



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 54.990/2
du 27 janvier 2014

advies 54.990/2
van 27 januari 2014

sur

over

un avant-projet de loi 'relative
aux organismes de placement
collectif alternatifs et à leurs
gestionnaires'

een voorontwerp van wet
'betreffende de alternatieve
instellingen voor collectieve
belegging en hun beheerders'

Le 6 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 aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires'.

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 Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Alain LEFEBVRE, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 janvier 2014.

*

Op 6 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 'betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders'.

Het voorontwerp 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 Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Alain LEFEBVRE, eerste auditeur.

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

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, 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.

FORMALITÉ PRÉALABLE

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 la loi du 15 décembre 2013.

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

OBSERVATION PRÉALABLE

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 plusieurs instruments de droit européen, l'articulation entre certains d'entre eux devant en outre être assurée ; une partie des dispositions de l'avant-projet, spécialement celles qui concernent les gestionnaires « de petite taille » des fonds d'investissements alternatifs commercialisés auprès du public, s'inspire pour l'essentiel de la directive 2011/61/UE ³ sans pourtant que cette directive leur soit applicable.

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 dans un autre. Il en va *a fortiori* de même pour ce qui concerne la cohérence interne de

¹ Voir l'article 12 de cette loi.

² Voir l'article 6, § 1^{er}, de la loi 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 Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 (dite « directive AIFM ») (ci-après, la directive).

⁴ Voir plus haut.

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. Le tableau de correspondance concernant la transposition de la directive était joint à la demande d'avis.

Les tableaux de correspondance concernant la transposition des quatre autres directives que le projet transpose partiellement ont été communiqués par le fonctionnaire délégué.

Ces tableaux devront être joints au projet déposé au Parlement.

1.2. L'article 205 de l'avant-projet dispose que la société d'investissement doit avoir son siège statutaire et son administration centrale en Belgique.

Dans l'avis 50.141/ 2 donné le 21 septembre 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 3 août 2012 'relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement', la section de législation avait fait l'observation suivante :

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

L'auteur de l'avant-projet justifie 'cette différence de traitement' par le fait que les garanties mises en place par la directive ne sont pas applicables de sorte que procéder autrement porterait préjudice à l'impératif de protection des investisseurs ⁵.

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

En l'espèce, l'exposé des motifs ne donne aucune justification ; une observation similaire peut *a fortiori* être faite dans l'avant-projet.

2.1. En ce qui concerne les délégations de compétence au Roi contenues dans l'avant-projet, il y a lieu de rappeler les principes qui régissent les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ⁶. Conformément à ces principes, les choix politiques essentiels doivent être fixés par le pouvoir législatif mais le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé au pouvoir exécutif.

⁵ Note de bas de page 13 de l'avis cité : Exposé des motifs, pp. 30, 31 et 34.

⁶ Voir l'avis 50.141/2 donné le 21 septembre 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 3 août 2012 'relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement'.

Les délégations qui autorisent le Roi à compléter des conditions figurant dans l'avant-projet ou à prévoir des exigences supplémentaires ne répondent pas à cette condition. Il en va de même de celles qui accordent un pouvoir trop important au Roi. Tel est le cas, notamment, des délégations contenues aux articles 51, § 3, 3°, a), 164, 204, 209, § 1^{er}, 2°, alinéa 2, 210, § 2, 289, 302, 319, § 1^{er}, 2°, 344, § 5, alinéa 3, b), de l'avant-projet et des articles 271/15, alinéa 2, et 271/16 en projet à l'article 477 de la loi du 3 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'. *A fortiori*, l'habilitation faite à la FSMA, à l'article 344, § 7, n'est pas admissible (délégation à la FSMA d'autoriser des dérogations aux arrêtés et règlements pris en vertu du présent article).

2.2. Certaines dispositions de l'avant-projet habilitent le Roi à déroger à des lois existantes. Tel est le cas notamment des articles 246 et 252 de l'avant-projet.

À ce sujet, il est renvoyé à l'observation formulée sous les articles 386 à 388 de l'avis 54.982/2 donné ce jour sur l'avant-projet de loi 'relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit'.

