



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 59.776/2/V
du 24 août 2016

sur

un avant-projet de loi 'relative à
l'accès à l'activité de prestation
de services d'investissement et
au statut et au contrôle des
sociétés de gestion de
portefeuille et de conseil en
investissement'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 59.776/2/V
van 24 augustus 2016

over

een voorontwerp van wet
'betreffende de toegang tot
het beleggingsdienstenbedrijf en
betreffende het statuut van en het
toezicht op de vennootschappen
voor vermogensbeheer en
beleggingsadvies'

Le 11 juillet 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances, chargé de la Lutte contre la fraude fiscale à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit ^(*) jusqu'au 25 août 2016, sur un avant-projet de loi 'relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 24 août 2016. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, président, Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Wanda VOGEL, conseiller d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Colette GIGOT, 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 LIÉNARDY.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 août 2016.

^(*) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois coordonnées sur le Conseil d'État qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

*

Op 11 juli 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege ^(*) verlengd tot 25 augustus 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies'.

Het voorontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 24 augustus 2016. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, voorzitter en Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Wanda VOGEL, staatsraad, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Colette GIGOT, 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 LIÉNARDY.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 augustus 2016.

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, 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.

OBSERVATION PRÉALABLE

Le commentaire de l'article 1^{er} dans l'exposé des motifs indique notamment ce qui suit :

« Certaines dispositions de la loi du 6 avril 1995 assuraient partiellement la transposition de la directive MiFID. Elles seront adaptées prochainement en vue d'assurer la transposition partielle de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (ci-après 'MiFID II').

[...]

L'article 1^{er}, paragraphe 3 précise les directives européennes dont le présent projet assure la transposition partielle. Ne sont pas reprises dans cette disposition les directives européennes qui étaient déjà transposées dans la loi du 6 avril 1995, à savoir la directive MiFID I et la directive 97/9/CE ».

L'auteur de l'avant-projet ne peut toutefois être suivi sur ce point : l'article 1^{er}, § 3, de l'avant-projet mentionne également cette dernière directive, comme ce doit également être le cas des autres directives d'ores et déjà transposées dans la loi du 6 avril 1995 'relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement', puisque la loi en projet la remplacera intégralement en en reprenant les dispositions toujours pertinentes.

L'article 1^{er}, paragraphe 3, de l'avant-projet doit dès lors être complété par la mention de la directive MiFID I, de même que les tableaux de transposition joints à l'avant-projet doivent l'être pour établir la correspondance entre les dispositions en projet et celles des directives transposées dans celles de la loi du 6 avril 1995 qu'elles reprennent.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation préalable formulée dans l'avis 59.746/2/V donné le 22 août 2016 sur un avant-projet de loi 'relative au statut et au contrôle des sociétés de bourse et portant des dispositions diverses' (ci-après : l'avant-projet 59.746/2/V).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 1^{er}

Le paragraphe 2 énonce les différents objets de la loi en projet sans mentionner de manière expresse les « entreprises d'investissement », à savoir à la fois les sociétés de bourse et les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement ¹, alors que le titre II de l'avant-projet concerne ces entreprises, définies par l'article 3, § 1^{er}, comme étant en principe celles « 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 ».

Pareille manière de faire n'appelle en soi aucune critique dès lors que les sociétés de bourse, définies à l'article 1^{er}, § 3, alinéa 2, de la loi du 25 avril 2014 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse', en projet à l'article 3 de l'avant-projet 59.746/2/V, sont principalement réglementées par cet avant-projet de loi, que seul l'accès de ces sociétés de bourse, en leur qualité d'entreprises d'investissement, aux activités d'investissement et à l'activité de prestation de services d'investissement est réglée par le titre II de l'avant-projet faisant l'objet du présent avis et qu'aux termes de son article 1^{er}, § 2, 1^o, l'avant-projet faisant l'objet du présent avis règle notamment « l'accès aux activités d'investissement et à la prestation de service d'investissement » ².

Si l'objet de l'avant-projet à l'examen paraît ainsi exactement renseigné en ce qui concerne les limites dans lesquelles il concerne l'ensemble des sociétés d'investissement, le commentaire de l'article 1^{er} serait opportunément complété par l'indication selon laquelle les autres entreprises d'investissement au sens de l'article 3, § 1^{er}, de l'avant-projet que les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, à savoir les sociétés de bourse, sont également concernées par l'avant-projet, s'agissant uniquement de leur accès aux activités d'investissement et de prestation de services d'investissement. Ceci nuancerait la considération figurant dans le commentaire de l'article 1^{er} selon laquelle « le présent projet reprend en partie les dispositions de la loi du 6 avril 1995 [relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement], hormis les dispositions de cette loi qui ont trait au statut et au contrôle des sociétés de bourse ».

