



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 65.274/2
du 6 mars 2019

advies 65.274/2
van 6 maart 2019

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
des dispositions financières
diverses'

een voorontwerp van wet
'houdende diverse financiële
bepalingen'

Le 25 janvier 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, chargé de la Lutte contre la fraude fiscale, et Ministre de la Coopération au développement à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions financières diverses'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 6 mars 2019. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, et Hélène LEROUXEL, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur. Philippe-Emmanuel PARTSCH, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

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 6 mars 2019.

*

Op 25 januari 2019 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eersteminister en Minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude, en Minister van Ontwikkelingssamenwerking verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende diverse financiële bepalingen'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 6 maart 2019. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Patrick RONVAUX, staatsraden, en Hélène LEROUXEL, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur. Philippe-Emmanuel PARTSCH, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerde op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

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 6 maart 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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 GÉNÉRALE

De nombreux articles de l'avant-projet modifient ou complètent, dans les lois qu'ils visent, des dispositifs relatifs aux sanctions administratives, sans toutefois adapter les règles qu'ils contiennent ou qui leur sont applicables afin de permettre aux autorités investies du pouvoir de prononcer ces sanctions (la Banque nationale de Belgique ou la FSMA) ou aux juridictions compétentes pour connaître des recours contre celles-ci d'individualiser ces sanctions et de tenir compte des conditions dans lesquelles doit être assuré le respect du principe « *non bis in idem* » en matière répressive.

Sur ces questions, dans son avis n° 62.383/2 donné le 7 décembre 2017 sur l'avant-projet devenu la loi du 11 mars 2018 'relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement', la section de législation du Conseil d'État a rappelé dans les termes suivants les exigences découlant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière :

« 3. [...] selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle,

'[l]orsque l'auteur d'un même fait peut être puni de manière alternative, c'est-à-dire lorsque, pour des mêmes faits, il peut, soit être renvoyé devant le tribunal correctionnel, soit se voir infliger une amende administrative contre laquelle un recours lui est offert devant un tribunal non pénal, un parallélisme doit exister entre les mesures d'individualisation de la peine. Il en est ainsi de la possibilité d'infliger une amende inférieure au minimum légal s'il existe des circonstances atténuantes (arrêts n^{os} 40/97, 45/97, 128/99, 86/2007 et 42/2009)' ¹.

La Cour constitutionnelle tire les mêmes conséquences de la nécessité d'individualisation de la peine quant à la possibilité d'octroi du sursis. Elle a jugé par exemple en ce sens dans son arrêt n° 13/2013 du 21 février 2013 :

'Le sursis à l'exécution des peines a pour objectif de réduire les inconvénients inhérents à l'exécution des peines et de ne pas compromettre la réinsertion du condamné. Il peut être ordonné à propos de peines d'amende. Il ressort en outre de l'article 157, § 1^{er}, de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, rétabli par l'article 108 de la loi du 13 décembre 2006 portant des dispositions diverses en matière de santé, ainsi que de l'article 1^{er}*quater* de la loi du 30 juin 1971

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

¹ Note de bas de page n° 8 de l'avis cité : C.C., n° 44/2011, 30 mars 2011, B.29. Voir aussi, par exemple, l'arrêt n° 159/2016 du 14 décembre 2016 de la Cour constitutionnelle, B.3.1.

relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, inséré par l'article 145 de la loi-programme du 27 décembre 2004, que le sursis n'est pas considéré par le législateur comme incompatible avec une amende imposée par une autorité autre qu'une juridiction pénale.

Sans doute le régime des amendes fiscales en cause peut-il différer en divers éléments de celui des sanctions pénales prévues par le Code de la TVA ou de celui des sanctions administratives prévues en d'autres matières, qu'il s'agisse de la formulation différente de l'exigence de l'élément moral, de la possibilité de cumuler des amendes administratives, du mode de fixation des peines ou de l'application de décimes additionnels. S'il est vrai que de telles différences peuvent être pertinentes pour justifier l'application de règles spécifiques dans certains domaines, elles ne le sont pas dans celui qui fait l'objet de la question préjudicielle : en effet, qu'il soit accordé par le tribunal correctionnel ou par une autre juridiction, telle que le tribunal de première instance, le sursis peut inciter le condamné à s'amender, par la menace d'exécuter, s'il venait à récidiver, la condamnation au paiement d'une amende².

L'avant-projet doit être revu pour tenir compte de cette jurisprudence, s'agissant des comportements incriminés cumulativement sur les plans pénal et administratif.

Il devrait rendre possible la prise en compte de circonstances atténuantes et l'octroi du sursis, dont il devrait organiser le régime, à tout le moins au stade du contrôle juridictionnel de l'acte infligeant l'amende administrative.

4. Cette double incrimination pour certains comportements suscite une autre question, touchant au respect du principe '*non bis in idem*' garanti notamment par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[...]

La portée du principe '*non bis in idem*', tel qu'il résulte de l'article 4 du Protocole précité, a été récemment redéfinie comme suit, en substance, par l'arrêt *A. et B. c. Norvège* rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 15 novembre 2016 :

'130. Il ressort à l'évidence de cette analyse de la jurisprudence de la Cour que, s'agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l'activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d'un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à l'infraction. Toutefois, ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus (notamment aux paragraphes 111 et 117 à 120), l'article 4 du Protocole n° 7 n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies. En particulier, pour convaincre la Cour de l'absence de répétition de procès ou de peines (*bis*) proscrite par l'article 4 du Protocole n° 7, l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un 'lien matériel et temporel suffisamment étroit'. Autrement dit, il doit être démontré que celles-ci se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent. Cela signifie non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que

² Note de bas de page n° 9 de l'avis cité : C.C., n° 13/2013, 21 février 2013, B.4.1. Voir aussi par exemple, l'arrêt n° 159/2016 du 14 décembre 2016 de la Cour constitutionnelle, B.3.1.

les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable.

131. S'agissant des conditions à satisfaire pour que des procédures mixtes, administratives et pénales, puissent être regardées comme présentant un lien matériel et temporel suffisant et donc comme compatibles avec le critère de '*bis*' découlant de l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour résume de la manière suivante les considérations pertinentes tirées de sa jurisprudence telle qu'examinée ci-dessus.

132. Les éléments pertinents pour statuer sur l'existence d'un lien suffisamment étroit du point de vue matériel sont notamment les suivants :

- le point de savoir si les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement *in abstracto* mais aussi *in concreto*, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause ;

- le point de savoir si la mixité des procédures en question est une conséquence prévisible, aussi bien en droit qu'en pratique, du même comportement réprimé (*idem*) ;

- le point de savoir si les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre ;

- et, surtout, le point de savoir si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné.

133. [...]

La mesure dans laquelle la procédure administrative présente les caractéristiques d'une procédure pénale ordinaire est un élément important. Des procédures mixtes satisferont plus vraisemblablement aux critères de complémentarité et de cohérence si les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de 'pénale' sont spécifiques au comportement en question et ne font donc pas partie du 'noyau dur du droit pénal' (pour reprendre les termes de l'arrêt *Jussila* précité). Si, à titre additionnel, cette procédure n'a pas de caractère véritablement infamant, il y a moins de chances qu'elle fasse peser une charge disproportionnée sur l'accusé. À l'inverse, plus la procédure administrative présente de caractéristiques infamantes la rapprochant dans une large mesure d'une procédure pénale ordinaire, plus les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif dans des procédures différentes risquent de se répéter (*bis*) au lieu de se compléter. L'issue des affaires mentionnées au paragraphe 129 ci-dessus peut passer pour des illustrations de la concrétisation d'un tel risque.