2.3. À l'article 68, § 2, alinéa 2, il y a lieu d'habiliter uniquement le Roi et non le Roi ou la FSMA. La même observation vaut, notamment, pour les articles 116, § 2, alinéa 2, 122, alinéa 2, 126, § 3, alinéa 2, 133, § 2, alinéa 2, 149, alinéa 3, 155, alinéa 3, 162, alinéa 3, 172, § 2, alinéa 2, et 179, § 2, alinéa 2, de l'avant-projet.

3. Les articles 361, dernier alinéa, et 364, § 1^{er}, alinéa 2, de l'avant-projet prévoient l'audition de la personne concernée par la FSMA avant que celle-ci ne prenne une mesure d'astreinte.

Les autres dispositions similaires que comporte la partie V « (Contrôle) » de l'avant-projet n'énoncent pas une même garantie.

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

La section de législation a par ailleurs fréquemment souligné que la procédure menant à l'adoption d'une mesure grave doit revêtir un caractère contradictoire et équitable. Il s'impose donc que la personne contre laquelle il est envisagé d'adopter une mesure grave soit informée de la nature de la mesure qu'il est envisagé d'adopter, ainsi que des motifs qui justifient celle-ci. Sauf circonstances particulières dûment établies, il convient aussi que la personne puisse avoir accès au dossier complet dans un délai raisonnable lui permettant de préparer utilement ses observations, et qu'elle ait la possibilité de donner préalablement son point de vue sur les faits qui lui sont reprochés.

Ces règles, qui traduisent le principe « *audi alteram partem* », ne doivent pas être expressément inscrites dans le texte du projet⁷ mais le fait que certaines de ses dispositions le prévoient tandis que d'autres ne le font pas, est susceptible de créer la confusion quant au respect de ce principe.

Dès lors, de deux choses l'une : ou le principe est garanti de manière expresse dans toutes les dispositions où son respect est requis, ou il ne l'est dans aucune étant entendu qu'en tout état de cause, il s'impose même en l'absence de dispositions expresses.

4. L'article 364 de l'avant-projet dispose que la FSMA peut infliger des astreintes et des sanctions administratives.

Il est renvoyé à cet égard à l'observation particulière formulée, sous les articles 347 et 348, dans l'avis 54.982/2 précité.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

1. Au 31°, il n'y a pas lieu d'insérer, dans une définition, une disposition à caractère normatif. Or habiliter le Roi à étendre ou restreindre la notion d'« investisseur éligible » a un effet normatif. Cette disposition sera dès lors insérée dans le dispositif proprement dit du projet.

2. Au 45°, il y a lieu, comme le fait la directive, d'utiliser l'expression « OPCA nourricier » et non « feeder ».

3. Au 46°, il y a lieu, dans la version française, comme le fait la directive, d'utiliser l'expression « maître » et non « master ».

4. Au 51°, dans un souci de sécurité juridique, la définition de l'« intéressement aux plus-values » gagnerait à être rédigée plus clairement.

5. Au 56°, il est renvoyé à l'observation particulière formulée sous l'article 3, 28° dans l'avis 54.982/2 précité.

6. Aux 67° et 68°, le même terme, à savoir celui d'« autorités de surveillance », donne lieu à deux définitions, selon qu'il s'agit d'OPCA de pays tiers ou de gestionnaires d'OPCA établis dans un pays tiers. Il convient de distinguer clairement les deux notions.

⁷ Voir à cet égard, le commentaire des articles 327 à 329 de l'avant-projet de loi 'relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit' sur lequel la section de la législation du Conseil d'État a donné, ce jour, l'avis 54.982/2.

Article 10

Le paragraphe 1^{er}, 2°, débute par les mots « dans la mesure prévue par les articles 134 et suivants ».

L'article 134 dispose que

« [l]e présent chapitre s'applique aux gestionnaires établis dans un pays tiers pour lesquels la Belgique est l'État membre de référence ».

La suite du paragraphe 1^{er}, 2°, contient cependant déjà les mots « et dont la Belgique est l'État membre de référence ».

Il est donc suggéré de supprimer les mots « dans la mesure prévue par les articles 134 et suivants » et d'écrire ensuite « et dont la Belgique est l'État membre de référence au sens de l'article 135 ».

Article 11

Le paragraphe 3, 4°, ne reprend pas, *in fine*, les mots « ou inversement » qui figurent dans la directive.

