CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 61.275/2
du 8 mai 2017

sur

un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, en vue de mettre en œuvre le Règlement (UE) n° 596/2014 sur les abus de marché et de transposer la Directive 2014/57/UE relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché ainsi que la Directive d'exécution (UE) 2015/2392 concernant le signalement des violations, et portant des dispositions diverses'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 61.275/2
van 8 mei 2017

over

een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, met het oog op de tenuitvoerlegging van Verordening (EU) nr. 596/2014 betreffende marktmisbruik en de omzetting van Richtlijn 2014/57/EU betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik en Uitvoeringsrichtlijn (EU) 2015/2392 met betrekking tot de melding van inbreuken, en houdende diverse bepalingen'

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Le 31 mars 2017, 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 jusqu'au 15 mai 2017 (*), sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, en vue de mettre en œuvre le Règlement (UE) n° 596/2014 sur les abus de marché et de transposer la Directive 2014/57/UE relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché ainsi que la Directive d'exécution (UE) 2015/2392 concernant le signalement des violations, et portant des dispositions diverses'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 8 mai 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

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 8 mai 2017.

(*) Par courriel du 5 avril 2017.

*

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Op 31 maart 2017 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, verlengd tot 15 mei 2017 (*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, met het oog op de tenuitvoerlegging van Verordening (EU) nr. 596/2014 betreffende marktmisbruik en de omzetting van Richtlijn 2014/57/EU betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik en Uitvoeringsrichtlijn (EU) 2015/2392 met betrekking tot de melding van inbreuken, en houdende diverse bepalingen'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 8 mei 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, adjunct-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 8 mei 2017.

(*) Bij e-mail van 5 april 2017.

*

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

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

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avant-projet soumis pour avis a donné lieu à la réalisation d'une analyse d'impact intégrée. Il s'agit d'une obligation fondée sur l'article 6, § 1er, de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative'.

Le Conseil d'État s'interroge, au regard de l'objet de l'avant-projet et des modifications qu'il entend apporter à l'environnement normatif de diverses pratiques des marchés financiers, s'il est justifié de considérer que l'impact des mesures envisagées, ou à tout le moins de celles ne revêtant pas un caractère exclusivement technique, serait inexistant sur le « développement économique » (thème n° 7) ou sur les « investissements » (thème n° 8).

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de s'en assurer en manière telle que cette formalité préalable soit correctement accomplie.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3
(article 2 en projet de la loi du 2 août 2002)

1. À l'article 3, e), il est prévu de remplacer les mots « accord de taux futurs » par les mots « contrats à terme ferme (forwards) ».

Il ressort du commentaire de cette disposition que l'objectif est ainsi d'adapter la définition actuelle de la notion d'« instruments financiers » afin de transposer l'article 2, 1), de la directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 'concernant les sanctions pénales applicables aux abus de marché', qui renvoie à l'article 4, paragraphe 1, 15), de la directive MIFID II, lequel renvoie à son tour à l'annexe I, section C, de la même directive.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que la version néerlandaise de l'article 2, 1°, j), de la loi du 2 août 2002, telle qu'elle résulterait de la modification qui y est envisagée, en remplaçant le mot « rentetermijncontracten » par le mot « termijncontracten », transposerait correctement la version néerlandaise de l'annexe I, section C,

(*) S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

point 10), de la directive « MIFID II » mais que, dans la version française de la même annexe I, section C, point 10), c'est toujours le syntagme « accord de taux futurs » qui est utilisé, comme dans la version actuelle de l'article 2, 1°, j), de la loi, et non celui de « contrat à terme ferme (forwards) », ainsi que la disposition de l'avant-projet tend à le proposer.

Dans le délai imparti au Conseil d'État pour donner son avis, il n'a pas été possible de vérifier quelle est la version linguistique de la directive qui, sur ce point, correspond à la volonté de ses auteurs.

L'auteur de l'avant-projet adaptera celle des deux versions de l'article 2, 1°, j), de la loi du 2 août 2002 qui n'est plus en phase, sur ce point, avec la directive telle qu'il faut l'interpréter en fonction de la volonté de ses auteurs.

2. À l'article 3, f), dès lors que la notion de « quota d'émission » est définie par l'article 2, 25°, en projet de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers' (ci-après : « la loi du 2 août 2002 »), le dispositif de l'article 2, 1°, k), en projet de la loi du 2 août 2002 peut être simplement remplacé par les termes suivants : « les quotas d'émission ».

3. Dès lors que les notions de « programme de rachat » et de « stabilisation » sont utilisées à plusieurs reprises (articles 39, § 4, 1° et 2°, et 40, § 5, 1° et 2°, en projet de la loi du 2 août 2002), il convient de définir ces notions au sein de l'article 2 en projet de la loi du 2 août 2002, et ce par référence à l'article 3, respectivement aux paragraphes 1, 17°, et 2, d), du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 'sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission'.

Article 4

(article 3 en projet de la loi du 2 août 2002)

L'ajout des termes « ou visant à transposer la directive 2014/57/UE » au sein de l'article 3, § 5, de la loi du 2 août 2002 paraît dépourvu de portée dès lors que la transposition de la directive aura pour effet d'incorporer celle-ci au sein du droit belge. Le respect du droit belge impliquera dès lors le respect de la directive 2014/57/UE.

L'article 4 sera omis.

Article 11

(article 40*bis* en projet de la loi du 2 août 2002)

La section de législation s'interroge sur la nécessité, la plus-value et dès lors l'admissibilité de l'article 40*bis*, § 2, alinéas 1er et 2, compte tenu des articles 25 à 27 du règlement n° 596/2014, qui sont directement applicables.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Article 13

(article 69*bis* en projet de la loi du 2 août 2002)

1. L'article 69*bis*, § 2, en projet de la loi du 2 août 2002 prévoit que la personne qui effectue de bonne foi un signalement au sens du paragraphe 1er de cette disposition « n'est pas considérée comme violant une quelconque restriction à la divulgation ou communication d'informations imposées par un contrat, par une disposition législative, réglementaire ou administrative, et sa responsabilité ne sera aucunement engagée en rapport avec la notification de ces informations ».

2. Il ressort du commentaire des articles 13 et 14 de l'avant-projet que l'article 69*bis*, § 2, en projet transpose ainsi, notamment, l'article 99*quinquies*, § 4, de la directive OPCVM [1]. Cette dernière disposition vise cependant uniquement à protéger les « salariés des sociétés d'investissement, sociétés de gestion et dépositaires » qui effectuent un signalement visé, à l'article 99*quinquies*, §§ 1er et 3, de cette directive.

En l'espèce, l'article 69*bis*, § 2, en projet de la loi du 2 août 2002 vise toute personne qui effectuerait un signalement sans limiter son champ d'application aux membres du personnel des organismes ou entités soumises au contrôle de la FSMA.