Pareil exposé, dès le commentaire de l'article 1^{er}, permettrait au lecteur de l'exposé des motifs d'anticiper l'explication sur ce point qui est à lire dans le commentaire des articles 3 à 5, selon laquelle « [l]e Titre [III] [lire : titre II] contient les dispositions qui s'appliquent à l'ensemble des entreprises d'investissement [...] » en ce qui concerne les « conditions d'accès » à leurs activités.

¹ Voir not. les articles 6, § 1^{er}, et 7, alinéa 2, de l'avant-projet.

² Ces notions sont définies par l'article 2, 1^o, de l'avant-projet à l'examen.

Cet exposé pourrait également indiquer que les autres aspects du statut et du contrôle des sociétés de bourse sont réglés par l'avant-projet 59.746/2/V, plus spécialement par le livre XII de la loi du 25 avril 2014 en projet à l'article 72 de cet avant-projet, ce qui ferait écho aux articles 487, § 1^{er}, et 490, en projet à cet article 72³.

Article 2

1. Selon le 28^o, il y aurait lieu d'entendre, notamment pour l'application de la loi en projet, « par les notions de contrôle, participation, lien de participation, entreprise-mère, filiale et entreprise liée : le sens qui leur est conféré par les arrêtés d'exécution de l'article 55 de la présente loi », ce qui n'est pas admissible : il convient de maintenir dans la loi elle-même ces définitions, ainsi qu'il a été procédé à l'article 46 de la loi du 6 avril 1995, notamment aux 25^o à 27^o de cette disposition.

2. Au 49^o, premier tiret, c'est à l'article 1^{er}, § 3, alinéa 2, de la loi du 25 avril 2014 qu'il y a lieu de renvoyer.

Articles 10 à 13

Il est renvoyé à l'observation formulée sur les articles 491, 590, 591 et 603 en projet à l'article 72 de l'avant-projet 59.746/2/V dans l'avis portant la même référence, donné le 22 août 2016.

Article 16

À l'alinéa 3, qui correspond à l'alinéa 2 de l'article 48 de la loi du 6 avril 1995, il y a lieu de renvoyer à l'alinéa 2, et non à l'alinéa 1^{er}, en projet ; cet alinéa 2 correspond à l'alinéa 1^{er} du même article 48.

Article 25

L'habilitation conférée à la FSMA par le paragraphe 6 ne serait admissible que si elle était conçue, comme par exemple au paragraphe 7, alinéa 4, par le renvoi fait à l'article 64 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers' comme nécessitant, lorsqu'elle est mise en œuvre, une approbation par le Roi et la publication au

³ Aux termes de l'article 487, § 1^{er}, en projet à l'article 72 de l'avant-projet 59.746/2/V, « [l]e [...] Livre [XII] a pour objet de régler l'établissement, l'activité, le contrôle et la résolution éventuelle des sociétés de bourse [...] ». Selon l'article 490 en projet au même article 72, « [l]e [...] Livre [XII] règle les matières visées l'article 487, § 1^{er}, conjointement avec les dispositions du [Chapitre II] [lire : titre II] de la loi [FSMA] » (dans l'avant-projet, 59.746/2/V, « la loi [FSMA] » est celle dont l'avant-projet fait l'objet du présent avis).

Moniteur belge des règlements pris sur cette base, ainsi que la possibilité pour le Roi d'apporter des modifications à ces règlements ou de suppléer à la carence de la FSMA de les établir ⁴.

Article 27

L'article 27, § 5, est rédigé comme suit :

« § 5. La FSMA peut, dans des cas spéciaux, autoriser, dans les limites de la législation européenne, des dérogations aux dispositions des règlements pris par application du présent article ».

Les articles 41, § 5, 54, § 6, 55, alinéa 7, 59, § 10, et 60, § 4, contiennent des dispositions analogues. Les articles 41, § 5, 55, alinéa 7, et 59, § 10, ne contiennent pas de référence à « la législation européenne ». Selon l'article 59, § 10, les dérogations qui y sont mentionnées doivent être « notifi[ées] à la Commission européenne et à l'Autorité bancaire européenne ». L'article 60, § 4, précise en outre que de telles dérogations doivent être « motivées » et « d'application pour toutes les entreprises réglementées qui se trouvent dans des situations analogues ».

Dans l'avis 24.188/2 donné le 6 mars 1995 sur l'avant-projet devenu la loi du 6 avril 1995 'relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement' ⁵, la section de législation du Conseil d'État a formulé l'observation générale suivante :

« 6. Le projet de loi tend à attribuer à certaines autorités le pouvoir d'accorder des dérogations ou des dispenses d'application de la loi ou d'arrêtés d'exécution.

[...]

Une seule condition est mise à l'exercice du pouvoir de dérogation, c'est l'existence d'un cas spécial. Aucune autre limite n'est mise au pouvoir de dérogation de ces autorités et l'exercice de ce pouvoir n'est soumis par le projet au respect d'aucune condition de forme.