Article 12

1. Plutôt que de renvoyer à la directive 2009/65/CE du parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières, il convient de se référer aux dispositions de droit interne qui la transposent.

2. Par rapport à l'article 6, § 8, de la directive, les mots « ou placer ces parts ou actions auprès d'investisseurs établis dans l'Union » ne figurent pas à l'article 12.

Article 26

À l'alinéa 2, il y a lieu de mentionner, conformément aux termes de la directive, de « solides » procédures administratives et comptables et non de « robustes » procédures administratives et comptables.

Article 35

Mieux vaut renvoyer à l'article 11, § 2, alinéa 3, a), qui correspond à l'article 6, paragraphe 4, de la directive.

Article 41

1. Aux 3° et 4°, eu égard à la définition de la « société de gestion », qui peut être une personne morale, quelle que soit sa structure juridique (article 3, 12°), il est préférable d'utiliser l'expression générique « organe légal d'administration » plutôt que les mots « conseil d'administration », qui est réservé aux sociétés anonymes. La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet et notamment pour les articles 79, § 4, 80, § 3, et 184, § 2, 2°.

2. Il serait préférable de rédiger le 9° comme suit :

« 9° la rémunération variable garantie ne s'applique que dans le cadre de l'embauche d'un nouveau membre du personnel et est limitée à la première année ».

3. Au 10°, l'auteur de l'avant-projet a inutilement recours à l'adverbe « pleinement ».

La même observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet et notamment pour les articles 143, § 2, 3°, 167, 5°, et 173, 3°.

Article 43

Il est inutile de préciser que le comité de rémunération est présidé par un membre du conseil d'administration qui n'exerce pas de fonctions exécutives puisque tous les membres de ce comité sont des membres du conseil d'administration qui n'exercent pas de fonctions exécutives.

Article 50

Le commentaire de l'article gagnerait à préciser les mots « évitent les influences abusives sur les employés ».

Article 55

Au paragraphe 2, 1°, b), il conviendrait de remplacer le mot « ségrégués » par le mot « séparés » ou le mot « distincts ».

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 82

Au 1°, mieux vaut mentionner directement qu'il s'agit d'une « distribution de dividendes et d'intérêts » que d'apporter cette précision dans l'article 83, § 2, 1°.

Article 83

Au paragraphe 2, 2°, il est préférable d'écrire « apurer les pertes encourues » plutôt que « neutraliser les pertes encourues ».

Article 84

Dans la version française, il conviendrait, comme dans la version néerlandaise, de se référer à l'Union européenne et non simplement à l'Union.

Cette observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 92

À l'alinéa 2, dans la version française, l'adjectif « inutile », utilisé ensuite de l'expression « sans retard », est superflu, et ce d'autant que l'adjectif « inutile » n'est pas repris à l'alinéa 4.

Article 136

Dans un souci d'une meilleure lisibilité, il est proposé de rédiger le début du paragraphe 2, alinéa 2 comme suit :

« Le gestionnaire n'est pas tenu de se conformer à une disposition de la présente loi et des règlements pris pour son exécution, moyennant le respect des conditions suivantes :

1° la disposition légale concernée est incompatible avec une disposition obligatoire du droit dont relève le gestionnaire concerné et/ou l'OPCA de pays tiers commercialisé par celui-ci dans l'Espace économique européen ».

Article 227

Au paragraphe 2, il conviendrait d'écrire « des informations contenues dans le prospectus ».

Article 247

Il conviendrait de faire débiter le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, par les mots « Pour assurer les distributions aux participants et émettre et racheter les parts » et d'omettre ceux-ci à la fin de l'alinéa.

Article 280

À l'alinéa 1^{er}, le livre II est mentionné par erreur, l'article 280 faisant partie du livre II.

Article 299

Au paragraphe 5, c'est à l'article 144, alinéa 1^{er}, 8° et non 6°, qu'il est dérogé à propos de l'obligation du commissaire de mentionner dans son rapport les infractions dont il a eu connaissance.

Article 320

Au paragraphe 6, à la fin de l'alinéa 1^{er}, 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 321

Il est recommandé de scinder l'alinéa 2 en trois alinéas et d'opérer la scission après les mots « l'injonction visée à l'alinéa 1^{er}, 2° » et après les mots « l'objet du séquestre prévu ci-dessus ».