Ce faisant, l'avant-projet paraît s'autoriser d'une lecture de l'article 23, § 4, du règlement n° 596/2014, qui est directement applicable. Il n'est toutefois pas exclu, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de secret professionnel des avocats dans le cadre de l'exercice de leur mission de défense [2], qu'une interprétation du règlement excluant les avocats de son champ d'application dans ce même cadre des droits de la défense puisse, elle aussi, être retenue.

Il n'appartient certes pas à la section de législation de se prononcer sur la conformité d'un règlement européen au regard des droits fondamentaux que sont le droit à un procès équitable ou le droit au respect de la vie privée mais, en tout état de cause, l'obligation prévue par l'article 69*bis* a un champ d'application plus large que celui du règlement n° 596/2014, dès lors que son paragraphe 1er vise le signalement de toute infraction potentielle ou réelle aux règles visées à l'article 45 de la loi du 2 août 2002, qui va au-delà des règles en matière d'abus de marché. C'est en tenant compte de cet élément que les observations suivantes sont formulées.

3. Sur ces questions, dans un arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008 concernant la loi du 12 janvier 2004 'modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, et la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises

[1] Directive 2009/65/UE 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 (OPCVM)', telle que modifiée par la directive 2014/91/UE.

[2] C.J.U.E., 26 juin 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.* À la suite de cet arrêt, rendu sur une question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle de Belgique, celle-ci s'est prononcée sur ces questions par un arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008, dont il sera question ci-après.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires financiers et conseillers en placements', la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« B.6.1. Les avocats prennent une part importante dans l'administration de la justice en Belgique, ce qui justifie que les conditions d'accès et d'exercice à cette profession obéissent à des règles propres, différentes de celles qui régissent d'autres professions libérales. Aux termes de l'article 456 du Code judiciaire, la profession d'avocat est fondée sur les principes 'de dignité, de probité et de délicatesse'.

B.6.2. Les avocats sont soumis à des règles déontologiques strictes, dont le respect est assuré en première instance par le conseil de discipline de l'Ordre. Celui-ci peut, suivant le cas, 'avertir, réprimander, suspendre pendant un temps qui ne peut excéder une année, rayer du tableau, de la liste des avocats qui exercent leur profession sous le titre professionnel d'un autre État membre de l'Union européenne ou de la liste des stagiaires' (article 460, alinéa 1er, du Code judiciaire).

B.6.3. Il découle du statut particulier des avocats, établi par le Code judiciaire et par les réglementations adoptées par les ordres créés par la loi du 4 juillet 2001, que la profession d'avocat en Belgique se distingue d'autres professions juridiques indépendantes.

B.7.1. L'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel, dont la violation est sanctionnée notamment par l'article 458 du Code pénal, est un élément fondamental des droits de la défense.

B.7.2. Il est vrai que la règle du secret professionnel doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec elle. La levée du secret professionnel de l'avocat doit toutefois, pour être compatible avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, être justifiée par un motif impérieux, et être strictement proportionnée.

[…]

B.8. La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qui exercent une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue une menace particulière pour la société, est un objectif légitime d'intérêt général. Toutefois, cet objectif ne saurait justifier une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat, car, pour les motifs rappelés en B.6.1 à B.6.3, les avocats ne peuvent être confondus avec les autorités chargées de la recherche des infractions ».

4. Dans un arrêt du 26 septembre 2013, n° 127/2013, concernant la levée du secret professionnel des avocats afin d'améliorer l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité, la Cour constitutionnelle a également considéré ce qui suit :

« B.29.2. […]

[…] [L]'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Comme l'observe la Cour de cassation, 'le secret professionnel auquel sont tenus les membres du barreau repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient à eux' (Cass., 13 juillet 2010, *Pas.*, n° 480 ; voy. aussi Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, n° 313).

Même s'il n'est 'pas intangible', le secret professionnel de l'avocat constitue dès lors 'l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique' (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud* c. France, § 123).

B.29.3. Il en va d'autant plus ainsi en matière pénale, où le droit de tout accusé à ne pas contribuer à sa propre incrimination dépend indirectement mais nécessairement de la relation de confiance entre l'avocat et son client et de la confidentialité de leurs échanges (*ibid.*, § 118).

[…]

B.32. Si la protection de l'intégrité physique ou mentale des personnes mineures ou majeures vulnérables constitue incontestablement un motif impérieux d'intérêt général, pareil motif ne peut raisonnablement justifier la mesure attaquée, compte tenu des particularités qui caractérisent la profession d'avocat par rapport aux autres dépositaires du secret professionnel, lorsque l'information confidentielle a été communiquée à l'avocat par son client et est susceptible d'incriminer celui-ci.

B.33. Par la mesure attaquée, le législateur a dès lors porté atteinte de manière disproportionnée aux garanties accordées au justiciable par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et a violé les articles 10 et 11 de la Constitution.

Par ailleurs, le respect des règles déontologiques propres à la profession d'avocat et des principes qui les sous-tendent, de même que le recours à l'état de nécessité aux conditions décrites en B.3.2 permettent de réaliser un juste équilibre entre les garanties fondamentales qui doivent être reconnues au justiciable, en matière pénale, et le motif impérieux d'intérêt général que constitue la protection de l'intégrité physique ou mentale des personnes mineures ou majeures vulnérables.

En effet, le recours à l'état de nécessité suppose, en l'espèce et à la différence de la disposition attaquée, que l'avocat démontre l'existence d'un péril imminent et grave qu'il est impossible d'éviter autrement que par la communication au procureur du Roi, fût-ce en dernier recours, de l'infraction commise par son client ».

5. Il ressort du commentaire des articles 13 et 14 que l'article 69*bis*, § 2, en projet de la loi du 2 août 2002 est inspiré « de dispositions prévoyant une protection comparable, telle que l'article 36/7/1 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique, pour les membres du personnel de certains établissements financiers qui signalent une infraction aux lois et règlements régissant le statut et le contrôle desdits établissements financiers, l'article 32 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement de terrorisme, pour les personnes qui conformément à cette loi procèdent à une déclaration à la Cellule de traitement des informations financières, et divers articles de loi prévus pour les commissaires agréés auprès d'entreprises réglementées qui fournissent certaines informations à l'autorité de contrôle ».

Cependant, l'article 69*bis*, § 2, en projet de la loi du 2 août 2002 ne se limite pas aux membres du personnel d'organismes ou d'établissements soumis au contrôle de la FSMA mais vise toute personne qui effectue un signalement.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

On observe, du reste, qu'en ce qui concerne la loi du 11 janvier 1993, son article 26, § 3 [3], prévoit expressément des limites permettant de garantir le respect du secret professionnel des avocats, notamment à la suite de l'arrêt n° 10/2008 de la Cour constitutionnelle précité [4].