134. De plus, ainsi qu'il a déjà été dit implicitement ci-dessus, même lorsque le lien matériel est suffisamment solide, la condition du lien temporel demeure et doit être satisfaite. Il ne faut pas en conclure pour autant que les deux procédures doivent être menées simultanément du début à la fin. L'État doit avoir la faculté d'opter pour la conduite des procédures progressivement si ce procédé se justifie par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, poursuit des finalités sociales différentes et ne cause pas un préjudice disproportionné à l'intéressé. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été précisé, il doit toujours y avoir un lien temporel. Ce lien doit être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs, et pour que les

procédures ne s'étalent pas trop dans le temps (voir, comme exemple de lacune de ce type, *Kapetanios et autres*, précité, § 67), même dans l'hypothèse où le régime national pertinent prévoit un mécanisme 'intégré' comportant un volet administratif et un volet pénal distincts. Plus le lien temporel est ténu, plus il faudra que l'État explique et justifie les lenteurs dont il pourrait être responsable dans la conduite des procédures' ³.

Les articles 148 et 230, combinés aux articles 36/8 à 36/11 de la loi du 22 février 1998, ne font pas obstacle, en eux-mêmes, au respect du principe '*non bis in idem*' tel qu'il vient d'être circonscrit mais il importe que les procédures soient conduites de manière à respecter concrètement ces critères. La seule circonstance, invoquée par le commentaire de l'article 148, de l'obligation, déduite de l'article 36/12 de la même loi, d'imputer le montant de l'amende administrative sur celui de l'amende pénale ne suffit pas à satisfaire, en soi, aux exigences de l'article 4 du Protocole n° 7 tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Mieux vaudrait, afin de garantir le respect de cette dernière disposition, compléter l'avant-projet par un dispositif organisant le caractère intégré des deux éventuelles procédures pouvant être menées.

L'exposé des motifs gagnerait en tout état de cause à fournir des explications sur ces questions [...] » ⁴.

S'agissant de l'individualisation des sanctions, cette jurisprudence a été confirmée depuis par la Cour constitutionnelle ⁵ et par la section de législation du Conseil d'État ⁶.

Ces observations valent pour l'avant-projet à l'examen. Il appartient à tout le moins à son auteur d'exposer les motifs pour lesquels la jurisprudence évoquée ci-avant ne serait pas pertinente pour les législations concernées. La seule circonstance que, selon celles-ci, les sanctions administratives doivent tenir compte des circonstances de la cause et des caractéristiques du délinquant ne paraît pas suffisante à justifier un régime particulier s'écartant des exigences de cette jurisprudence, fondée sur les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. L'obligation de tenir compte de ces circonstances et de ces caractéristiques est en effet de droit en matière répressive, quelle que soit la législation concernée.

³ Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : Cour eur. D.H., Gde Ch., arrêt *A. et B. c. Norvège*, 15 novembre 2016, §§ 130 à 132 et 134; voir aussi not. Cour eur. D.H. arrêt *Johannesson e.a. c. Islande*, 18 mai 2017, § 49.

⁴ Avis n° 62.383/2 donné le 7 décembre 2017 sur l'avant-projet devenu la loi du 11 mars 2018 'relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement', observations n°s 3 et 4 formulées sous les articles 148, 161, 230 et 244 de l'avant-projet, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-2869/001, pp. 324 à 329.

⁵ C.C., n° 138/2018, 11 octobre 2018, B.3 à B.6 (en ce qui concerne la possibilité d'octroi du sursis) ; n° 8/2019, 23 janvier 2019, B.3 à B.8 (en ce qui concerne la possibilité d'admission de circonstances atténuantes).

⁶ Avis n° 64.535/3 donné le 10 janvier 2019 sur un avant-projet devenu le projet de décret-cadre de la Communauté flamande et de la Région flamande 'betreffende de bestuurlijke handhaving', observation générale n° 24.1, *Doc. parl.*, Parl. fl., 2018-2019, n° 1825/1, pp. 403 et 404.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 3

L'article 84, paragraphe 2, de la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 'établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012' (ci-après : la « directive BRR ») prévoit que les autorités et organismes, qui, en vertu du paragraphe 1, sont liées par l'obligation de secret professionnel, « veillent à ce que des règles internes soient prévues [pour garantir le respect de cette obligation], y compris des règles destinées à garantir [que] la confidentialité des informations soit maintenue entre les personnes participant directement au processus de résolution ».

Comme l'indique le commentaire de l'article 3 de l'avant-projet, cette disposition « consacre ainsi le principe du 'need to know' en application duquel, au sein des personnes, autorités et organismes qui sont tenus au secret professionnel, l'accès et la possession d'information doivent être restreints aux personnes qui, en raison de leurs fonctions et de leurs obligations, doivent connaître ces informations ou les traiter ».

En se bornant à prévoir que les règles internes des personnes, autorités et organismes belges « garantissent le traitement confidentiel des informations confidentielles reçues de la Banque nationale [...] par les personnes qui participent au processus de résolution », la modification en projet de l'article 35/1, § 3, ne transpose pas correctement l'article 84, paragraphe 2, de la directive BRR ni ne traduit adéquatement l'intention exprimée dans le commentaire de l'article puisque, d'une part, elle n'exclut pas formellement que puissent être communiquées, au sein des personnes, autorités et organismes belges, des informations confidentielles à d'autres personnes que celles qui participent directement au processus de résolution et que, d'autre part, elle tend à n'imposer qu'aux seules personnes qui participent au processus de résolution l'obligation de traiter confidentiellement les informations confidentielles reçues de la Banque nationale.

La disposition serait mieux rédigée comme suit :

« et veillent à ce que leurs règles internes garantissent que le traitement des informations confidentielles reçues de la Banque nationale ne soit effectué que, confidentiellement, par des personnes participant directement au processus de résolution ».

Article 4

Compte tenu de l'article 58, paragraphe 1, e), du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : le « RGPD »), auquel se réfère d'ailleurs le commentaire de l'article, il n'y a pas lieu de remplacer les mots « donner accès à » par « communiquer », mais bien d'insérer les mots « ou les lui communiquer » après les mots « à l'Autorité belge de protection des données » à l'article 35/2 de la loi du 22 février 1998 'fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique'.

En effet, le fait de « communiquer » des informations, ce qui implique une initiative de celui qui communique, se distingue du fait de « donner accès » à de telles informations, qui implique que la prise de connaissance de l'information se fait à l'initiative de la personne qui a accès.

Article 6

1. L'article 6 tend à remplacer l'article 36/7/1 de la loi du 22 février 1998. Cette dernière disposition a pour objet de transposer l'article 71 de la directive n° 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE' ⁷.

L'article 71 de la directive en question dispose ce qui suit :

« 1. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes mettent en place des mécanismes efficaces et fiables pour encourager le signalement aux autorités compétentes des infractions potentielles ou avérées aux dispositions nationales transposant la présente directive et au règlement (UE) n° 575/2013.

2. Les mécanismes visés au paragraphe 1 comprennent au moins :

a) des procédures spécifiques pour la réception de signalement d'infractions et leur suivi ;

b) une protection appropriée, au moins contre les représailles, les discriminations ou autres types de traitement inéquitable, pour le personnel des établissements qui signale des infractions à l'intérieur de ceux-ci ;

c) la protection des données à caractère personnel, tant pour la personne qui signale les infractions que pour la personne physique prétendument responsable de l'infraction, conformément à la directive 95/46/CE ;

d) des règles claires garantissant dans tous les cas la confidentialité à la personne qui signale des infractions commises à l'intérieur de l'établissement, sauf si la divulgation

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1584/001, pp. 364 et 365.

d'informations est exigée par le droit national dans le cadre d'un complément d'enquête ou d'une procédure judiciaire ultérieure.

[...] ».

Bien que cette disposition de la directive n'ait pas été modifiée, l'avant-projet tend, selon le commentaire de l'article, à « mettre en place un dispositif plus élaboré en matière de communication d'infractions ».