Article 322

À l'alinéa 2, pour se conformer à l'article 524*bis* du Code des sociétés relatif au comité de direction, il convient de supprimer les mots « la détermination de ».

Article 326

Au 1°, à côté des fusions, il conviendrait de viser les « scissions », qui produisent les mêmes effets.

Article 365

Il y a lieu de mentionner qu'est nul l'achat ou la souscription de titres d'OPCA lorsque cet achat ou cette souscription a été effectué à l'occasion des faits mentionnés dans cette disposition, et non que le juge annule l'achat ou la souscription de titres d'OPCA lorsque cet achat ou cette souscription a été effectué à l'occasion de ces faits.

Article 367

Il est renvoyé à l'observation particulière formulée, sous l'article 348, dans l'avis 54.982/2 précité.

*

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

VOORAFGAAND VORMVEREISTE

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 wet². De enige gevallen waarin die verplichting niet geldt, zijn die welke opgesomd worden in artikel 8 van de wet van 15 december 2013.

Er behoort derhalve op toegezien te worden dat dit vereiste wordt vervuld.

VOORAFGAANDE OPMERKING

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 waarvan sommige ook nog op elkaar moeten worden afgestemd; een deel van de bepalingen van het voorontwerp, inzonderheid die welke betrekking hebben op de “kleinschalige” beheerders van de bij het publiek verhandelde alternatieve beleggingsinstellingen, bouwt in essentie voort op richtlijn 2011/61/EU³ zonder dat deze richtlijn er evenwel op van toepassing is.

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 samen met dit voorontwerp werd voorgelegd, niet garanderen

¹ Zie artikel 12 van die wet.

² Zie artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013. Wat de procedure voor de impactanalyse betreft, zie 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’.

³ Richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010 (“richtlijn AIFM” genoemd) (hierna de richtlijn genoemd).

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

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 van uitgegaan worden dat die aangelegenheden op exhaustieve wijze onderzocht zijn, al worden er hier en daar wel opmerkingen over geformuleerd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. De concordantietabel betreffende de omzetting van de richtlijn was gevoegd bij de adviesaanvraag.

De concordantietabellen betreffende de omzetting van de overige vier richtlijnen die het ontwerp gedeeltelijk omzet, zijn door de gemachtigde ambtenaar ter beschikking gesteld.

Die tabellen behoren gevoegd te worden bij het ontwerp dat ingediend zal worden bij het Parlement.

1.2. In artikel 205 van het voorontwerp wordt bepaald dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur van de beleggingsvennootschap in België gevestigd moeten zijn.

In advies 50.141/2 dat de afdeling Wetgeving gegeven heeft op 21 september 2011 over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 3 augustus 2012 'betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles', heeft zij de volgende opmerking geformuleerd:

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

De steller van het voorontwerp rechtvaardigt “dat verschil in behandeling” door het feit dat de door de richtlijn ingevoerde garanties niet van toepassing zijn, zodat anders te werk gaan ten koste zou gaan van de vereisten inzake beleggersbescherming⁵.

⁴ Zie hoger.

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

In casu wordt in de memorie van toelichting geen enkele rechtvaardiging gegeven; een soortgelijke opmerking kan *a fortiori* gemaakt worden in het voorontwerp.

2.1. In verband met de delegaties van bevoegdheid aan de Koning, die in het voorontwerp vervat zijn, dient herinnerd te worden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen⁶. Overeenkomstig die beginselen dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht te worden vastgesteld, maar mag de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht worden overgelaten.

De delegaties die de Koning machtigen om voorwaarden aan te vullen die vermeld worden in het voorontwerp of om aanvullende vereisten vast te stellen, voldoen niet aan die voorwaarde. Hetzelfde geldt voor de delegaties die de Koning een veel te ruime bevoegdheid verlenen. Dat is inzonderheid het geval met de delegaties die vervat liggen in de artikelen 51, § 3, 3°, a), 164, 204, 209, § 1, 2°, tweede lid, 210, §2, 289, 302, 319, §1, 2°, 344, § 5, derde lid, b), van het voorontwerp en in de bij artikel 477 ontworpen artikelen 271/15, tweede lid, en 271/16 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’. De machtiging aan de FSMA, in artikel 344, § 7, is *a fortiori* niet toelaatbaar (machtiging aan de FSMA om afwijkingen toe te staan van de met toepassing van dit artikel genomen besluiten en reglementen).