⁴ Voir spécialement l'alinéa 3 de l'article 64 de la loi du 2 août 2002. Voir aussi, dans le même sens, l'article 36, § 2, alinéas 2 et 3, de l'avant-projet. La section de législation du Conseil d'État a formulé une observation similaire dans son avis 42.383/2/V donné le 1^{er} mars 2007 sur l'avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, ainsi que la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement', plus particulièrement sur l'article 7 (observation n° 2) et le chapitre III de cet avant-projet de loi, en tant que l'article 7 et l'article 35 (faisant partie de ce chapitre III) insèrent respectivement un article 20, § 4, dans la loi du 22 mars 1993 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit' et un article 62, § 4, dans la loi du 6 avril 1995 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51-3047/1, pp. 60 et 63) ; l'article 62, § 4, a été modifié ultérieurement par l'article 160, 4°, de l'arrêté royal du 3 mars 2011 'mettant en œuvre l'évolution des structures de contrôle du secteur financier', au sujet duquel l'avis 49.120/2 donné le 20 janvier 2011 sur son projet a renvoyé, comme à l'égard des autres dispositions reproduisant pour l'essentiel des textes adoptés antérieurement, aux avis précédemment donnés sur ceux-ci à l'état de projet.

⁵ L'article 32 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 'visant à transposer la Directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers' a remplacé cet intitulé par le suivant : « relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement ».

Comme la notion de 'cas spécial' n'est pas définie et qu'aucun critère énoncé dans la loi ne permet de déterminer quel cas répond à cette notion, l'attribution à ces autorités du pouvoir d'autoriser des dérogations dans des cas spéciaux, délègue à une autorité administrative – dont la responsabilité ne peut pas être mise en cause devant les chambres législatives – le soin de fixer la mesure dans laquelle l'ensemble d'une réglementation arrêtée par le législateur ou par le Roi est ou non obligatoire pour les établissements qu'elle vise.

Cette faculté de faire échec à l'application de la loi porte non seulement atteinte au caractère général de la norme légale mais aussi au principe de l'égalité devant la loi.

[...]

De plus, il est juridiquement inadmissible qu'en certains articles, notamment l'article 95, § 7, du projet de loi, celui-ci attribue aux autorités de contrôle le pouvoir de déroger à des arrêtés royaux ou à des règlements futurs avant que le législateur n'en connaisse la substance et puisse juger de la nécessité d'y déroger ou d'habiliter une autorité à le faire ;

En conséquence, les textes précités doivent être fondamentalement revus »⁶.

La même observation vaut pour les dispositions à l'examen.

La circonstance que certaines d'entre elles se réfèrent à « la législation européenne », à une obligation de motivation ou à celle de respecter le principe d'égalité n'affecte pas la pertinence de cette observation, le respect du droit européen s'imposant en tout état de cause et les autres obligations étant également de droit.

Si elles sont maintenues, les dispositions doivent être revues de manière à mieux encadrer les hypothèses de survenance des « cas spéciaux » en question. Leur rédaction gagnerait alors à être conçue de manière homogène, sauf si des différences devaient se justifier en raison de la particularité des hypothèses envisagées.

Articles 31 et 97

Les articles 31 et 97 utilisent la notion de « jour ouvrable », qui ne revêt aucune signification juridique généralement reçue.

Si l'auteur du projet souhaite maintenir l'usage de cette notion, mieux vaudrait la définir dans le texte.

Compte tenu du fait que certains des délais mentionnés sont relativement longs, ce qui rend difficile la détermination exacte de l'expiration de ces délais, la question se pose de savoir s'il ne convient pas de mentionner tous les délais en faisant état de « jours » plutôt que de « jours ouvrables » et de préciser que, si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié légal, il est prolongé au jour ouvrable qui suit ; cette dernière notion s'entend alors, dans ce contexte, comme étant un jour qui n'est ni un samedi, ni un dimanche ni un jour férié légal.

⁶ *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1352/1, pp. 243 et 244.

Articles 135 et 142

L'article 135, 1^o, tend à remplacer l'article 4, 1^o, b), de la loi du 22 mars 2006 'relative à l'intermédiation en services bancaires et en services d'investissement et à la distribution d'instruments financiers' par un texte nouveau.

L'article 142 se donne pour objet de remplacer l'article 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 'visant à transposer la directive européenne concernant les marchés d'instruments financiers' par une disposition par laquelle l'article 12, § 1^{er}, 3^o, de la même loi est complété par deux alinéas nouveaux. Cet arrêté royal a été confirmé par l'article 11 de la loi du 8 juin 2008 'portant des dispositions diverses (I)'.

L'article 4, 1^o, b), de la loi du 22 mars 2006 a déjà fait l'objet d'un remplacement par l'article 117 de l'arrêté royal du 27 avril 2007, disposition qui n'est pas entrée en vigueur, le Roi n'ayant pas fait usage de l'habilitation qui Lui a été conférée à cet effet par l'article 127, alinéa 4, du même arrêté royal.