6. Par conséquent, en ce qu'il permet inconditionnellement et de manière illimitée aux avocats de se délier de leur secret professionnel lorsqu'ils procèdent à un signalement au sens de l'article 69*bis*, § 1er, en projet de la loi du 2 août 2002, l'article 69*bis*, § 2, en projet porte atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Le dispositif sera dès lors fondamentalement revu au regard de cette observation.

Article 16
(article 73 en projet de la loi du 2 août 2002)

Les « accords de travail » entre la FSMA et le Ministère public dont il est question à l'article 73 en projet devraient être publiés au *Moniteur belge*.

La disposition devrait le préciser.

Article 17
(article 77 en projet de la loi du 2 août 2002)

Il convient de préciser expressément au sein de l'article 77, § 2, alinéa 3, en projet de la loi du 2 août 2002 que, dans l'hypothèse où la FSMA entend invoquer le fait qu'une procédure judiciaire est déjà engagée ou qu'un jugement définitif a déjà été rendu pour les mêmes faits et contre les mêmes personnes en Belgique afin de justifier un refus de donner suite à une demande d'informations ou d'assistance, la FSMA devrait malgré tout donner suite à la demande

[3] L'article 26, § 3, de la loi du 11 janvier 1993 prévoit en effet ce qui suit :
« § 3. Les personnes visées à l'article 3, 5°, qui, dans l'exercice des activités énumérées à cet article, constatent des faits qu'elles savent ou soupçonnent être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme sont tenues d'en informer immédiatement le bâtonnier de l'Ordre dont elles relèvent.
Toutefois, les personnes visées à l'article 3, 5°, ne transmettent pas ces informations si celles-ci ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, sauf si elles prennent part à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, elles fournissent un conseil juridique à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou elles savent que le client les sollicite à de telles fins.
Le bâtonnier vérifie le respect des conditions prévues à l'article 3, 5°, et à l'alinéa précédent. Si ces conditions sont respectées, il transmet immédiatement par écrit ou par voie électronique les informations à la cellule de traitement des informations financières ».

[4] Sur cette disposition, voir l'avis 45.550/2 donné le 22 décembre 2008 sur un avant-projet devenu la loi du 18 janvier 2010 'modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, et le Code des sociétés'.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

si le redressement ou la sanction que vise la procédure initiée par l'autorité présentant la demande ne devrait pas nécessairement être écartée sur la base du principe *non bis in idem* [5].

Article 21

(article 80 en projet de la loi du 2 août 2002)

1.1. Il résulte de l'article 80 en projet de la loi du 2 août 2002 qu'outre des actifs financiers, la saisie provisoire pourra désormais également porter sur les « documents et données qui peuvent servir à la manifestation de la vérité ». Ce faisant, l'avant-projet de loi étend le champ d'application de la saisie provisoire en s'inspirant de la formulation utilisée par l'article 35 du Code d'instruction criminelle.

Les possibilités de saisie provisoire pour l'auditeur ou, en son absence, pour l'auditeur adjoint, sont également étendues aux hypothèses dans lesquelles la saisie permettrait à la FSMA de répondre aux demandes d'informations émanant de l'ESMA, de l'EIOPA, de l'EBA et du Comité européen du risque systémique (article 35, § 1er, alinéa 1er, 3°, de la loi du 2 août 2002).

1.2. Lors de l'examen de la version actuelle de l'article 80 de la loi du 2 août 2002, la section de législation a relevé ce qui suit dans un avis n° 42.055/2 :

> « Les articles 50 à 56 introduisent dans la loi du 2 août 2002 des dispositions nouvelles qui confèrent des pouvoirs extrêmement importants à l'auditeur qui, selon l'article 70 de la loi en vigueur, est chargé d'instruire les dossiers 'lorsque la CBFA constate, dans l'exercice de ses missions légales, qu'il existe des indices sérieux de l'existence d'une pratique susceptible de donner lieu à une sanction administrative'.
>
> Les articles 52, 53, 54 et 55 disposent que les pouvoirs nouveaux attribués à l'auditeur ne peuvent être exercés que 'moyennant l'autorisation préalable d'un juge d'instruction'.
>
> En revanche, une telle autorisation n'est pas prévue s'agissant de la possibilité d'opérer une saisie provisoire comme prévue à l'article 50 et de la possibilité de solliciter un opérateur d'un réseau de télécommunication ou le fournisseur d'un service de télécommunication certains renseignements particuliers comme prévu à l'article 51.
>
> S'agissant de pouvoirs très importants, les auteurs de l'avant-projet de loi doivent se justifier quant à l'absence d'intervention du juge d'instruction dans les cas visés aux articles 50 et 51 [articles 80 et 81 de la loi du 2 août 2002].
>
> Une observation analogue vaut pour l'article 46 (article 34, § 1er, 1°, en projet) ».

En réponse à cette observation, les travaux préparatoires de 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' précisent ceci :

> « Dans son avis, le Conseil d'État a relevé l'absence d'autorisation judiciaire pour procéder à une saisir provisoire et demande de le justifier. Le Gouvernement estime à ce

[5] En ce sens, voir le commentaire des articles 17, 18 et 19.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

sujet que le régime proposé apporte une protection juridique équilibrée qui, d'une part, offre des garanties suffisantes eu égard à la nature de la mesure d'investigation et, d'autre part, n'entrave pas l'efficacité de la mesure en question. Il s'agit ici en fin de compte d'une saisie qui ne peut excéder une durée de 48 heures, ce délai ne pouvant être renouvelé, ce qui a été précisé dans le dispositif de la loi suite à l'observation du Conseil d'État. Si, dans ce délai, le juge d'instruction n'a pas donné l'autorisation de procéder à une saisie de durée indéterminée, la saisie est levée et le saisi peut à nouveau disposer de ses actifs. Il y a lieu en outre de noter que la mesure porte uniquement sur des actifs financiers et que, comme précisé ci-dessus, d'autres autorités administratives encore disposent du pouvoir de procéder à une saisie provisoire sans intervention des autorités judiciaires.

La saisie fait l'objet d'un procès-verbal, qui est soumis à la signature du saisi ou du tiers saisi. Le projet précise, à la suite d'une observation du Conseil d'État, que ceux-ci en reçoivent une copie gratuitement sans devoir en faire la demande ».

1.3. Pour autant que de besoin, on observe qu'il est exact que d'autres autorités administratives disposent du pouvoir de procéder à une saisie provisoire sans intervention des autorités judiciaires. Ainsi, les auditeurs et les fonctionnaires du Service de la concurrence commissionnés par le ministre peuvent procéder à une saisie ou apposer des scellés pour une durée limitée en vertu de l'article 22, § 3, alinéa 6, de la loi du 10 juin 2006 'sur la protection de la concurrence économique' [6]. L'objet de la saisie est uniquement limité par la nécessité de la mission.