2.2. Een aantal bepalingen van het voorontwerp machtigen de Koning om af te wijken van bestaande wetten. Dat is inzonderheid het geval in de artikelen 246 en 252 van het voorontwerp.

In dat verband wordt verwezen naar de opmerking die geformuleerd is met betrekking tot de artikelen 386 tot 388 in advies 54.982/2 dat heden gegeven is over een voorontwerp van wet ‘op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen’.

2.3. In artikel 68, § 2, tweede lid, dient alleen de Koning gemachtigd te worden en niet de Koning of de FSMA. Dezelfde opmerking geldt inzonderheid voor de artikelen 116, § 2, tweede lid, 122, tweede lid, 126, § 3, tweede lid, 133, §2, tweede lid, 149, derde lid, 155, derde lid, 162, derde lid, 172, §2, tweede lid en 179, §2, tweede lid, van het voorontwerp.

3. De artikelen 361, laatste lid, en 364, § 1, tweede lid, van het voorontwerp handelen over het verhoor van de betrokken persoon door de FSMA vooraleer deze een dwangsom oplegt.

In de overige soortgelijke bepalingen van deel V “(Toezicht)” van het voorontwerp wordt niet in eenzelfde garantie voorzien.

Volgens een vaste adviespraktijk van de afdeling Wetgeving en een vaste rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, moeten personen tegen

⁵ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: Memorie van toelichting, blz. 30, 31 en 34.

⁶ Zie advies 50.141/2 gegeven op 21 september 2011 over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 3 augustus 2012 ‘betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles’.

wie zware maatregelen overwogen worden echter toegang krijgen tot een procedure die hen in staat stelt om hun standpunt op dienstige wijze te doen gelden voordat ten aanzien van hen een beslissing genomen wordt. In het geval van bepalingen waarbij, zoals in casu, een Europese richtlijn ten uitvoer wordt gelegd, is het recht op een procedure op tegenspraak bovendien van toepassing als een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs voor de lidstaten geldt.

De afdeling Wetgeving heeft er overigens meermaals op gewezen dat de procedure die leidt tot het aannemen van een zware maatregel op tegenspraak moet worden gevoerd en billijk moet verlopen. Er moet uitdrukkelijk worden bepaald dat de persoon jegens wie een zware maatregel zou worden genomen, zal worden ingelicht over de aard van de beoogde maatregel, alsmede over de motieven die deze maatregel rechtvaardigen. Behoudens bijzondere naar behoren vastgestelde omstandigheden, moet de persoon het volledige dossier kunnen inkijken binnen een redelijke termijn om hem in staat te stellen zijn opmerkingen op dienstige wijze voor te bereiden en hem de mogelijkheid te bieden zijn standpunt ten aanzien van de hem ten laste gelegde feiten vooraf toe te lichten.

Die regels, die het beginsel “*audi alteram partem*” vertolken, moeten niet uitdrukkelijk opgenomen worden in de ontwerptekst⁷, maar het feit dat dit beginsel in een aantal van de bepalingen van het ontwerp gehuldigd wordt en in een aantal andere niet, zou aanleiding kunnen geven tot verwarring wat betreft de naleving van dat beginsel.

Het is derhalve van tweeën één: ofwel wordt het beginsel op uitdrukkelijke wijze gehuldigd in alle bepalingen waar de naleving ervan vereist is, ofwel wordt het in geen enkele bepaling gehuldigd, met dien verstande dat de naleving ervan hoe dan ook verondersteld wordt, ook al wordt het niet op uitdrukkelijke wijze bepaald.

4. In artikel 364 van het voorontwerp wordt bepaald dat de FSMA dwangsommen en administratieve sancties kan opleggen.

Er wordt in dat verband verwezen naar de bijzondere opmerking die in het voornoemde advies 54.982/2 geformuleerd is onder de artikelen 347 en 348.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3

1. In onderdeel 31° mag in een definitie geen normatieve bepaling worden ingevoegd. De Koning machtigen om het begrip “in aanmerking komende belegger” te verruimen of te beperken, heeft evenwel normatieve betekenis. Die bepaling moet derhalve in het eigenlijke dispositief van het ontwerp worden ingevoegd.