Ce dispositif tend en substance, d'une part, à immuniser contre toute action civile, pénale ou disciplinaire ou sanction professionnelle toute communication « de bonne foi » à la Banque nationale de Belgique « d'une infraction supposée ou avérée aux lois et règlements qui régissent le statut et le contrôle des établissements financiers visés à l'article 36/2 », même si cette personne est par ailleurs soumise à une restriction de divulgations d'information, et, d'autre part, à interdire toutes représailles, discrimination ou autres types de traitement ou de mesure préjudiciable (ci-après « les mesures préjudiciables ») dans une relation de travail⁸ contre la personne qui a fait de bonne foi cette communication, l'employeur auteur d'une mesure préjudiciable contre cette personne ayant la charge de la preuve de démontrer que cette mesure est sans lien avec la communication en question.

Ainsi qu'il ressort également de ce commentaire, la disposition de l'avant-projet est inspirée de l'article 69bis de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'. Cette dernière disposition met en œuvre notamment le 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', lequel impose effectivement que

« toute personne qui met des informations à la disposition de l'autorité compétente conformément au présent règlement n'est pas considérée comme violant une quelconque restriction à la divulgation d'informations requise en vertu d'un contrat ou d'une disposition législative, réglementaire ou administrative, et cela n'entraîne, pour la personne concernée, aucune responsabilité quelle qu'elle soit relative à cette notification »⁹.

Selon l'article 32 de ce règlement, les États membres doivent prévoir une protection adéquate contre les représailles, discriminations ou autres types de mesures inéquitables en faveur des personnes qui, dans le cadre de leur emploi et de leur contrat de travail, signalent des violations potentielles ou réelles de ce règlement ou qui sont accusées d'avoir commis des violations.

L'article 69bis de la loi du 2 août 2002 prévoit un système de protection qui va au-delà des exigences européennes car il étend les exigences du règlement (UE) n° 596/2014 à toute communication d'infraction à la réglementation dont la FSMA doit veiller au respect, alors que les directives européennes dont la FSMA doit également veiller au respect des règles de

⁸ Sur la portée de la notion de « relation de travail », il est renvoyé à l'observation n° 3.

⁹ Article 23, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 596/2014.

transposition, se limitent en substance à prévoir une obligation de protection contre les mesures préjudiciables des membres du personnel des entreprises contrôlées par la FSMA¹⁰. L'extension est double : d'une part, la protection contre les mesures préjudiciables s'étend à toute personne qui communique une infraction et aux personnes qui sont accusées dans la communication de l'infraction ; d'autre part, toute communication d'infraction (et non seulement celle relative à une infraction au règlement 'relatif aux abus de marché') ne peut être considérée comme violant une quelconque restriction à la divulgation d'informations requise en vertu d'un contrat ou d'une disposition législative, réglementaire ou administrative.

La législation européenne en cause n'interdit pas aux États membres de prévoir des mesures plus protectrices pour encourager le signalement aux autorités compétentes des infractions potentielles ou avérées aux règlements européens ou aux mesures de transposition des directives européennes.

La disposition en projet suscite toutefois une double interrogation.

1.2. Dès lors qu'elle concerne toute communication d'infraction à la réglementation dont la Banque nationale doit assurer le respect, tout comme l'article 69*bis* de la loi du 2 août 2002 concerne toute communication d'infraction à la réglementation dont la FSMA doit assurer le respect, indépendamment de la gravité de l'infraction au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause, la question se pose de savoir ce qui peut justifier les différences dans les régimes prévus par les deux dispositions.

Ces différences sont essentiellement de deux ordres :

– d'une part, la protection prévue par l'article 69*bis*, § 3, s'exerce non seulement à l'égard du travailleur qui a signalé de bonne foi une infraction, mais également à l'égard du travailleur qui, dans ce signalement, est accusé d'une infraction alors que, dans l'article 36/7/1 en projet, la protection n'existe qu'à l'égard de la personne qui, dans une relation de travail, a procédé à une communication de bonne foi ;

– d'autre part, alors que, l'article 69*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, prévoit que « cela n'empêche pas que des mesures ou sanctions appropriées soient prises à l'encontre d'un travailleur qui a effectivement commis une infraction visée au paragraphe 1^{er} », l'article 36/7/1, § 3, deuxième phrase, en projet dispose que ce « paragraphe n'empêche pas l'adoption de mesures justifiées par un comportement fautif ».

Cette dernière disposition crée une ambiguïté. En effet, comme elle concerne exclusivement la personne qui a signalé l'infraction, la question se pose de savoir quelle est l'hypothèse ainsi visée puisque, d'une part, la première phrase du même paragraphe prévoit déjà que la personne n'est protégée contre des mesures préjudiciables que si celles-ci sont « en lien

¹⁰ Article 73, paragraphe 1, alinéa 2, b), de la directive n° 2014/65/UE (MiFID II) ; article 99*quinq*uies, paragraphe 2, b), de la directive 2009/65/CE, tel que modifié par la directive n° 2014/91/UE (UCITS) ; article 35, paragraphe 2, b), de la directive n° 2016/97/UE (directive IDD) ; voir également l'article 28, paragraphe 2, b), du règlement (UE) n° 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 'sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance' ; voir *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2504/001, pp. 27 et 28.

avec la communication [...] » et que cette personne est de bonne foi, et que, d'autre part, le paragraphe 4 prévoit qu'il incombe à l'employeur de prouver que la mesure n'est pas en lien avec ladite communication. La bonne foi étant présumée, l'employeur, pour s'exonérer des obligations prévues aux paragraphes 5 et 6, doit donc démontrer soit que la mesure qu'il prend est sans lien avec la communication, soit que la personne qui communique n'est pas de bonne foi. La mesure que l'employeur peut justifier par un comportement fautif du signaleur paraît dès lors nécessairement être rencontrée par une de ces deux hypothèses. La deuxième phrase du paragraphe 3 paraît donc superflue et devoir être omise. Dans la négative, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier ce qui motive, sur ce point également, la différence de formulation entre l'article 69*bis* précité et la disposition en projet.

1.3. Une disposition qui, telle celle en projet, immunise contre toute restriction à la divulgation d'informations le signaleur d'infractions et protège celui-ci, dans le cadre de sa relation de travail, contre toutes mesures préjudiciables consécutives ou en lien avec ce signalement, en imposant à l'employeur la charge de la preuve que la mesure est sans lien avec le signalement, ainsi que la réintégration ou l'indemnisation du signaleur à défaut de cette preuve, modifie substantiellement l'équilibre de la relation de travail en rendant plus lourdes les obligations de l'employeur. Cette modification de l'équilibre poursuit certes un objectif d'intérêt général, à savoir un meilleur respect des réglementations à l'égard desquelles la recherche d'infractions est ainsi facilitée. Elle expose toutefois au risque d'abus dans le chef d'un employé cherchant, par le biais d'un signalement d'une supposition de n'importe quelle infraction, même légère, la protection contre toute mesure préjudiciable de son employeur. Ce risque est d'autant plus élevé que la preuve de la mauvaise foi est à charge de l'employeur et n'est pas aisée à apporter.

Comme l'indique le commentaire de l'article, le dispositif en projet est également inspiré de la législation anti-discrimination, dont la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de confirmer la constitutionnalité¹¹. L'importance de la législation en cause et les difficultés rencontrées pour prouver les infractions sont des éléments qui ont été pris en considération pour justifier, notamment, le régime de la charge de la preuve spécifique à cette législation. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de démontrer, d'une part, qu'il en va de même pour l'ensemble des législations dont la Banque nationale doit veiller au respect et, d'autre part, ce qui justifie que ce régime ne soit pas étendu à toute infraction supposée de l'employeur, notamment dans le domaine social ou fiscal, qui serait constatée par un travailleur.