Dans son avis 38.503/1, la section de législation du Conseil d'État précisait simplement, en ce qui concerne cette disposition, qu'il convenait de prévoir, pour cet acte d'instruction, « la possibilité d'un contrôle juridictionnel par analogie à l'article 28*sexies* du Code d'instruction criminelle ».

Interrogé quant aux possibilités de recours existantes à l'égard d'une saisie provisoire sur la base de l'article 80 de la loi du 2 août 2002, le délégué relève qu'

« Il n'y a pas de possibilité de recours spécifique prévue contre une saisie provisoire (dont la durée ne peut pas dépasser 48 heures) opérée en vertu de l'article 80 de la loi du 2 août 2002. Sur base de la compétence générale du Conseil d'Etat de statuer sur les recours formés contre les actes des autorités administratives, un recours devant le Conseil d'État est, selon nous, possible ».

Par conséquent, les justifications avancées dans les travaux préparatoires de la loi du 2 mai 2007 paraissent pouvoir être également retenues à l'appui de l'article 80 en projet de la loi du 2 août 2002.

[6] L'article 22, § 3, alinéa 6, de la loi du 10 juin 2006 précise en effet : « Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent saisir sur place et apposer des scellés pour la durée de leur mission et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci, sans pouvoir excéder 72 heures, dans des locaux autres que ceux des entreprises ou d'associations d'entreprises. Ces mesures sont constatées dans un procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal est remise à la personne qui a fait l'objet de ces mesures ».

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

2. Afin de mieux traduire la portée de l'article 80, alinéa 1er, en projet de la loi du 2 août 2002 quant à l'élargissement de la protection du domicile, au sens large que revêt cette notion au regard de l'article 15 de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne rappelée dans le commentaire de l'article, il y a lieu, dans la version française, de remplacer le mot « habitation » par le mot « domicile ».

La même observation vaut pour l'article 82, 1°, en projet à l'article 23 et pour l'article 83, § 1er, alinéa 1er, en projet à l'article 24.

Article 28

(Article 126 en projet de la loi du 13 juin 2005)

Compte tenu de la modification apportée par l'article 28 à l'article 126 de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', il paraitrait logique d'également compléter l'article 126/1, § 1er, alinéa 1er, de cette loi afin de viser les données qui peuvent être requises en vertu des articles 81, 82, 2°, et 84 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'.

Article 33

(article 20 en projet de la loi du 25 avril 2014)

Il ressort du commentaire des articles 26 et 33 de l'avant-projet que la suppression proposée de l'actuel article 20, § 1er, 3°, de la loi du 25 avril 2014 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés en bourse' est justifiée par le fait que « l'article 20 de la loi bancaire peut toutefois avoir des conséquences non souhaitées parce que la commission des sanctions ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation en la matière, étant donné qu'il s'agit d'une interdiction automatique. Le législateur estime que l'on pourrait imaginer des circonstances concrètes dans lesquelles une interdiction professionnelle n'est pas souhaitable ».

Compte tenu du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier les raisons pour lesquelles un raisonnement similaire ne pourrait pas être tenu concernant l'ensemble des autres hypothèses visées par l'article 20, § 1er, de la loi du 25 avril 2014.

La seule circonstance que cette automaticité ne porte que sur des infractions sanctionnées de manière pénale, et non administrative, ne paraît pas offrir cette justification.

Article 34

(article 578, 25°, en projet du Code judiciaire)

La réserve faite à l'article 578, 25°, du Code judiciaire, *in fine*, en projet, pour ce qui concerne les compétences du Conseil d'État, n'est pas rédigée de manière suffisamment claire.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Sur ce point, le commentaire de la disposition précise que cette réserve concerne « les membres du personnel statutaire ».

Cette précision sera insérée dans le dispositif.

Articles 38 et 39

1. Dès lors que la date du 3 janvier 2017 – date à partir de laquelle les États membres doivent appliquer les dispositions législatives, réglementaires et administratives visant à transposer la directive « MIFID II » – est dépassée, les régimes dérogatoires prévus par les articles 38, alinéa 2, et 39, alinéas 1er et 2, sont dépourvus de sens.

L'avant-projet sera réexaminé à cet égard.

2. L'article 38 de l'avant-projet prévoit l'entrée en vigueur de celui-ci, sous réserve de l'article 39, le lendemain de sa publication au *Moniteur belge*.

Ce faisant, il est dérogé au délai usuel d'entrée en vigueur des textes législatifs, fixé à dix jours par l'article 4 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'. À défaut d'une justification spécifique, il faut renoncer à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

Il en va d'autant plus ainsi que, contrairement à ce qui est avancé dans le commentaire de l'article 38 et ainsi qu'il se déduit de l'observation n° 1, l'article 39 ne permet pas aux institutions et personnes agréées ou enregistrées par la FSMA ou la BNB de disposer d'un délai suffisant pour mettre en place les procédures internes appropriées permettant le signalement d'infractions, comme cela leur est imposé par l'article 69*ter* en projet de la loi du 2 août 2002, ce qui porte atteinte à la sécurité juridique.

*

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

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 die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Het om advies voorgelegde voorontwerp heeft aanleiding gegeven tot het uitvoeren van een geïntegreerde impactanalyse. Dat is een verplichting op grond van artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013 'houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging'.

Gelet op de strekking van het voorontwerp en op de wijzigingen die het beoogt aan te brengen in het regelgevende kader voor diverse praktijken op de financiële markten, vraagt de Raad van State zich af of het gerechtvaardigd is ervan uit te gaan dat de voorgenomen maatregelen, of op zijn minst de maatregelen die niet louter technisch zijn, geen impact hebben op de "Economische ontwikkeling" (thema 7) of de "Investeringen" (thema 8).

De steller van het voorontwerp moet zich daarvan vergewissen zodat dat voorafgaand vormvereiste behoorlijk vervuld wordt.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3
(ontworpen artikel 2, van de wet van 2 augustus 2002)

1. In artikel 3, e), wordt bepaald dat het woord "rentetermijncontracten" vervangen dient te worden door het woord "termijncontracten (forwards)".

Uit de commentaar bij deze bepaling blijkt dat het de bedoeling is om aldus de huidige definitie van het begrip "financiële instrumenten" aan te passen met het oog op de omzetting van artikel 2, punt 1, van richtlijn 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 'betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik', waarin verwezen wordt naar artikel 4, lid 1, punt 15, van de MIFID II-richtlijn, dat op zijn beurt verwijst naar bijlage I, deel C, bij dezelfde richtlijn.