⁷ Zie in dat verband de bespreking van de artikelen 327 tot 329 van het voorontwerp van wet ‘op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen’ waarover de afdeling Wetgeving heden advies 54.982/2 gegeven heeft.

2. In onderdeel 45° behoort, zoals in de richtlijn, de uitdrukking “feeder-AICB” gebezigd te worden en niet “feeder”.
3. In de Franse versie van onderdeel 46° dient, zoals in de richtlijn, de term “maître” gebezigd te worden en niet “master”.
4. Ter wille van de rechtszekerheid behoort de omschrijving van het begrip “carried interest” in onderdeel 51° duidelijker te worden gesteld.
5. Met betrekking tot onderdeel 56° wordt verwezen naar de bijzondere opmerking die geformuleerd is onder artikel 3, 28°, in het voornoemde advies 54.982/2.
6. In de onderdelen 67° en 68° geeft hetzelfde begrip, namelijk “toezichthoudende autoriteiten” aanleiding tot twee definities, naar gelang het gaat om beheerders van AICB's uit derde landen, dan wel om beheerders van AICB's gevestigd in een derde land. Beide begrippen behoren duidelijk onderscheiden te worden.

Artikel 10

Paragraaf 1, 2°, begint met de woorden “voor zover de artikelen 134 en volgende daarin voorzien”.

Artikel 134 luidt als volgt:

“Dit hoofdstuk is van toepassing op de in een derde land gevestigde beheerders waarvoor België de referentielidstaat is”.

Verderop in paragraaf 1, 2°, staan echter al de woorden “en waarvoor België de referentielidstaat is”.

Er wordt bijgevolg voorgesteld om de woorden “voor zover de artikelen 134 en volgende daarin voorzien” te schrappen en vervolgens te schrijven “en waarvoor België de referentielidstaat is als bedoeld in artikel 135”.

Artikel 11

Paragraaf 3, 4°, vermeldt op het einde van de tekst niet de woorden “of omgekeerd” die in de richtlijn voorkomen.

Artikel 12

1. In plaats van te verwijzen naar richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten, moet worden verwezen naar de bepalingen van intern recht die deze richtlijn omzetten.
2. Vergeleken met artikel 6, § 8, van de richtlijn ontbreken [in artikel 12] de woorden “of aandelen (...) plaatsen bij abi-beleggers in de Unie”.

Artikel 26

In het tweede lid dient, overeenkomstig de bewoordingen van de richtlijn, “goede” administratieve en boekhoudkundige procedures, en niet “stevige” administratieve en boekhoudkundige procedures te worden geschreven.

Artikel 35

Het zou beter zijn te verwijzen naar artikel 11, § 2, derde lid, a), dat overeenstemt met artikel 6, § 4, van de richtlijn.

Artikel 41

1. Gelet op de definitie van de “beheervennootschap”, die een rechtspersoon kan zijn, ongeacht zijn juridische structuur (artikel 3, 12°), is het in de bepalingen onder 3° en 4° raadzaam gebruik te maken van de algemene uitdrukking “wettelijk bestuursorgaan” en niet van het woord “raad van bestuur”, dat voor naamloze vennootschappen is voorbehouden. Deze opmerking geldt ook voor het vervolg van het voorontwerp en inzonderheid voor de artikelen 79, § 4, 80, § 3, en 184, § 2, 2°.
2. Het zou beter zijn om de bepaling onder 9° als volgt te redigeren:

“9° de gegarandeerde variabele verloning is enkel van toepassing bij de indienstneming van nieuwe personeelsleden en blijft beperkt tot het eerste jaar”.
3. In de bepaling onder 10° gebruikt de steller van het voorontwerp onnodig het bijwoord “volledig”.

Deze opmerking geldt voor het hele voorontwerp en inzonderheid voor de artikelen 143, § 2, 3°, 167, 5°, en 173, 3°.

Artikel 43

Het is overbodig te preciseren dat het remuneratiecomité wordt voorgezeten door een lid van de raad van bestuur dat geen uitvoerende functie uitoefent, aangezien alle leden van dit comité leden van de raad van bestuur zijn die geen uitvoerende functie uitoefenen.