En outre, l'auteur de l'avant-projet est également invité à prendre en considération, notamment, la recommandation CM/Rec(2014)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014 'relative à la protection des lanceurs d'alerte'.

Cette recommandation énonce une série de principes destinés à guider les États membres lorsqu'ils adoptent un cadre normatif destiné à protéger les personnes qui, dans le cadre de leurs relations de travail, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général.

¹¹ C.C., 12 février 2009, n°17/2009.

Si cette recommandation invite les États à prendre des mesures de protection des lanceurs d'alerte contre les représailles telles que celles prévues par la disposition en projet, elle ne les invite pas à protéger toute communication de bonne foi de supposition d'infraction, mais recommande seulement que

« la personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité »¹².

En outre, elle recommande que,

« dans les procédures juridiques ayant trait à un acte préjudiciable subi par un lanceur d'alerte, et sous réserve que celui-ci donne des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement ou de sa révélation d'informations, il incombe à l'employeur d'établir que telle n'était pas la motivation de l'acte préjudiciable ».

La charge de la preuve est donc différemment répartie entre l'employeur et le travailleur que dans la disposition en projet.

1.4. L'auteur de l'avant-projet est invité à réexaminer son article 6 pour tenir compte de ces observations.

2. Par ailleurs la disposition en projet suscite également l'interrogation suivante.

Il ne saurait être exclu que la « personne qui a informé la Banque de bonne foi » en application de l'article 36/7/1, § 1^{er}, en projet, de la loi du 22 février 1998 ait la qualité d'agent statutaire d'un organisme public et que, à la suite d'une telle information, l'intéressé fasse l'objet d'une décision de l'autorité administrative le révoquant ou le démettant d'office de ses fonctions.

Selon le droit commun, l'agent concerné peut introduire, auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, une demande en annulation d'une telle révocation ou démission d'office. Lorsque le Conseil d'État annule la décision dans le cadre du recours dont il est saisi, l'agent est, par l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation, réintégré dans ses fonctions avec reconstitution de carrière.

La question se pose de savoir comment ce qui vient d'être énoncé s'articule avec l'article 36/7/1 en projet de la loi, et ce dans la mesure où les paragraphes 5 et 6 de cet article permettent que la personne dont la relation de travail prend fin peut demander sa réintégration par lettre recommandée dans les trente jours qui suivent la date de notification du congé et prévoient, en cas de refus de l'employeur de donner suite à pareille demande, que ce dernier est tenu de payer à l'intéressé l'indemnité visée au paragraphe 6.

¹² Point 22 de l'annexe à la recommandation CM/Rec(2014)7. Voir également la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 'sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union', 23 avril 2018, COM (2018) 218 final, articles 13, paragraphe 1, et 15, paragraphe 5.

Faut-il considérer que l'agent statutaire qui, à la suite d'une décision administrative mettant fin à la relation de travail, aurait à la fois introduit une demande de réintégration, non suivie d'une réintégration effective dans le cadre du mécanisme prévu à l'article 36/7/1, § 5, en projet, et une demande en annulation devant le Conseil d'État peut – dans l'hypothèse où il est réintégré sur la base d'un arrêt du Conseil d'État annulant la décision administrative le concernant – conserver l'indemnité dont il aura bénéficié en vertu de l'article 36/7/1, § 6, en projet ?

La disposition examinée et son commentaire seront précisés pour répondre à cette interrogation.

3. Enfin, à l'article 36/7/1, § 3, en projet, il serait plus clair, conformément au commentaire de cette disposition sur ce point, de compléter la première phrase par les mots « , en ce compris par l'effet d'un contrat d'entreprise », à défaut de quoi, dans le contexte d'« une relation de travail » dont il est question dans cette disposition, la référence au « lien contractuel » par opposition au « lien [...] statutaire » pourrait être interprétée comme ne visant que le contrat de travail.

Article 7

Le commentaire de l'article 7 n'explique pas pourquoi son 3° abroge le paragraphe 4 de l'article 36/14 de la loi du 22 février 1998 'fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique', inséré par une loi au surplus très récente du 30 juillet 2018 'portant des dispositions financières diverses'.

Ce paragraphe 4 dispose que

« [l]e présent article s'applique sans préjudice des dispositions plus restrictives du droit de l'Union européenne en matière de secret professionnel ».

Une explicitation serait d'autant plus bienvenue que la relation entre cette abrogation et les ajouts à l'article 36/14, § 1^{er}, (le 17° et le 20/1°) n'apparaît pas clairement.

Article 15

La localisation, juste après le commentaire de l'article 62, du commentaire relatif aux articles 15, 22, 23, 24, 28, 32, 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54 et 55 ne paraît pas opportune. Il serait préférable de l'insérer après le commentaire de l'article 14.

Article 17

Le 1° remplace le *littera* « y » par une disposition identique au texte en vigueur, avant sa modification par l'article 88 de la loi du 11 juillet 2018 'relative aux offres au public d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés'.

L'auteur de l'avant-projet s'assurera que cette dernière disposition est bien entrée en vigueur : l'article 104 de cette loi du 11 juillet 2018 renvoie pour l'entrée en vigueur de cette disposition à « la date d'entrée en application du Règlement 2017/1129, telle que déterminée par l'article 49, paragraphe 2 dudit règlement ». L'article 49, paragraphe 2, en question fixe au 21 juillet 2018 la date d'entrée en application de certaines dispositions et au 21 juillet 2019 pour d'autres.

Si l'article 88 de la loi du 11 juillet 2018 entre en vigueur après l'entrée en vigueur du présent avant-projet, la modification en projet manquera son objectif.

Article 25

Dans le commentaire de l'article 25, il convient de remplacer la référence à « l'article 5, paragraphe 2, alinéa 2, de la Directive BRR » par « l'article 5, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive BRR ».

Article 30

Comme l'explique le commentaire de l'article 30, celui-ci tend à clarifier que la dépréciation ou la conversion d'un instrument de fonds propre doivent être considérées comme des mesures de résolution.

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, 40°, de la directive BRR, une mesure de résolution est

« la décision de soumettre un établissement ou une entité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), c) ou d), à une procédure de résolution conformément à l'article 32 ou 33, l'emploi d'un instrument de résolution ou l'exercice d'un ou plusieurs pouvoirs de résolution ».

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, 19°, de la directive BRR, un instrument de résolution est

« un instrument de résolution visé à l'article 37, paragraphe 3 ».

L'article 37, paragraphe 3, de la directive BRR stipule que

« les instruments de résolution visés au paragraphe 1 sont les suivants :

- a) conformément à l'article la cession des activités de l'établissement ;
- b) le recours à un établissement-relais ;
- c) la séparation des actifs ;
- d) le renflouement interne ».

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, 57°, de la directive BRR, un instrument de renflouement interne est

« le mécanisme permettant l'exercice par une autorité de résolution, conformément à l'article 43, des pouvoirs de dépréciation et de conversion à l'égard d'éléments de passif d'un établissement soumis à une procédure de résolution ».

Conformément à l'article 2, paragraphe 1, 66°, de la directive BRR, les pouvoirs de dépréciation et de conversion sont

« les pouvoirs visés à l'article 59, paragraphe 2, et à l'article 63, paragraphe 1, points e) à i) ».

L'article 59, paragraphe 2, de la directive BRR dispose que

« [l]es États membres veillent à ce que les autorités de résolution aient le pouvoir de déprécier ou de convertir les instruments de fonds propres pertinents en actions ou autres titres de propriété des établissements et des entités visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points b), c) et d) ».

