitschijnen dat de aanstelling van een vertegenwoordiger “[v]oor de houders van Belgische *covered bonds* die deel uitmaken van dezelfde uitgifte” facultatief is, wordt in het derde lid gesteld dat de herroeping van de aanstelling van zo een vertegenwoordiger enkel mogelijk is als de algemene vergadering van de houders van Belgische *covered bonds* tegelijkertijd overgaat tot de aanstelling van een of meer andere vertegenwoordigers.

Daarin schuilt een contradictie, die zou moeten worden weggewerkt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT – DE EERSTE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Yves KREINS