(*) Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

De aandacht van de steller van het voorontwerp wordt erop gevestigd dat de Nederlandse tekst van artikel 2, 1°, j), van de wet van 2 augustus 2002, zoals die zou voortvloeien uit de wijziging die bij het voorontwerp wordt aangebracht, waarbij het woord "rentetermijncontracten" vervangen wordt door het woord "termijncontracten", de Nederlandse tekst van bijlage I, deel C, punt 10, van de "MIFID-richtlijn" correct zou omzetten, maar dat in de Franse tekst van diezelfde bijlage I, deel C, punt 10, nog steeds de uitdrukking "accord de taux futurs" wordt gebruikt, zoals in de huidige versie van artikel 2, 1°, j), van de wet, en niet de uitdrukking "contrat à terme ferme (forwards)", die voorgesteld wordt in de bepaling van het voorontwerp.

De Raad van State is binnen de termijn waarover hij beschikt om advies uit te brengen, niet kunnen nagaan welke taalversie van de richtlijn de juiste is.

De steller van het voorontwerp dient ofwel de Nederlandse ofwel de Franse versie van artikel 2, 1°, j), van de wet van 2 augustus 2002 aan te passen, naargelang van welke versie op dat punt niet meer overeenstemt met de richtlijn zoals die bedoeld is door de stellers ervan.

2. Aangezien het begrip "emissierechten" gedefinieerd wordt in het ontworpen artikel 2, 25°, van de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten' (hierna: "de wet van 2 augustus 2002"), kan in artikel 3, f), het dispositief van het ontworpen artikel 2, 1°, k), van de wet van 2 augustus 2002 gewoon vervangen worden door de volgende bewoordingen: "de emissierechten".

3. Aangezien de begrippen "terugkoopprogramma's" en "stabilisering" meermaals gebezigd worden (ontworpen artikelen 39, § 4, 1° en 2°, en 40, § 5, 1° en 2°, van de wet van 2 augustus 2002), behoren die begrippen gedefinieerd te worden in het ontworpen artikel 2 van de wet van 2 augustus 2002, waarbij respectievelijk verwezen dient te worden naar lid 1, 17°, en lid 2, d), van artikel 3 van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 'betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie'.

Artikel 4

(ontworpen artikel 3, van de wet van 2 augustus 2002)

De toevoeging van de woorden "of tot omzetting van Richtlijn 2014/57/EU" aan artikel 3, § 5, van de wet van 2 augustus 2002 lijkt geen zin te hebben, daar de omzetting van de richtlijn tot gevolg heeft dat deze deel uitmaakt van het Belgisch recht. De eerbiediging van het Belgisch recht houdt dus in dat ook richtlijn 2014/57/EU geëerbiedigd wordt.

Artikel 4 moet vervallen.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Artikel 11

(ontworpen artikel 40*bis*, van de wet van 2 augustus 2002)

De afdeling Wetgeving stelt zich vragen bij de noodzaak, de meerwaarde en derhalve ook de aanvaardbaarheid van artikel 40*bis*, § 2, eerste en tweede lid, gelet op de artikelen 25 tot 27 van verordening nr. 596/2014, die rechtstreeks toepasselijk zijn.

Artikel 13

(ontworpen artikel 69*bis*, van de wet van 2 augustus 2002)

1. In het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 wordt bepaald dat de persoon die te goeder trouw een melding doet als bedoeld in paragraaf 1 van die bepaling 'niet [wordt] geacht een inbreuk te plegen op enige bij overeenkomst of bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling opgelegde beperking van de openbaarmaking of mededeling van informatie, en (…) op geen enkele wijze aansprakelijk [kan] worden gesteld voor de melding van deze informatie'.

2. Uit de commentaar bij de artikelen 13 en 14 van het voorontwerp blijkt dat het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, aldus inzonderheid artikel 99*quinquies*, § 4, van de ICBE-richtlijn omzet.[1] Die laatste bepaling voorziet evenwel uitsluitend in de passende bescherming voor de "werknemers van beleggingsmaatschappijen, beheermaatschappijen en bewaarders", die een melding doen zoals bedoeld in artikel 99*quinquies*, §§ 1 en 3, van deze richtlijn.

In casu heeft het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betrekking op elke persoon die een melding zou doen zonder dat het toepassingsgebied ervan beperkt wordt tot de personeelsleden van de instellingen of de entiteiten die onder het toezicht vallen van de FSMA.

Aldus lijkt het voorontwerp uit te gaan van een interpretatie van artikel 23, § 4, van verordening nr. 596/2014 die rechtstreeks toepasselijk is. Er valt evenwel niet uit te sluiten, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake het beroepsgeheim van de advocaten in het kader van de uitoefening van hun opdrachten van verdediging[2], dat de verordening ook aldus kan worden geïnterpreteerd dat de advocaten, in hetzelfde kader van de rechten van verdediging, uitgesloten worden van het toepassingsgebied ervan.

Het staat weliswaar niet aan de afdeling Wetgeving om zich uit te spreken over de conformiteit van een Europese verordening uit het oogpunt van het recht op een billijk proces of het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, wat grondrechten zijn, maar de verplichting die vervat ligt in artikel 69*bis* heeft hoe dan ook een ruimer toepassingsgebied dan verordening nr. 596/2014, daar in het eerste lid van dat artikel sprake is van de melding van

[1] 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 (icbe's)', zoals deze gewijzigd is bij richtlijn 2014/91/EU.

[2] HvJ 26 juni 2007, C-305/05, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a. Na dat arrest, dat gewezen is naar aanleiding van een prejudiciële vraag gesteld door het Grondwettelijk Hof van België, heeft dit Hof zich over die kwesties uitgesproken in arrest nr. 10/2008 van 23 januari 2008, dat hierna nog aan bod zal komen.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

daadwerkelijke of potentiële inbreuken op de regels bedoeld in artikel 45 van de wet van 2 augustus 2002, wat verder gaat dan de regels inzake marktmisbruik. De volgende opmerkingen worden geformuleerd rekening houdend met het voorgaande gegeven.

3. In dat verband heeft het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 10/2008 van 23 januari 2008 met betrekking tot de wet van 12 januari 2004 'tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, en de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs', het volgende geoordeeld:

> "B.6.1. In België hebben de advocaten een aanzienlijk aandeel in de rechtsbedeling, wat verantwoordt dat met betrekking tot de voorwaarden van toegang tot en de uitoefening van dat beroep eigen regels in acht worden genomen die verschillend zijn van diegene die voor andere vrije beroepen gelden. Luidens artikel 456 van het Gerechtelijk Wetboek is het beroep van advocaat gebaseerd op de beginselen van 'waardigheid, rechtschapenheid en kiesheid'.
>
> B.6.2. De advocaten zijn onderworpen aan strikte deontologische regels, waarvan de inachtneming in eerste aanleg wordt verzekerd door de tuchtraad van de Orde. Die kan, naar gelang van het geval, 'waarschuwen, berispen, schorsen voor een termijn van ten hoogste één jaar, schrappen van het tableau, van de lijst van advocaten die hun beroep uitoefenen onder de beroepstitel van een andere lidstaat van de Europese Unie of van de lijst van stagiairs' (artikel 460, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).
>
> B.6.3. Uit het bijzondere statuut van de advocaten, vastgesteld in het Gerechtelijk Wetboek en in de reglementeringen die zijn aangenomen door de bij de wet van 4 juli 2001 opgerichte orden, vloeit voort dat het beroep van advocaat in België zich onderscheidt van andere zelfstandige juridische beroepen.
>
> B.7.1. De effectiviteit van de rechten van de verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen hem en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt. Die noodzakelijke vertrouwensrelatie kan alleen tot stand komen en behouden blijven indien de rechtzoekende de waarborg heeft dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt, door die laatstgenoemde niet openbaar zal worden gemaakt. Hieruit volgt dat de regel van het beroepsgeheim, waarvan de schending met name bij artikel 458 van het Strafwetboek wordt bestraft, een fundamenteel element van de rechten van de verdediging is.
>
> B.7.2. Weliswaar moet de regel van het beroepsgeheim wijken wanneer dat noodzakelijk blijkt of wanneer een hoger geachte waarde ermee in conflict treedt. Het opheffen van het beroepsgeheim van de advocaat moet evenwel, om met de fundamentele beginselen van de Belgische rechtsorde verenigbaar te zijn, door een dringende reden worden verantwoord en strikt evenredig zijn.
>
> (…)
>
> B.8. De bestrijding van het witwassen van geld en van de financiering van terrorisme, die een onmiskenbare invloed uitoefenen op de groei van de georganiseerde misdaad, die een bijzondere bedreiging voor de samenleving vormt, is een gewettigde doelstelling van algemeen belang. Die doelstelling zou een onvoorwaardelijke of onbeperkte opheffing van het beroepsgeheim van de advocaat echter niet kunnen verantwoorden, daar de advocaten, om de in B.6.1 tot B.6.3 in herinnering gebrachte motieven, moeten worden onderscheiden van de overheden die zijn belast met het opsporen van de misdrijven".

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

4. In verband met de opheffing van het beroepsgeheim van de advocaten om de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie te verbeteren, heeft het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 127/2013 van 26 september 2013 eveneens het volgende geoordeeld:

"B.29.2. (…)

De effectiviteit van de rechten van de verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt (…) noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen die persoon en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt. Die noodzakelijke vertrouwensrelatie kan alleen tot stand komen en behouden blijven indien de rechtzoekende de waarborg heeft dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt door die laatstgenoemde niet openbaar zal worden gemaakt. Hieruit volgt dat de aan de advocaat opgelegde regel van het beroepsgeheim een fundamenteel element van de rechten van de verdediging is.

Zoals het Hof van Cassatie erop wijst, '[berust] het beroepsgeheim waaraan de leden van de balie zijn onderworpen, […] op de noodzaak volledige veiligheid te verzekeren aan diegenen die zich aan hen toevertrouwen' (Cass., 13 juli 2010, *Arr. Cass*., 2010, nr. 480; zie ook Cass., 9 juni 2004, *Arr. Cass*., 2004, nr. 313).

Ook al is het 'niet onaantastbaar', het beroepsgeheim van de advocaat vormt 'een van de grondbeginselen waarop de organisatie van het gerecht in een democratische samenleving berust' (EHRM, 6 december 2012, *Michaud* t. Frankrijk, § 123).

B.29.3. Dat geldt des te meer in strafzaken, waarin het recht van een beschuldigde om zichzelf niet te beschuldigen, onrechtstreeks maar noodzakelijkerwijs afhangt van de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt en van de vertrouwelijkheid van hun uitwisseling (*ibid*., § 118).

(…)

B.32. Hoewel de bescherming van de fysieke of psychische integriteit van minderjarige of meerderjarige kwetsbare personen ontegenzeglijk een dwingende reden van algemeen belang uitmaakt, kan een dergelijke reden de bestreden maatregel niet redelijk verantwoorden, rekening houdend met de bijzonderheden die het beroep van advocaat kenmerken ten opzichte van de andere houders van het beroepsgeheim wanneer de vertrouwelijke informatie aan de advocaat is meegedeeld door zijn cliënt en voor die laatste mogelijkerwijs incriminerend is.

B.33. Met de bestreden maatregel heeft de wetgever derhalve op onevenredige wijze afbreuk gedaan aan de waarborgen die bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens aan de rechtzoekende worden toegekend, en heeft hij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden.

De inachtneming van de deontologische regels die eigen zijn aan het beroep van advocaat en van de beginselen die ze ondersteunen, alsmede het aanvoeren van de noodtoestand onder de in B.3.2 beschreven voorwaarden, maken het trouwens mogelijk om een billijk evenwicht tot stand te brengen tussen de fundamentele waarborgen die aan de rechtzoekende in strafzaken moeten worden toegekend en de dwingende reden van algemeen belang die bestaat in de bescherming van de fysieke of psychische integriteit van kwetsbare minderjarige of meerderjarige personen.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Aldus veronderstelt het beroep op de noodtoestand te dezen, anders dan in de bestreden bepaling, dat de advocaat het bestaan aantoont van een daadwerkelijk en ernstig gevaar dat onmogelijk op een andere wijze kon worden vermeden dan door het meedelen, zij het in laatste instantie, van het door zijn cliënt gepleegde misdrijf aan de procureur des Konings".

5. Uit de commentaar bij de artikelen 13 en 14 blijkt dat het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 is ingegeven door "vergelijkbare beschermingsbepalingen, zoals artikel 36/7/1 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België, voor de personeelsleden van bepaalde financiële instellingen die een inbreuk melden op de wetten en reglementen die het statuut van en het toezicht op de financiële instellingen regelen, artikel 32 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, voor de personen die op grond van deze wet overgaan tot een mededeling aan de Cel voor financiële informatieverwerking en in diverse wetten voor erkende commissarissen bij gereglementeerde ondernemingen die bepaalde informatie verstrekken aan de toezichthouder".

Het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 heeft echter niet enkel betrekking op de personeelsleden van instellingen die onder het toezicht van de FSMA vallen, maar op elkeen die een melding doet.

Voor het overige valt op te merken dat artikel 26, § 3,[3] van de wet van 11 januari 1993, meer bepaald als gevolg van het voornoemde arrest 10/2008 van het Grondwettelijk Hof, uitdrukkelijk voorziet in beperkingen die kunnen waarborgen dat het beroepsgeheim van de advocaten in acht wordt genomen.[4]

6. Bijgevolg houdt het ontworpen artikel 69*bis*, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 een schending in van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat het het mogelijk maakt zonder voorwaarden of

[3] Artikel 26, § 3,[3] van de wet van 11 januari 1993 luidt immers als volgt:
"§ 3. De in artikel 3, 5°, bedoelde personen die, bij de uitoefening van de in dat artikel opgesomde activiteiten, feiten vaststellen waarvan zij weten of vermoeden dat ze verband houden met het witwassen van geld of met de financiering van terrorisme, moeten de stafhouder van de Orde waartoe zij behoren daarvan onmiddellijk op de hoogte brengen.
De in artikel 3, 5°, bedoelde personen delen die informatie echter niet mee in het geval zij deze van één van hun cliënten ontvangen of over één van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen, dan wel die cliënt in of in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen, tenzij zij zelf deelnemen aan de witwasactiviteiten of de activiteiten voor financiering van terrorisme, zij juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme verstrekken, of zij weten dat hun cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme.
De stafhouder controleert of de voorwaarden waarvan sprake in artikel 3, 5°, en in het vorige lid zijn nageleefd. Indien deze voorwaarden zijn nageleefd, bezorgt hij de informatie onmiddellijk, schriftelijk of elektronisch aan de Cel voor financiële informatieverwerking".