L'article 63, paragraphe 1, e) à i), de la directive BRR est libellé comme suit :

« Les États membres veillent à ce que les autorités de résolution disposent de tous les pouvoirs nécessaires pour appliquer les instruments de résolution à un établissement et à une entité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), c) ou d), qui remplissent les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution. En particulier, elles possèdent les pouvoirs de résolution suivants, qu'elles peuvent exercer séparément ou simultanément :

[...]

e) le pouvoir de réduire, y compris jusqu'à zéro, le principal ou l'encours exigible des engagements éligibles d'un établissement soumis à une procédure de résolution ;

f) le pouvoir de convertir les engagements éligibles d'un établissement soumis à une procédure de résolution en actions ordinaires ou autres titres de propriété ordinaires de cet établissement ou d'une entité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points b), c) ou d), d'un établissement mère pertinent ou d'un établissement-relais auquel sont transférés les actifs, droits ou engagements d'un établissement ou d'une entité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points b), c) ou d), soumis à une procédure de résolution ;

g) le pouvoir d'annuler les instruments de dette émis par un établissement soumis à une procédure de résolution, sauf dans le cas des engagements garantis soumis aux dispositions de l'article 44, paragraphe 2 ;

h) le pouvoir de réduire, y compris jusqu'à zéro, le montant nominal des actions ou autres titres de propriété d'un établissement soumis à une procédure de résolution et de résilier ces actions ou autres titres de propriété ;

i) le pouvoir d'exiger d'un établissement soumis à une procédure de résolution ou d'un établissement mère pertinent qu'il émette de nouvelles actions, ou d'autres titres de propriété, ou d'autres instruments de fonds propres, y compris des actions préférentielles et des instruments convertibles conditionnels ».

Par conséquent, la clarification envisagée par l'article 30 de l'avant-projet n'est pas strictement nécessaire mais elle peut éviter une confusion éventuelle. En tout état de cause, il ne paraît pas contraire à la directive BRR de préciser qu'une dépréciation/conversion d'instrument de fonds propres est une mesure de résolution.

Article 60

L'article 60 est dépourvu de commentaire.

Cette lacune sera comblée.

Article 63

La localisation, juste après le commentaire de l'article 79, de celui relatif aux articles 63, 66, 67, 69, 72, 73, 74, 75, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 et 90 ne paraît pas opportune. Il serait préférable de l'insérer après le commentaire de l'article 63.

Article 116

Selon son commentaire, l'article 116 tend à mettre en œuvre « l'article 42, (1), f), g) et h) du Règlement Benchmark [...] ».

Il faut lire « l'article 42(2), f), g) et h) du Règlement Benchmark [...] ».

Article 122

Le commentaire de l'article 122 ne justifie pas pourquoi l'article 3 du règlement (UE) n° 2017/2402 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 'créant un cadre général pour la titrisation ainsi qu'un cadre spécifique pour les titrisations simples, transparentes et standardisées, et modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE et 2011/61/UE et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 648/2012' (ci-après : le « règlement titrisation »), relatif à l'encadrement de la vente de positions de titrisation à des clients de détail, paraît devoir relever de la compétence de la FSMA en général (indépendamment de la question de savoir si le contrôle sur l'entreprise concernée relève de la FSMA ou de la BNB).

Une motivation serait d'autant plus nécessaire que le commentaire de la disposition laisse apparaître que la question peut susciter débat. En effet, le Gouvernement utilise l'expression « paraît devoir relever ».

Par ailleurs, le même commentaire explique que, pour certains articles du règlement titrisation, ce dernier confie à différentes autorités la surveillance du respect de ces articles par les opérateurs. Ainsi, un établissement de crédit supervisé par la BNB sera soumis à la surveillance de la BNB pour la mise en œuvre de ces articles. Une entreprise d'investissement supervisée par la FSMA sera soumise à la surveillance de la FSMA pour la mise en œuvre de ces articles.

Concernant l'article 3 du règlement titrisation, celui-ci ne prévoit pas de répartition entre autorités, contrairement à ce qu'il fait pour d'autres articles.

Faut-il conclure que l'auteur de l'avant-projet a décidé, dans le silence du règlement titrisation, d'attribuer à la FSMA ¹³ la surveillance du respect par les opérateurs de l'article 3 de ce règlement relatif à la vente de position titrisée aux clients de détail, au motif que la vente de positions titrisées relève plus d'un service d'investissement que d'un service bancaire *sensu stricto* ?

Il n'apparaît pas contraire au règlement titrisation de confier à la FSMA la surveillance du respect de l'article 3 dudit règlement par les opérateurs. Néanmoins, il serait plus cohérent avec le système de surveillance dual mis en place en Belgique d'attribuer, d'une part, à la FSMA la surveillance du respect de cet article par les entreprises d'investissement et, d'autre part, à la BNB la surveillance du respect de cet article par les établissements de crédit.

En tout état de cause, le commentaire de cette disposition gagnerait à s'expliquer sur ce point.

Article 123

La terminologie « instrument de placement » appelle les questions suivantes.

Il est indiqué dans le commentaire de l'article 123 qu'elle est à comprendre au sens de la législation en matière de prospectus, ce qui n'est ni très clair ni très précis ni même simplement évocateur.

En outre, la législation en matière de prospectus est vague puisqu'il y a des dispositions relatives aux prospectus dans divers textes de droit bancaire et financier. En effet, outre les textes relatifs aux offres publiques de valeurs mobilières et à leur admission à la négociation, il faut tenir compte des dispositions en matière de prospectus des véhicules collectifs d'investissement.

¹³ La FSMA est l'autorité de surveillance des marchés financiers, la BNB étant quant à elle uniquement responsable de la surveillance du secteur bancaire.

Il serait bon de préciser qu'il s'agit de la législation belge en matière de prospectus, en l'occurrence la loi du 11 juillet 2018 'relative aux offres au public d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés'¹⁴. Cette notion est inconnue du droit européen et c'est précisément pour se démarquer de la notion européenne d'« instrument financier » qu'elle a été forgée.

De plus, le commentaire de l'article 123 explique que cette disposition tend à préciser qu'à l'article 45, § 1^{er}, 6°, de la loi du 2 août 2002, l'éducation financière n'est pas limitée aux utilisateurs de produits d'épargne, d'investissement ou d'assurance. Or, l'article 123 ne contient rien sur le sujet. Il passe directement des modifications à l'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, c) et d), à l'insertion d'un point e). Toutefois, l'insertion du point e) est, quant à elle, bien commentée à la page 44 de l'exposé des motifs, après l'annonce relative à l'éducation financière. Par conséquent, de deux choses l'une : soit l'avant-projet doit être complété, soit l'antépénultième alinéa de la page 44 du commentaire de l'article 123 doit être supprimé.

Article 125

L'approche centralisatrice adoptée par l'auteur de l'avant-projet en matière de notification aux autorités européennes de surveillance des mesures et sanctions imposées par les autorités nationales compétentes en cas d'infraction aux textes de droit bancaire et financier européen est à approuver. Elle est en effet de nature à réduire le volume de la législation et à faire davantage ressortir au niveau national la convergence d'approche entre les différents sous-secteurs financiers prévalant au niveau européen.

En général, des dispositions nationales ne peuvent pas reproduire des règlements européens¹⁵ afin de ne pas porter atteinte à leur applicabilité directe, de dissimuler l'origine des textes aux opérateurs économiques et de ne pas affecter la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'applicabilité directe d'un règlement exige que son entrée en vigueur et son application en faveur ou à la charge des sujets de droit se réalisent sans aucune mesure portant réception dans le droit national. Une mesure législative de droit national reproduisant le contenu d'une règle de droit communautaire directement applicable ne peut en rien affecter cette applicabilité directe ni affecter les compétences de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶.

¹⁴ Cette loi a abrogé la loi du 16 juin 2006 'relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'admission d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés', où la notion « d'instrument de placement » apparaît pour la première fois.

¹⁵ Il s'agit en l'espèce du règlement n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 'concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n°648/2012', du règlement n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 'sur les agences de notation de crédit' et du règlement n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 'instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission'.