Quant à l'article 12, § 1^{er}, son « alinéa 2 » (lire : l'alinéa 2 de son paragraphe 1^{er}, 3^o) a également fait l'objet d'un remplacement par l'article 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007, disposition qui n'a pas davantage été mise en vigueur par le Roi sur la base de l'habilitation qui Lui a été également conférée par l'article 127, alinéa 4, du même arrêté royal.

Il y a lieu de s'interroger sur la différence de méthode utilisée par les articles 135 et 142 de l'avant-projet à l'examen, le premier remplaçant directement la disposition pertinente de la loi du 22 mars 2006 et le second remplaçant la disposition qui, dans l'arrêté royal du 27 avril 2007, tendait à remplacer la disposition pertinente.

Sauf à ce que l'auteur de l'avant-projet s'en explique dans l'exposé des motifs, c'est la même méthode qui devrait être mise en œuvre à l'égard de textes ayant fait l'objet chacun d'une disposition modificative non encore entrée en vigueur. Il est renvoyé sur ce point au *Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*⁷.

Il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de régler le sort des articles 117 et 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 et, par la même occasion, celui des articles 119 et 127, alinéa 4, de cet arrêté royal. L'article 119 tend à remplacer l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 22 mars 2006 ; pour la même raison que pour les articles 117 et 120 du même arrêté royal, il n'est pas encore entré en vigueur.

La question se pose de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'abroger le chapitre VI de l'arrêté royal du 27 avril 2007, comprenant les articles 117 à 120, la disposition modificative que constitue l'article 118 étant entrée en vigueur et ayant donc épuisé ses effets ; cette abrogation pourrait également porter sur l'article 127, alinéa 4, de cet arrêté royal.

⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 129 à 131.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est par ailleurs attirée sur le fait que, si l'article 12, § 1^{er}, 3°, de la loi du 22 mars 2006 est modifié comme il est proposé par la disposition en projet à l'article 142 de l'avant-projet, ce 3°, comprendra quatre « alinéas », à savoir les deux premiers qui sont ceux formant le texte actuel du 3° (« la fourniture [...] » et « En outre, [...] ») et les deux autres qui sont ceux insérés par la disposition en projet à l'article 142 de l'avant-projet (« En outre [...] » et « Le Roi [...] »), alors que, dans la version qui aurait résulté de l'entrée en vigueur de l'article 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007, ce 3° n'aurait comporté que trois « alinéas », à savoir le premier « alinéa » actuel (« la fourniture [...] ») et les deux autres étant ceux que l'article 120 de l'arrêté royal du 27 avril 2007 mentionne comme devant remplacer le second « alinéa » actuel du 3° (« En outre, [...] » et « Le Roi [...] »).

Article 186

Il résulte de l'article 186 que la loi en projet entrera immédiatement en vigueur, le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur des lois, fixé par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires', il faut renoncer, en principe, à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

L'article 186 sera revu en conséquence.

OBSERVATIONS FINALES DE LÉGISTIQUE

1. Pour chaque article – ou subdivision d'article – modifié, les précédentes modifications qu'ils ont subies doivent être mentionnées de la manière suivante :

a) quel qu'en soit le type (remplacement, insertion, abrogation, retrait, annulation, rétablissement, confirmation, renumérotation, etc.), toutes les modifications antérieures qui sont encore en vigueur, c'est-à-dire qui ne sont pas devenues sans objet à la suite de modifications ultérieures, doivent être renseignées ;

b) par dérogation au a), lorsque l'article modifié n'existait pas dans l'acte originel, l'acte qui l'a inséré doit d'abord être mentionné, même si l'article inséré a ensuite été remplacé⁸.

2. Il y a lieu d'utiliser des chiffres arabes pour la numérotation des subdivisions du dispositif⁹.

*

⁸ *Ibid.*, recommandations n^{os} 113 et 115.

⁹ *Ibid.*, recommandation n^o 64.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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 OPMERKING

In de memorie van toelichting wordt in de bespreking van artikel 1 inzonderheid het volgende gepreciseerd:

“Sommige bepalingen van de wet van 6 april 1995 zorgden voor de gedeeltelijke omzetting van de MiFID-richtlijn in Belgisch recht. Zij zullen weldra worden aangepast met het oog op de gedeeltelijke omzetting van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (hierna “MiFID II-richtlijn”).

(...)

Artikel 1, paragraaf 3, vermeldt de Europese richtlijnen die door dit ontwerp gedeeltelijk in Belgisch recht worden omgezet. De Europese richtlijnen die al in de wet van 6 april 1995 waren omgezet, nl. de MiFID I-richtlijn en Richtlijn 97/9/EG, komen in deze bepaling niet aan bod.”

De steller van het voorontwerp kan op dat punt echter niet worden gevolgd: in artikel 1, § 3, van het voorontwerp wordt ook die laatste richtlijn vermeld, zoals dat tevens het geval moet zijn met de andere richtlijnen die reeds zijn omgezet in de wet van 6 april 1995 ‘inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen’. Die wet zal immers integraal worden vervangen door de ontworpen wet, waarin de bepalingen van de eerstgenoemde wet die nog steeds relevant zijn, zijn overgenomen.