Artikel 50

Het verdient aanbeveling om in de toelichting op het artikel de woorden “ongepaste beïnvloeding van de werknemers wordt verhinderd” te verduidelijken.

Artikel 55

In paragraaf 2, 1°, b), dient in de Franse versie het woord “ségrégués” vervangen te worden door het woord “séparés” of het woord “distincts”.

Deze opmerking geldt ook voor het verdere voorontwerp.

Artikel 82

In de bepaling onder 1° is het beter om meteen te vermelden dat het gaat om een “uitkering van dividenden en van interest” in plaats van dit in artikel 83, § 2, 1°, te preciseren.

Artikel 83

In paragraaf 2, 2°, is het beter “geleden verliezen aan te zuiveren” in plaats van “geleden verliezen te compenseren” te schrijven.

Artikel 84

In de Franse versie dient, net zoals in de Nederlandse versie, te worden verwezen naar de Europese Unie, en niet gewoon naar de Unie.

Deze opmerking geldt ook voor het verdere voorontwerp.

Artikel 92

In de Franse versie van het tweede lid, is het bijvoeglijk naamwoord “inutile”, dat na de uitdrukking “sans retard” wordt gebruikt, overbodig, temeer daar het adjectief “inutile” niet in het vierde lid wordt vermeld.

Artikel 136

Ter wille van de leesbaarheid wordt voorgesteld om het begin van paragraaf 2, tweede lid, als volgt te redigeren:

“De beheerder is niet verplicht om een bepaling van deze wet en de ter uitvoering ervan vastgestelde reglementen na te leven, voor zover aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1° de naleving van de betrokken wettelijke bepaling is onverenigbaar met de naleving van een verplichtende bepaling in de wetgeving die geldt voor de betrokken beheerder en/of de door hem in de Europese Economische Ruimte verhandelde AICB”.

Artikel 227

In paragraaf 2 schrijve men “de informatie die is opgenomen in het prospectus”.

Artikel 247

Paragraaf 2, eerste lid, dient te beginnen met de woorden “Om de uitkeringen aan de deelnemers te verzekeren en de rechten van deelneming uit te geven en in te kopen, moet de AICB”; aan het einde van het lid dienen deze woorden dan te worden weggelaten.

Artikel 280

In het eerste lid, is bij vergissing boek II vermeld. Artikel 280 maakt immers deel uit van boek II.

Artikel 299

In paragraaf 5 wordt, met betrekking tot de verplichting van de commissaris om in zijn verslag melding te maken van de overtredingen waarvan hij kennis heeft gekregen, niet van artikel 144, eerste lid, 8°, maar wel van artikel 144, eerste lid, 6°, afgeweken.

Artikel 320

In paragraaf 6, aan het einde van het eerste lid, moet “binnen een termijn van tien werkdagen na de verwerving of de vergroting van de deelneming” worden geschreven om rekening te houden met de twee gevallen die in dit lid worden bedoeld.

Artikel 321

Het is raadzaam het tweede lid onder te verdelen in drie leden en deze onderverdeling uit te voeren na de woorden “de in het eerste lid, 2°, bedoelde aanmaning” en na de woorden “toegevoegd aan het voornoemde sekwester”.

Artikel 322

In het tweede lid, moeten de woorden “de vaststelling van” worden geschrapt ter wille van de overeenstemming met artikel 524bis van het Wetboek van Vennootschappen, dat betrekking heeft op de raad van bestuur.

Artikel 326

In de bepaling onder 1° dient niet alleen te worden verwezen naar de fusies, maar ook naar de “splittingsen”, die dezelfde gevolgen hebben.

Artikel 365

Er dient te worden vermeld dat de aankoop van of de inschrijving op effecten van AICB nietig is als die aankoop of inschrijving plaatsvond naar aanleiding van de feiten die in deze bepaling worden vermeld, en niet dat de rechter de aankoop van of de inschrijving op effecten van AICB nietig verklaart als deze aankoop of inschrijving plaatsvond naar aanleiding van deze feiten.

Artikel 367

Er wordt verwezen naar de bijzondere opmerking die in het voormelde advies 54.982/2 onder artikel 348 is geformuleerd.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PREMIER PRÉSIDENT –
DE EERSTE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Yves KREINS