¹⁶ Jurisprudence constante depuis C.J.U.E., 10 octobre 1973, *Variola*, aff. 34-73, points 10 et 11.

Un État membre n'est pas libre de créer une situation dans laquelle l'effet direct des règlements communautaires serait compromis ¹⁷.

Toutefois, des considérations de sécurité juridique peuvent justifier la reprise de dispositions de règlements européens.

Jugé par exemple que, lorsque, dans un État membre, la mise en œuvre d'une réglementation communautaire, telle celle relative aux groupements de producteurs agricoles, dépend de la convergence d'un ensemble de dispositions, communautaires, nationales et régionales, le fait que des lois régionales reprennent, dans l'intérêt de la cohérence de leurs dispositions et dans celui de la bonne compréhension de celles-ci par leurs destinataires, certains éléments des règlements communautaires ne saurait être considéré comme une infraction au droit communautaire ¹⁸.

De telles considérations sont pertinentes en l'espèce.

Article 131

La notion d'« État membre » n'étant pas définie dans la loi modifiée, il y a lieu de préciser si, au 1°, comme au 3°, il s'agit d'un « État membre de l'espace économique européen » ou d'un « État membre de l'Union européenne ».

Article 139

Dans la version française de l'article 141, il y a lieu d'insérer une virgule entre le premier guillemet ouvrant et les mots « qui ont été déclarés ».

Dans la version néerlandaise, il y a lieu au contraire d'omettre la virgule entre les mots « zijn verklaard » et le premier guillemet fermant.

Article 145

La référence aux articles 171 à 178 au commentaire de l'article 145 n'est pas de nature à faciliter la lecture et la compréhension de la justification. En outre, il semble qu'il convient plutôt de faire référence aux commentaires des articles 171 à 173 de l'avant-projet.

¹⁷ C.J.U.E., 28 mars 1985, *Commission c. Italie*, aff. 272/83, point 26.

¹⁸ C.J.U.E., 28 mars 1985, arrêt précité, *Commission c. Italie*, aff. 272/83, point 27.

Article 146

Dans la version française, le mot « Malgré » sera remplacé par le mot « Nonobstant ».

Article 148

Une habilitation à portée réglementaire ne peut être conférée par la loi directement à une administration. Elle doit l'être au Roi.

Les deux alinéas de l'article 271/22 en projet de la loi du 3 août 2012 'relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances' doivent être revus en conséquence.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 171.

Article 185

L'article 185 modifie l'article 27, § 1^{er}, de la loi du 25 octobre 2016 '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' : il transforme l'obligation, pour la FSMA, de déterminer les informations minimales que les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil doivent publier en une faculté.

Selon le commentaire de l'article 185, l'article 27 de la loi du 25 octobre 2016 constituait, à l'origine, une transposition erronée de l'article 145 de la directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 'concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice' (ci-après : « la directive CRD III »), non applicable aux sociétés de gestion de portefeuille. En effet, l'article 145 de la directive CRD III concerne les établissements de crédit et soumet uniquement ceux-ci à une obligation de publication de certaines informations.

Cependant, la directive CRD III a été abrogée par la directive CRD IV et ses dispositions ont été remplacées par certaines dispositions de la directive CRD IV et du règlement n° 2013/575/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012' (ci-après : « le règlement CRR »).

L'article 431 du règlement CRR énonce que tout « établissement » doit ainsi publier ces informations.

Or, l'article 4, point 3), de ce règlement définit le terme « établissement » comme « un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ».

Il semble donc que les sociétés d'investissement sont aussi soumises à l'obligation de publier ces informations et que la FSMA est donc dans l'obligation de fixer des règles concernant la publication d'informations minimales par celles-ci.

En conséquence, il y a lieu d'omettre l'article 185 de l'avant-projet.

Article 187

L'article 187, 1°, modifie l'article 36, § 7, de la loi du 25 octobre 2016 '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'. Ce dernier prévoit que la FSMA peut, dans des cas individuels, accorder une dérogation au nombre de mandats maximum des administrateurs et personnes participant à la direction effective des sociétés d'investissement, en autorisant la possibilité d'exercer un mandat supplémentaire n'impliquant pas une participation à la gestion courante. D'après le texte français de l'article 36, § 7, dans sa version actuelle, la FSMA doit informer, sur une base régulière, l'Autorité européenne des marchés financiers (« AEFM ») de l'usage qu'elle fait de ce pouvoir de dérogation.

Or, l'article 187, 1°, tend à modifier cette disposition en prévoyant que la FSMA devra à présent informer l'Autorité bancaire européenne (« ABE ») à la place de l'AEMF. Le commentaire de la disposition à l'examen ne s'en explique pas.

L'article 36, § 7, de la loi du 25 octobre 2016 tire son origine de l'article 9 de la directive n° 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 : « la directive MiFID II »), qui renvoie notamment à l'article 91, paragraphe 6, de la directive CRD IV.

L'article 91, paragraphe 6, de la directive CRD IV prévoit que les autorités compétentes peuvent autoriser les membres de l'organe de direction à exercer une fonction non exécutive au sein d'un organe de direction supplémentaire et informent régulièrement l'ABE de ces autorisations.

Toutefois, bien que l'article 9, paragraphe 2, de la directive MiFID II renvoie notamment à l'article 91 de la directive CRD IV, il est clairement spécifié que, dans l'hypothèse où l'autorité nationale compétente accorde la dérogation prévue par l'article 91, paragraphe 6, de la directive CRD IV, cette autorité doit informer l'AEMF et non l'ABE tel qu'il est indiqué dans cette dernière disposition.

En conséquence, il y a lieu de remplacer le 1° de l'article 187 de l'avant-projet par une disposition qui remplace, dans la version néerlandaise de l'article 36, § 7, de la loi du 25 octobre 2016, les mots « Europese Bankautoriteit » par les mots « Europese Autoriteit voor effecten en markten ».

Article 199

L'article 199 impose davantage d'obligations aux commissaires chargés du contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés des opérateurs de marché et des prestataires de services de communication, que ne le requiert l'article 77 de la directive MiFID II.

Celui-ci étant toutefois d'harmonisation minimale sur ce point, l'article 199 de l'avant-projet ne soulève pas d'objection à cet égard.

Article 201

L'article 201 devrait être complété si l'intention est de transposer complètement l'article 79, paragraphe 5, de la directive MiFID II comme évoqué dans l'exposé des motifs. En effet, l'alinéa 4, de l'article 79, paragraphe 5, de la directive MiFID II contient une phrase de plus que le dernier alinéa de l'article 201.

Celui-ci devrait se voir ajouté avant la dernière phrase actuelle, une phrase similaire à la suivante :

« La FSMA annonce également si elle a l'intention de prendre des mesures ».

Article 203

1. À l'article 203, 3°, de l'avant-projet, à la troisième ligne de la version française, il convient de lire « par » au lieu de « pas ».

2. Par ailleurs, l'article 203 précise que, dans certains cas, une société n'est pas réputée avoir fait appel public à l'épargne en vue de rendre inapplicable certaines dispositions du Code des sociétés spécifiquement applicables aux sociétés ayant fait appel public à l'épargne.

Cet ajout à la loi du 11 janvier 2018 est justifié dans l'exposé des motifs en premier lieu par le fait que le règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 'concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE' (ci-après : le « règlement prospectus ») ne fait plus la distinction entre offre publique et non publique. L'auteur de l'avant-projet craint en effet qu'une lecture trop littérale de la législation rende applicable les dispositions spécifiques du Code des sociétés relatives aux sociétés ayant fait appel public à l'épargne à des sociétés qui jusqu'à présent étaient réputées ne pas avoir fait un tel appel.

Les quatre premiers critères (non cumulatifs) utilisés dans l'article 203 pour établir l'exclusion sont fondés sur l'article 1, paragraphe 4, points a) à d), du règlement prospectus. Cela correspond aux critères qui exemptent de l'obligation d'émettre un prospectus dans le règlement prospectus.