[4] Zie over die bepaling advies 45.550/2, op 22 december 2008 gegeven over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 18 januari 2010 'tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, en het Wetboek van vennootschappen'.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

beperkingen op te leggen dat advocaten zich onttrekken aan hun beroepsgeheim wanneer ze een melding doen in de zin van het ontworpen artikel 69*bis*, § 1.

Het dispositief moet dus grondig worden herzien in het licht van deze opmerking.

Artikel 16
(ontworpen artikel 73 van de wet van 2 augustus 2002)

De "werkafspraken" tussen de FSMA en het openbaar ministerie waarvan in het ontworpen artikel 73 sprake is, zouden in het *Belgisch Staatsblad* moeten worden bekendgemaakt.

Dat zou in de bepaling moeten worden vermeld.

Artikel 17
(ontworpen artikel 77 van de wet van 2 augustus 2002)

In het ontworpen artikel 77, § 2, derde lid, van de wet van 2 augustus 2002 moet uitdrukkelijk worden gepreciseerd dat, in het geval waarin de FSMA haar weigering om gevolg te geven aan een verzoek om informatie of bijstand beoogt te rechtvaardigen met het feit dat reeds een gerechtelijke procedure is ingesteld of reeds een definitieve uitspraak is gedaan voor dezelfde feiten en tegen dezelfde personen in België, de FSMA ondanks alles op het verzoek zou moeten ingaan indien het herstel of de sanctie die met de procedure, ingesteld door de verzoekende autoriteit, wordt nastreefd, niet noodzakelijkerwijs zou moeten worden afgewezen op basis van het beginsel *non bis in idem*.[5]

Artikel 21
(ontworpen artikel 80 van de wet van 2 augustus 2002)

1.1. Uit het ontworpen artikel 80 van de wet van 2 augustus 2002 vloeit voort dat de voorlopige inbeslagneming voortaan niet alleen op de financiële activa betrekking kan hebben, maar ook op de "documenten en gegevens die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen". Aldus verruimt het voorontwerp van wet de werkingssfeer van de voorlopige inbeslagneming, in bewoordingen die teruggaan op de formulering van artikel 35 van het Wetboek van Strafvordering.

De voorlopige inbeslagneming door de auditeur, of, in zijn afwezigheid, door de adjunct-auditeur, wordt ook mogelijk gemaakt in de gevallen waarin de inbeslagneming de FSMA in staat zou stellen om tegemoet te komen aan verzoeken om informatie van de ESMA, de EIOPA, de EBA en het Europees Comité voor systeemrisico's (artikel 35, § 1, eerste lid, 3°, van de wet van 2 augustus 2002).

[5] Zie in die zin de commentaar bij de artikelen 17, 18 en 19.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

1.2. Bij het onderzoek van de huidige versie van artikel 80 van de wet van 2 augustus 2002 heeft de afdeling Wetgeving in advies 42.055/2 het volgende opgemerkt:

> "Bij de artikelen 50 tot 56 worden in de wet van 2 augustus 2002 nieuwe bepalingen ingevoerd waarbij aan de auditeur die luidens artikel 70 van de geldende wet belast wordt met het onderzoek van de dossiers 'indien de CBFA in de uitoefening van zijn (lees: haar) wettelijke opdrachten ernstige aanwijzingen vaststelt van het bestaan van een praktijk die aanleiding kan geven tot een administratieve sanctie' uiterst belangrijke bevoegdheden worden verleend.
>
> De artikelen 52, 53, 54 en 55 bepalen dat de nieuwe bevoegdheden die aan de auditeur worden toegekend, alleen 'mits voorafgaande toestemming van een onderzoeksrechter' uitgeoefend mogen worden.
>
> Er is daarentegen niet in zulk een toestemming voorzien waar het gaat om de mogelijkheid van voorlopige inbeslagneming zoals bepaald in artikel 50, en de mogelijkheid om aan een operator van een telecommunicatienetwerk of de verstrekker van een telecommunicatiedienst bepaalde specifieke inlichtingen te vragen zoals bepaald in artikel 51.
>
> Aangezien het om zeer belangrijke bevoegdheden gaat, moeten de stellers van het voorontwerp van wet wettigen waarom in de gevallen genoemd in de artikelen 50 en 51 (artikelen 80 en 81 van de wet van 2 augustus 2002) geen onderzoeksrechter optreedt.
>
> Een soortgelijke opmerking geldt voor artikel 46 (ontworpen artikel 34, § 1, 1°)."

Als reactie op die opmerking is in de parlementaire voorbereiding van de wet van 2 mei 2007 'op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en houdende diverse bepalingen' het volgende gepreciseerd:

> "In zijn advies heeft de Raad van State gewezen op het gebrek aan rechterlijke machtiging voor de voorlopige inbeslagneming en vraagt hij dit te verantwoorden. De Regering is ter zake van oordeel dat de regeling een evenwichtige rechtsbescherming bevat die enerzijds voldoende waarborgen biedt, gelet op de aard van de maatregel, en anderzijds niet in de weg staat aan de werkbaarheid van de onderzoeksmaatregel in kwestie. Het gaat hier per slot van rekening om een inbeslagneming die de duur van 48 uur niet mag overschrijden, waarbij deze termijn niet kan worden hernieuwd, hetgeen naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State in het dispositief is gepreciseerd. Indien binnen deze termijn geen machtiging wordt bekomen van de onderzoeksrechter voor een inbeslagneming van onbepaalde duur, wordt de inbeslagneming opgeheven en kan de beslagene terug beschikken over zijn activa. Bovendien moet worden opgemerkt dat de maatregel enkel betrekking heeft op financiële activa, en dat, zoals hierboven is vermeld, ook andere administratieve overheden beschikken over een dergelijke bevoegdheid om voorlopig beslag te leggen zonder rechterlijke tussenkomst.
>
> Van de inbeslagneming wordt een proces-verbaal opgesteld, dat ter ondertekening wordt aangeboden aan de beslagene of derde-beslagene, die er, overeenkomstig de opmerking van de Raad van State, kosteloos een kopie van ontvangen zonder hierom te moeten verzoeken".