Artikel 1, paragraaf 3, van het voorontwerp behoort bijgevolg te worden aangevuld met de vermelding van de MiFID I-richtlijn, net zoals de bij het voorontwerp gevoegde omzettingstabellen aangevuld moeten worden om aan te geven met welke bepalingen van de richtlijnen die omgezet zijn in de bepalingen van de wet van 6 april 1995 die in het ontwerp worden overgenomen, de ontworpen bepalingen overeenstemmen.

Voor het overige wordt verwezen naar de voorafgaande opmerking die geformuleerd is in advies 59.746/2/V, dat op 22 augustus 2016 is verstrekt over een voorontwerp van wet ‘op het statuut van en het toezicht op beursvennootschappen en houdende diverse bepalingen’ (hierna “voorontwerp 59.746/2/V” genoemd).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 1

In paragraaf 2 wordt een opsomming gegeven van datgene waartoe de ontworpen wet strekt zonder dat de “beleggingsondernemingen”, te weten zowel de beursvennootschappen als de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies¹, expliciet worden vermeld. Titel II van het voorontwerp heeft evenwel betrekking op die ondernemingen, die in artikel 3, § 1, in beginsel worden gedefinieerd als ondernemingen “waarvan het gewone bedrijf bestaat in het beroepsmatig verrichten of aanbieden van een of meer beleggingsdiensten voor derden en/of het uitoefenen van een of meer beleggingsactiviteiten.”

Een dergelijke werkwijze doet *in se* geen enkel bezwaar rijzen, aangezien de beursvennootschappen, die worden gedefinieerd in het in artikel 3 van voorontwerp 59.746/2/V ontworpen artikel 1, § 3, tweede lid, van de wet van 25 april 2014 ‘op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen’, voornamelijk worden geregeld bij dat voorontwerp van wet, voor die beursvennootschappen, in hun hoedanigheid van beleggingsondernemingen, enkel de toegang tot de beleggingsactiviteiten en het beleggingsdienstenbedrijf wordt geregeld bij titel II van het voorontwerp waarover dit advies wordt verstrekt, en het voorliggende voorontwerp van wet waarover dit advies wordt verstrekt, naar luid van artikel 1, § 2, 1°, ervan inzonderheid “de toegang tot de beleggingsactiviteiten en tot de verlening van beleggingsdiensten” regelt.²

Ook al lijkt de strekking van het voorliggende voorontwerp aldus correct te zijn weergegeven waar het gaat om de perken waarbinnen het betrekking heeft op alle beleggingsvennootschappen, het zou nuttig zijn de bespreking van artikel 1 aan te vullen met de vermelding dat het voorontwerp ook betrekking heeft op de beleggingsvennootschappen in de zin van artikel 3, § 1, van het voorontwerp die geen vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies zijn, te weten de beursvennootschappen, maar enkel waar het gaat om hun toegang tot de beleggingsactiviteiten en het beleggingsdienstenbedrijf. Dat zou de overweging nuanceren die is opgenomen in de bespreking van artikel 1 en die luidt als volgt: “Dit ontwerp neemt (...) de bepalingen van de wet van 6 april 1995 [inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen] gedeeltelijk over, behalve de bepalingen van die wet die betrekking hebben op het statuut van en het toezicht op de beursvennootschappen.”

Door een dergelijke toelichting al in de bespreking van artikel 1 op te nemen, zou de lezer van de memorie van toelichting reeds voorbereid zijn op de uitleg die daaromtrent wordt gegeven in de bespreking van de artikelen 3 tot 5 en die luidt als volgt: “[Titel III] (lees: Titel II) bevat de bepalingen die van toepassing zijn op alle beleggingsondernemingen (...)” en betrekking hebben op de voorwaarden voor de toegang tot hun activiteiten.

¹ Zie inzonderheid de artikelen 6, § 1, en 7, tweede lid, van het voorontwerp.

² Die begrippen worden gedefinieerd in artikel 2, 1°, van het voorliggende voorontwerp.

In die toelichting zou ook kunnen worden vermeld dat de andere aspecten van het statuut van en het toezicht op de beursvennootschappen worden geregeld bij voorontwerp 59.746/2/V, en meer bepaald bij het ontworpen boek XII van de wet van 25 april 2014 dat is opgenomen in artikel 72 van dat voorontwerp, waarmee nog eens zou worden herhaald wat in de ontworpen artikelen 487, § 1, en 490 staat, die in dat artikel 72 zijn opgenomen.³

Artikel 2

1. Volgens punt 28° zou, inzonderheid voor de toepassing van de ontworpen wet, onder “de begrippen controle, deelneming, deelnemingsverhouding, moederonderneming, dochteronderneming en verbonden onderneming de omschrijving [moeten worden verstaan] die van die begrippen wordt gegeven in de uitvoeringsbesluiten van artikel 55 van deze wet.” Dat is onaanvaardbaar: die definities dienen in de wet zelf te worden behouden, zoals geschied is in artikel 46 van de wet van 6 april 1995, inzonderheid in de punten 25° tot 27° van die bepaling.