Le commentaire de l'article 203 dit poursuivre un autre objectif, résultant du fait que l'abrogation d'un cinquième critère, qui figurait dans la loi du 16 juin 2006, par la loi du 11 juillet 2018 rend le financement des SPRL plus complexe. L'auteur de l'avant-projet souhaite en conséquence réintroduire ce critère.

Plus précisément, selon ce critère, une offre d'instrument de placement pour un montant global inférieur à 100 000 euros dans l'Espace économique européen n'est pas un appel public à l'épargne. Cette exclusion permettait aux SPRL de se financer sur le marché sans pour autant contrevenir à l'interdiction faite aux SPRL de faire des appels public à l'épargne.

Le commentaire de l'article 203 précise que cette disposition tend à insérer les précisions nécessaires dans la loi du 11 juillet 2018 de manière à (a) assurer la sécurité juridique entre le 21 juillet 2019 et la date d'entrée en vigueur du Code des sociétés d'une part et, d'autre part, (b) rétablir le régime qui préexistait à la loi du 11 juillet 2018 en ce qui concerne l'article 210 du Code des sociétés. Il ajoute que cette modification ne porte pas préjudice au nouveau régime qui s'applique désormais en matière d'obligation de prospectus.

Le texte en projet gagnerait à distinguer davantage les deux objectifs (étant donné que le premier semble appeler uniquement une disposition transitoire) et à souligner qu'il est sans préjudice du nouveau régime qui s'appliquera en matière d'obligation de prospectus à compter du 21 juillet 2019 en vertu du règlement prospectus.

En effet, sur ce dernier point, le cinquième critère d'« une offre d'instrument de placement pour un montant global inférieur à 100.000 euros dans l'EEE » provient de l'article 3, paragraphe 2, point e), de la directive prospectus. Toutefois, cet article 3, paragraphe 2, point e), a été abrogé par le règlement prospectus. Cependant l'article 1, paragraphe 3, alinéa 1, dudit règlement prévoit que,

« Sans préjudice du deuxième alinéa du présent paragraphe et de l'article 4, le présent règlement ne s'applique pas à une offre au public de valeurs mobilières dont le montant total dans l'Union est inférieur à 1.000.000 EUR, ce montant étant calculé sur une période de douze mois ».

En tout état de cause la disposition et son commentaire devront tenir compte de la loi 'introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses' adoptée le 28 février 2019 ¹⁹.

¹⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3119/024.

Article 205

Dans un souci de clarté normative, il serait préférable d'insérer le contenu de l'article 205 dans une disposition modificative de la loi du 21 novembre 2017 'relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la Directive 2014/65/UE', au sein du titre IX (« Dispositions transitoires et entrée en vigueur ») de cette loi, plutôt que de le concevoir comme une disposition autonome.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, 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.

ALGEMENE OPMERKING

Heel wat artikelen van het voorontwerp strekken ertoe in de wetten die ze noemen de regelingen inzake administratieve sancties te wijzigen of aan te vullen, zonder evenwel de regels die er bevatten of die erop van toepassing zijn, aan te passen teneinde de autoriteiten bevoegd om die sancties uit te spreken (de Nationale Bank van België of de FSMA) of de rechtscolleges bevoegd om van de beroepen tegen die sancties kennis te nemen in staat te stellen om die sancties te individualiseren en rekening te houden met de voorwaarden waaronder het beginsel “*non bis in idem*” in strafzaken in acht genomen moet worden.

In verband daarmee heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in haar advies 62.383/2, op 7 december 2017 gegeven over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 11 maart 2018 ‘betreffende het statuut van en het toezicht op de betalingsinstellingen en de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld, en de toegang tot betalingssystemen’, in de volgende bewoordingen gewezen op de vereisten die voortvloeien uit de rechtspraak ter zake van het Grondwettelijk Hof en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

“De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof ter zake luidt (...) als volgt:

‘Wanneer de dader van eenzelfde feit op een alternatieve wijze kan worden gestraft, dat wil zeggen wanneer hij, voor dezelfde feiten, ofwel naar de correctionele rechtbank kan worden verwezen ofwel een administratieve geldboete kan worden opgelegd waartegen hem een beroep wordt geboden voor een andere rechtbank dan een strafrechtbank, dient er een parallellisme te bestaan tussen de maatregelen tot individualisering van de straf. Dat geldt voor de mogelijkheid om een geldboete op te leggen die minder bedraagt dan het wettelijke minimum indien verzachtende omstandigheden aanwezig zijn (arresten nrs. 40/97, 45/97, 128/99, 86/2007 en 42/2009).’¹

Het Grondwettelijk Hof maakt in verband met de mogelijkheid om uitstel toe te kennen dezelfde gevolgtrekkingen als in verband met de individualisering van de straf. Zo heeft het Hof in die zin geoordeeld in zijn arrest 13/2013 van 21 februari 2013:

‘Het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straffen heeft tot doel de nadelen die inherent zijn aan de tenuitvoerlegging van de straffen, te beperken en de re-integratie van de veroordeelde niet in het gedrang te brengen. Het kan worden bevolen met betrekking

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ Voetnoot 8 van het geciteerde advies: GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.29. Zie eveneens het arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 december 2016, nr. 159/2016, B.3.1., bijvoorbeeld.

tot geldboeten. Bovendien blijkt uit artikel 157, § 1, van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, hersteld bij artikel 108 van de wet van 13 december 2006 houdende diverse bepalingen betreffende gezondheid, alsook uit artikel 1^{quater} van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten, ingevoegd bij artikel 145 van de programmawet van 27 december 2004, dat het uitstel door de wetgever niet onverenigbaar wordt geacht met een geldboete die wordt opgelegd door een andere overheid dan een strafgerecht.

De in het geding zijnde regeling van de fiscale geldboeten kan allicht in diverse bestanddelen verschillen van de regeling van de in het BTW-Wetboek voorgeschreven strafrechtelijke sancties of van de regeling van de in andere aangelegenheden voorgeschreven administratieve sancties, ongeacht of het gaat om de verschillende formulering van de vereiste van het morele bestanddeel, om de mogelijkheid administratieve geldboeten samen te voegen, om de wijze van vaststelling van de straffen of om de toepassing van opdecimen. Dergelijke verschillen kunnen weliswaar relevant zijn om de toepassing van specifieke regels op bepaalde gebieden te verantwoorden, maar ze zijn dat niet op het gebied dat het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag: ongeacht of het uitstel wordt verleend door de correctionele rechtbank of door een ander rechtscollege, zoals de rechtbank van eerste aanleg, kan het de veroordeelde ertoe aanzetten zijn gedrag te wijzigen, door de dreiging om, indien hij zou recidiveren, de veroordeling tot de betaling van een geldboete uit te voeren.²

Het voorontwerp dient aldus herzien te worden dat daarin met die rechtspraak rekening wordt gehouden, aangezien het gaat om de gedragingen die op strafrechtelijk en op administratief vlak strafbaar worden gesteld.

Het voorontwerp zou het mogelijk moeten maken verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen en uitstel toe te kennen en het zou ook moeten regelen hoe dat dient te geschieden, op zijn minst in het stadium van de rechterlijke toetsing van de handeling waarbij de administratieve geldboete opgelegd wordt.

4. Die dubbele strafbaarstelling van bepaalde gedragingen doet nog een andere vraag rijzen, in verband met de naleving van het beginsel “*non bis in idem*”, dat inzonderheid gewaarborgd wordt bij artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en bij artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

(...)