1.3. Voor zover nodig wordt opgemerkt dat andere administratieve overheden inderdaad beschikken over de bevoegdheid om voorlopig beslag te leggen zonder dat de gerechtelijke overheden tussenkomen. Zo bijvoorbeeld kunnen de auditeurs en de door de minister gemachtigde ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging krachtens artikel 22, § 3,

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

zesde lid, van de wet van 10 juni 2006 'tot bescherming van de economische mededinging' voor een beperkte duur beslag leggen of verzegelen.[6] Het voorwerp van de inbeslagneming wordt uitsluitend beperkt tot wat nodig is voor de opdracht.

In haar advies 38.503/1 heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State met betrekking tot die bepaling enkel aangegeven dat, wat die onderzoeksdaad betreft, diende te worden voorzien in "de mogelijkheid van een rechterlijke controle, naar analogie van het bepaalde in artikel 28*sexies* van het Wetboek van Strafvordering."

Op de vraag welke beroepsmogelijkheden voorhanden zijn bij een voorlopige inbeslagneming op grond van artikel 80 van de wet van 2 augustus 2002, heeft de gemachtigde het volgende gesteld:

> "Il n'y a pas de possibilité de recours spécifique prévue contre une saisie provisoire (dont la durée ne peut pas dépasser 48 heures) opérée en vertu de l'article 80 de la loi du 2 août 2002. Sur base de la compétence générale du Conseil d'Etat de statuer sur les recours formés contre les actes des autorités administratives, un recours devant le Conseil d'État est, selon nous, possible."

De verantwoording die aangevoerd is in de parlementaire voorbereiding van de wet van 2 mei 2007, lijkt bijgevolg ook in aanmerking te kunnen worden genomen als verantwoording voor het ontworpen artikel 80 van de wet van 2 augustus 2002.

2. In de Franse tekst moet het woord "habitation" vervangen worden door het woord "domicile" teneinde de reikwijdte van het ontworpen artikel 80, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 beter weer te geven op het stuk van de uitbreiding van de bescherming van de woning, in de ruime betekenis die dat begrip heeft in het licht van artikel 15 van de Grondwet en van de rechtspraak van zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarnaar verwezen wordt in de commentaar bij het artikel.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 82, 1° (artikel 23 van het ontwerp) en voor ontworpen artikel 83, § 1, eerste lid (artikel 24 van het ontwerp).

Artikel 28
(ontworpen artikel 126 van de wet van 13 juni 2005)

Gezien de wijziging die bij artikel 28 aangebracht wordt in artikel 126 van de wet van 13 juni 2005 'betreffende de elektronische communicatie', lijkt het logisch om ook artikel 126/1, § 1, eerste lid, van die wet aldus aan te vullen dat daarin verwezen wordt naar de gegevens die opgevraagd kunnen worden krachtens de artikelen 81, 82, 2°, en 84 van de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten'.

[6] Artikel 22, § 3, zesde lid, van de wet van 10 juni 2006 preciseert immers het volgende: "Bij het volbrengen van hun opdracht kunnen zij ter plaatse beslag leggen en verzegelen voor de duur van, en voor zover nodig voor, hun opdracht maar niet langer dan 72 uur in andere lokalen dan deze van de ondernemingen of ondernemingsverenigingen. Deze maatregelen worden vastgesteld in een proces-verbaal. Een kopie van dit proces-verbaal wordt bezorgd aan de persoon ten aanzien van wie deze maatregelen zijn genomen."

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Artikel 33
(ontworpen artikel 20 van de wet van 25 april 2014)

Uit de commentaar bij de artikelen 26 en 33 van het voorontwerp blijkt dat het voorstel om het huidige artikel 20, § 1, 3°, van de wet van 25 april 2014 'op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen' te schrappen, als volgt verantwoord wordt: "Artikel 20 van de Bankwet heeft echter (…) potentieel ongewenste gevolgen omdat de sanctiecommissie terzake geen beoordelingsbevoegdheid heeft, aangezien het een automatisch beroepsverbod betreft. De wetgever is van oordeel dat er concrete omstandigheden denkbaar kunnen zijn waar een beroepsverbod niet wenselijk is."

Gelet op het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie moet de steller van het voorontwerp kunnen verantwoorden waarom geen vergelijkbare redenering zou kunnen worden gevolgd voor alle andere gevallen bedoeld in artikel 20, § 1, van de wet van 25 april 2014.

De omstandigheid alleen dat dit automatische verbod enkel betrekking heeft op strafrechtelijk, en niet op administratief gesanctioneerde overtredingen, lijkt geen afdoende grondslag voor een dergelijke verantwoording.

Artikel 34
(ontworpen artikel 578, 25°, van het Gerechtelijk Wetboek)

Het voorbehoud dat op het einde van het ontworpen artikel 578, 25°, van het Gerechtelijk Wetboek gemaakt wordt ten aanzien van de bevoegdheden van de Raad van State, is niet duidelijk genoeg gesteld.

Dienaangaande wordt in de commentaar bij de bepaling gepreciseerd dat dit voorbehoud betrekking heeft op "de statutaire personeelsleden."

Die precisering moet worden opgenomen in het dispositief.

Artikelen 38 en 39

1. Aangezien de datum van 3 januari 2017 – datum met ingang waarvan de lidstaten de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen ter omzetting van de "MIFID II" – richtlijn moeten toepassen - verstreken is, zijn de afwijkende regelingen waarin de artikelen 38, tweede lid, en 39, eerste en tweede lid, voorzien zinloos.

Het voorontwerp moet op dat punt herzien worden.

2. In artikel 38 van het voorontwerp wordt bepaald dat het, onder voorbehoud van artikel 39, in werking treedt op de dag volgend op de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡

Zodoende wordt afgeweken van de gangbare termijn van inwerkingtreding voor wetteksten, die luidens artikel 4 van de wet van 31 mei 1961 'betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen' tien dagen bedraagt. Tenzij er daartoe een bijzondere reden bestaat, dient in principe te worden afgezien van een onmiddellijke inwerkingtreding teneinde eenieder een redelijke termijn toe te kennen om kennis te nemen van de nieuwe regels.

Dat geldt des te meer daar – in tegenstelling tot wat in de commentaar bij artikel 38 voorgehouden wordt en zoals uit opmerking 1 af te leiden valt – artikel 39 de instellingen en personen die een vergunning hebben gekregen van of die ingeschreven zijn bij de FSMA of de NBB, niet voldoende tijd laat om passende interne procedures in te stellen voor het melden van inbreuken, zoals dat hun opgelegd wordt bij het ontwerpen artikel 69*ter* van de wet van 2 augustus 2002, waardoor de rechtszekerheid ondermijnd wordt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Charles-Henri VAN HOVE Pierre VANDERNOOT

‡LW-CJFRQBJBF-GBCHFVT‡