2. In punt 49°, eerste streepje, moet worden verwezen naar artikel 1, § 3, tweede lid, van de wet van 25 april 2014.

Artikelen 10 tot 13

Er wordt verwezen naar de opmerking die bij de in artikel 72 van voorontwerp 59.746/2V ontworpen artikelen 491, 590, 591 en 603 wordt gemaakt in het advies met hetzelfde nummer, dat op 22 augustus 2016 is verstrekt.

Artikel 16

In het derde lid, dat overeenstemt met het tweede lid van artikel 48 van de wet van 6 april 1995, moet worden verwezen naar het ontworpen tweede lid, en niet naar het ontworpen eerste lid: dat tweede lid stemt overeen met het eerste lid van hetzelfde artikel 48.

Artikel 25

De machtiging die bij paragraaf 6 wordt verleend aan de FSMA, zou slechts aanvaardbaar zijn indien ze, zoals bijvoorbeeld geschiedt in paragraaf 7, vierde lid, met de verwijzing naar artikel 64 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’, dusdanig zou worden opgevat dat wanneer aan die

³ Het ontworpen artikel 487, § 1, opgenomen in artikel 72 van voorontwerp 59.746/2/V, luidt als volgt: “(...) Boek [XII] regelt de vestiging, de werkzaamheden van, het toezicht op en de eventuele afwikkeling van de beursvennootschappen (...)”

Het ontworpen artikel 490 dat in hetzelfde artikel 72 staat, luidt als volgt: “(...) Boek [XII] regelt samen met de bepalingen van [Hoofdstuk II] [lees: Titel II] van de wet [FSMA] de aangelegenheden bedoeld in artikel 487, § 1.” (in voorontwerp 59.746/2/V, is “de wet [FSMA]” de wet waarvan het voorontwerp in dit advies wordt onderzocht).

machting uitvoering wordt gegeven, de reglementen die op grond daarvan worden uitgevaardigd goedgekeurd moeten worden door de Koning en bekendgemaakt moeten worden in het *Belgisch Staatsblad* en dat de Koning die reglementen kan wijzigen of in de plaats van de FSMA kan optreden indien deze nalaat die reglementen vast te stellen.⁴

Artikel 27

Artikel 27, § 5, luidt als volgt:

“§ 5. In bijzondere gevallen kan de FSMA binnen de perken van de Europese wetgeving afwijkingen toestaan van de bepalingen van de met toepassing van dit artikel genomen reglementen.”

De artikelen 41, § 5, 54, § 6, 55, zevende lid, 59, § 10, en 60, § 4, bevatten soortgelijke bepalingen. De artikelen 41, § 5, 55, zevende lid, en 59, § 10, bevatten geen verwijzing naar “de Europese wetgeving”. Volgens artikel 59, § 10, moeten “de Europese Commissie en de Europese Bankautoriteit [van de afwijkingen die erin worden vermeld] in kennis [worden gesteld]”. Artikel 60, § 4, preciseert bovendien dat dergelijke afwijkingen “met redenen [omkleed]” moeten zijn en moeten “gelden voor alle gereguleerde ondernemingen die zich in gelijkwaardige omstandigheden bevinden”.

In advies 24.188/2 dat op 6 maart 1995 verstrekt is over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 april 1995 ‘inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs’,⁵ heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State de volgende algemene opmerking geformuleerd:

“6. Met het wetsontwerp wordt beoogd sommige overheden bevoegd te maken om afwijkingen toe te staan of vrijstelling van toepassing van de wet of van uitvoeringsbesluiten te verlenen.

(...)

Aan het uitoefenen van de bevoegdheid om afwijkingen toe te staan wordt één enkele voorwaarde verbonden, namelijk het bestaan van een bijzonder geval. Op de

⁴ Zie inzonderheid het derde lid van artikel 64 van de wet van 2 augustus 2002. Zie ook, in dezelfde zin, artikel 36, § 2, tweede en derde lid, van het voorontwerp. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft een gelijkaardige opmerking geformuleerd in haar advies 42.383/2/V dat verstrekt is op 1 maart 2007 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 mei 2007 ‘tot wijziging van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs, en van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles’, inzonderheid met betrekking tot artikel 7 (opmerking 2) en hoofdstuk III van dat voorontwerp van wet, in zoverre artikel 7 en artikel 35 (die deel uitmaken van dat hoofdstuk III) respectievelijk een artikel 20, § 4, invoegen in de wet van 22 maart 1993 ‘op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen’ en een artikel 62, § 4, invoegen in de wet van 6 april 1995 (*Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-3047/1, 60 en 63); artikel 62, § 4, is laatstelijk gewijzigd bij artikel 160, 4°, van het koninklijk besluit van 3 maart 2011 ‘betreffende de evolutie van de toezichtarchitectuur voor de financiële sector’ ten aanzien waarvan in advies 49.120/2 dat op 20 januari 2011 over het ontwerp daarvan is verstrekt, net zoals ten aanzien van de andere bepalingen die grotendeels eerder aangenomen teksten overnemen, wordt verwezen naar de adviezen die eerder over de ontwerpen van die teksten zijn uitgebracht.

⁵ Dat opschrift is bij artikel 32 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 ‘tot omzetting van de Europese richtlijn betreffende de markten voor financiële instrumenten’ vervangen door het volgende opschrift: “inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen”.

bevoegdheid van die overheden om afwijkingen toe te staan wordt geen enkele andere beperking gesteld en voor de uitoefening van die bevoegdheid wordt door het ontwerp niet voorgeschreven enig ander vormvereiste na te leven.”

Aangezien het begrip “bijzonder geval” niet omschreven wordt en het op grond van geen enkel in de wet ingeschreven criterium mogelijk is te bepalen welk geval aan dat begrip beantwoordt, wordt doordat aan die overheden de bevoegdheid wordt verleend om in bijzondere gevallen afwijkingen toe te staan, aan een administratieve overheid - die niet ter verantwoording kan worden geroepen door de wetgevende kamers - de taak opgedragen om te bepalen in hoeverre de totale, door de wetgever of de Koning uitgewerkte regeling al of niet verplicht is voor de vestigingen waar zij op doelt.

Dat vermogen om de toepassing van de wet buiten spel te zetten, doet niet alleen afbreuk aan de algemeenheid van de rechtsregel, doch ook aan het beginsel van gelijkheid voor de wet.

(...)

Bovendien kan uit rechtskundig oogpunt niet worden gedoogd dat in sommige artikelen van het ontwerp, inzonderheid in artikel 95, § 7, de toezichthoudende overheden bevoegd worden gemaakt om af te wijken van toekomstige koninklijke besluiten of reglementen voordat de wetgever de inhoud ervan kent en kan oordelen over de noodzaak om ervan af te wijken of om een overheid bevoegd te maken om zulks te doen.

De voornoemde teksten behoren bijgevolg grondig te worden herzien.”⁶

Dezelfde opmerking geldt voor de voorliggende bepalingen.

De omstandigheid dat een aantal van die bepalingen verwijzen naar “de Europese wetgeving”, naar een motiveringsplicht of naar de verplichting om het gelijkheidsbeginsel na te leven doet geen afbreuk aan de relevantie van die opmerking, aangezien het Europees recht hoe dan ook moet worden nageleefd en de andere verplichtingen ook van rechtswege gelden.

Als die bepalingen worden gehandhaafd, moeten ze aldus worden herzien dat de situaties waarin de bewuste “bijzondere gevallen” zich voordoen beter worden afgebakend. Ze zouden dan beter op eenvormige wijze worden geredigeerd, tenzij verschillen in redactie verantwoord zijn wegens het bijzonder karakter van de beschouwde gevallen.

Artikelen 31 en 97

In de artikelen 31 en 97 wordt het begrip “werkdag” gebezigd, dat geen enkele algemeen aanvaarde juridische betekenis heeft.

Indien de steller van het ontwerp dat begrip wenst te handhaven, zou het beter zijn het in de tekst te definiëren.

Aangezien sommige van de vermelde termijnen tamelijk lang zijn, wat het moeilijk maakt om exact te bepalen wanneer die termijnen verstrijken, rijst de vraag of het niet beter zou zijn alle termijnen “dagen” in plaats van in “werkdagen” en te bepalen dat, als de termijn op een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag verstrijkt, hij wordt verlengd tot de

⁶ Parl.St. Senaat 1994-95, nr. 1352/1, 243 en 244.

eerstvolgende werkdag, waarbij onder dit begrip “werkdag”, in dit verband, een dag wordt verstaan die noch een zaterdag, noch een zondag, noch een wettelijke feestdag is.

Artikelen 135 en 142

Artikel 135, 1°, strekt ertoe artikel 4, 1°, b), van de wet van 22 maart 2006 ‘betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten’ te vervangen door een nieuwe tekst.

Artikel 142 strekt ertoe artikel 120 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 ‘tot omzetting van de Europese richtlijn betreffende de markten voor financiële instrumenten’ te vervangen door een bepaling waarbij artikel 12, § 1, 3°, van dezelfde wet wordt aangevuld met twee nieuwe leden. Dat koninklijk besluit is bekrachtigd bij artikel 11 van de wet van 8 juni 2008 ‘houdende diverse bepalingen (I)’.

Artikel 4, 1°, b), van de wet van 22 maart 2006 werd reeds vervangen bij artikel 117 van het koninklijk besluit van 27 april 2007, maar die bepaling is niet in werking getreden, aangezien de Koning geen gebruik heeft gemaakt van de machtiging die Hem bij artikel 127, vierde lid, van datzelfde koninklijk besluit, is verleend om de datum van inwerkingtreding van dat artikel vast te stellen.

Het “tweede lid” (lees: het tweede lid van paragraaf 1, 3°) van artikel 12, § 1, werd zijnerzijds eveneens vervangen bij artikel 120 van het koninklijk besluit van 27 april 2007, maar die bepaling is evenmin in werking gesteld door de Koning op basis van de machtiging die Hem daartoe ook is verleend bij artikel 127, vierde lid, van datzelfde koninklijk besluit.

De vraag rijst waarom in de artikelen 135 en 142 van het voorliggende voorontwerp verschillende werkwijzen worden gevolgd: bij artikel 135 wordt de relevante bepaling van de wet van 22 maart 2006 rechtstreeks vervangen, terwijl bij artikel 142 de bepaling van het koninklijk besluit van 27 april 2007 wordt vervangen die ertoe strekte de relevante bepaling te vervangen.

Tenzij de steller van het voorontwerp daarover nadere uitleg geeft in de memorie van toelichting, zou dezelfde werkwijze moeten worden gevolgd voor alle teksten die gewijzigd zijn bij een wijzigingsbepaling die nog niet in werking is getreden. In dat verband wordt verwezen naar de *Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*.⁷

De steller van het voorontwerp dient tegelijkertijd te regelen wat moet gebeuren met de artikelen 117 en 120 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 en met de artikelen 119 en 127, vierde lid, van dat koninklijk besluit. Artikel 119 strekt tot vervanging van artikel 11, § 1, tweede lid, van de wet van 22 maart 2006, maar is nog niet in werking getreden om dezelfde reden als die vermeld aangaande de artikelen 117 en 120 van datzelfde koninklijk besluit.

⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 129 tot 131.

De vraag rijst of hoofdstuk VI van het koninklijk besluit van 27 april 2007, dat de artikelen 117 tot 120 omvat, niet moet worden opgeheven, aangezien artikel 118, dat een wijzigingsbepaling is, in werking is getreden en dus geen rechtsgevolgen meer heeft; artikel 127, vierde lid, van dat koninklijk besluit zou eveneens kunnen worden opgeheven.

Voorts wordt de aandacht van de steller van het voorontwerp gevestigd op het feit dat, indien artikel 12, § 1, 3°, van de wet van 22 maart 2006 wordt gewijzigd zoals dat wordt voorgesteld in de ontworpen bepaling (artikel 142 van het voorontwerp), die bepaling onder 3° zal bestaan uit vier "leden", namelijk de eerste twee leden die de huidige tekst van de bepaling onder 3° vormen ("voor eigen rekening, [...] en "Een makelaar [...] en de andere twee leden die worden ingevoegd bij de ontworpen bepaling (artikel 142 van het voorontwerp) ("Een makelaar [...] en "De Koning [...]), terwijl de tekst van die bepaling onder 3° na de inwerkingtreding van artikel 120 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 slechts uit drie "leden" zou hebben bestaan, namelijk het huidige eerste "lid" ("voor eigen rekening, [...] en de andere twee leden, namelijk die welke luidens artikel 120 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 het huidige tweede "lid" van de bepaling onder 3° moeten vervangen ("Een makelaar [...] en "De Koning [...]).

Artikel 186

Uit artikel 186 blijkt dat de ontworpen wet onmiddellijk in werking zal treden de dag waarop ze in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt.

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding van wetten bepaald bij artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 'betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen', dient in beginsel te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding teneinde elkeen een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe regels.

Artikel 186 moet dienovereenkomstig worden herzien.

WETGEVINGSTECHNISCHE SLOTOPMERKINGEN

1. Van elk gewijzigd artikel – of gewijzigd onderdeel van een artikel –, moeten alle vroegere wijzigingen die erin zijn aangebracht, als volgt worden vermeld:

a) ongeacht de aard ervan (vervanging, invoeging, opheffing, intrekking, vernietiging, herstel, bekrachtiging, vernummering, enz.), moeten alle vroegere wijzigingen die nog geldig zijn, dat wil zeggen die niet doelloos zijn geworden als gevolg van latere wijzigingen, worden opgegeven;

b) wanneer het artikel dat gewijzigd wordt niet bestond in de oorspronkelijke tekst, moet, in afwijking van punt a), eerst melding worden gemaakt van de regeling waarbij het artikel is ingevoegd, ook al is het ingevoegde artikel sedertdien vervangen.⁸

2. De onderdelen van het dispositief dienen te worden genummerd met Arabische cijfers.⁹

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Colette GIGOT

Pierre LIÉNARDY

⁸ *Ibid.*, aanbevelingen 113 en 115.

⁹ *Ibid.*, aanbeveling 64.