De strekking van het beginsel “*non bis in idem*”, zoals dat naar voren komt uit artikel 4 van het voornoemde Protocol, is op 15 november 2016 bij het arrest *A. en B. v. Noorwegen* van de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in wezen, geherdefinieerd als volgt:

‘130. Il ressort à l’évidence de cette analyse de la jurisprudence de la Cour que, s’agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l’article 4 du Protocole n° 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l’activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d’un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à l’infraction. Toutefois, ainsi qu’il a été expliqué ci-dessus (notamment aux paragraphes 111 et 117 à 120), l’article 4 du Protocole n° 7

² Voetnoot 9 van het geciteerde advies: GwH 21 februari 2013, nr. 13/2013, B.4.1. Zie eveneens het arrest van het Grondwettelijk Hof van 14 december 2016, nr. 159/2016, B.3.1., bijvoorbeeld.

n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies. En particulier, pour convaincre la Cour de l'absence de répétition de procès ou de peines (*bis*) proscrite par l'article 4 du Protocole n° 7, l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un 'lien matériel et temporel suffisamment étroit'. Autrement dit, il doit être démontré que celles-ci se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent. Cela signifie non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable.

131. S'agissant des conditions à satisfaire pour que des procédures mixtes, administratives et pénales, puissent être regardées comme présentant un lien matériel et temporel suffisant et donc comme compatibles avec le critère de '*bis*' découlant de l'article 4 du Protocole n° 7, la Cour résume de la manière suivante les considérations pertinentes tirées de sa jurisprudence telle qu'examinée ci-dessus.

132. Les éléments pertinents pour statuer sur l'existence d'un lien suffisamment étroit du point de vue matériel sont notamment les suivants:

- le point de savoir si les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement *in abstracto* mais aussi *in concreto*, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause;

- le point de savoir si la mixité des procédures en question est une conséquence prévisible, aussi bien en droit qu'en pratique, du même comportement réprimé (*idem*);

- le point de savoir si les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre;

- et, surtout, le point de savoir si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné.

133. (...)

La mesure dans laquelle la procédure administrative présente les caractéristiques d'une procédure pénale ordinaire est un élément important. Des procédures mixtes satisferont plus vraisemblablement aux critères de complémentarité et de cohérence si les sanctions imposables dans la procédure non formellement qualifiée de 'pénale' sont spécifiques au comportement en question et ne font donc pas partie du 'noyau dur du droit pénal' (pour reprendre les termes de l'arrêt *Jussila* précité). Si, à titre additionnel, cette procédure n'a pas de caractère véritablement infamant, il y a moins de chances qu'elle fasse peser une charge disproportionnée sur l'accusé. À l'inverse, plus la procédure administrative présente de caractéristiques infamantes la rapprochant dans une large mesure d'une procédure pénale ordinaire, plus les finalités sociales poursuivies par la punition du comportement fautif dans des procédures différentes risquent de se répéter (*bis*) au lieu de se compléter. L'issue des affaires mentionnées au paragraphe 129 ci-dessus peut passer pour des illustrations de la concrétisation d'un tel risque.

134. De plus, ainsi qu'il a déjà été dit implicitement ci-dessus, même lorsque le lien matériel est suffisamment solide, la condition du lien temporel demeure et doit être satisfaite. Il ne faut pas en conclure pour autant que les deux procédures doivent être menées simultanément du début à la fin. L'État doit avoir la faculté d'opter pour la conduite des procédures progressivement si ce procédé se justifie par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, poursuit des finalités sociales différentes et ne cause pas un préjudice disproportionné à l'intéressé. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été précisé, il doit toujours y avoir un lien temporel. Ce lien doit être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs, et pour que les procédures ne s'étalent pas trop dans le temps (voir, comme exemple de lacune de ce type, *Kapetanios et autres*, précité, § 67), même dans l'hypothèse où le régime national pertinent prévoit un mécanisme 'intégré' comportant un volet administratif et un volet pénal distincts. Plus le lien temporel est ténu, plus il faudra que l'État explique et justifie les lenteurs dont il pourrait être responsable dans la conduite des procédures'.³

De artikelen 148 en 230, *junctis* de artikelen 36/8 tot 36/11 van de wet van 22 februari 1998, staan op zich niet in de weg aan de naleving van het beginsel "*non bis in idem*" zoals dat zonet omschreven is, maar het is zaak de procedures aldus te voeren dat die criteria *in concreto* nageleefd worden. De loutere omstandigheid, die aangevoerd wordt in de bespreking van artikel 148, dat het bedrag van de administratieve geldboete op grond van artikel 36/12 van dezelfde wet aangerekend dient te worden op het bedrag van de strafrechtelijke geldboete, volstaat op zich niet om te voldoen aan de vereisten van artikel 4 van Protocol nr. 7 zoals dat geïnterpreteerd wordt in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Teneinde de naleving van die laatste bepaling te waarborgen, zou het beter zijn om het voorontwerp aan te vullen met een regeling ter organisatie van de integratie van beide procedures die eventueel gevoerd kunnen worden.

Het verdient hoe dan ook aanbeveling om in de memorie van toelichting uitleg te verschaffen over deze kwesties (...)."⁴

Wat de individualisering van de sancties betreft, is die rechtspraak sindsdien door het Grondwettelijk Hof⁵ en door de afdeling Wetgeving van de Raad van State bevestigd.⁶

Die opmerkingen gelden voor het voorliggende voorontwerp. De steller ervan moet op zijn minst de redenen uiteenzetten waarom de rechtspraak waarnaar *supra* verwezen is niet relevant zou zijn voor de betrokken wetgevingen. De loutere omstandigheid dat, volgens die wetgevingen, bij het opleggen van die administratieve sancties rekening moet worden gehouden

³ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: EHRM, GK, 15 november 2016, *A. en B. v. Noorwegen*, §§ 130 tot 132 en 134; zie ook inz. EHRM 18 mei 2017, *Johannesson e.a. v. IJsland*, § 49.

⁴ Advies 62.383/2, op 7 december 2017 gegeven over het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 11 maart 2018 'betreffende het statuut van en het toezicht op de betalingsinstellingen en de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld, en de toegang tot betalingssystemen', opmerkingen 3 en 4 bij de artikelen 148, 161, 230 en 244 van het voorontwerp, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2869/001, 324-329.

⁵ GwH 11 oktober 2018, nr. 138/2018, B.3 tot B.6 (wat de mogelijkheid betreft om uitstel toe te kennen); 23 januari 2019, nr. 8/2019, B.3 tot B.8 (wat de mogelijkheid betreft om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen).

⁶ Advies 64.535/3, op 10 januari 2019 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het ontwerp van kaderdecreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest 'betreffende de bestuurlijke handhaving', algemene opmerking 24.1, *Parl.St.* Vl.Parl. 2018-19, nr. 1825/1, 403 en 404.

met de omstandigheden van de zaak en met de kenmerken van de dader lijkt niet te volstaan om te rechtvaardigen dat een bijzondere regeling wordt ingevoerd die afwijkt van de vereisten van die rechtspraak, die op de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie gebaseerd is. De verplichting met die omstandigheden en met die kenmerken rekening te houden geldt immers van rechtswege in strafzaken ongeacht om welke wetgeving het gaat.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 3

Artikel 84, lid 2, van richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 ‘betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad’ (hierna: de “BRR-richtlijn”) bepaalt dat de autoriteiten en de organen die krachtens lid 1 aan de vereisten van het beroepsgeheim gebonden zijn, “er zorg voor dragen dat er interne regels met betrekking tot vertrouwelijkheid worden vastgesteld, waaronder regels die specifiek tot doel hebben de vertrouwelijkheid te waarborgen van informatie die wordt uitgewisseld tussen de personen die rechtstreeks bij het afwikkelingsproces betrokken zijn”.

Zoals in de toelichting bij artikel 3 van het voorontwerp staat, “legt [die bepaling] aldus het need-to-know-principe vast volgens hetwelk de personen, autoriteiten en instellingen die aan het beroepsgeheim onderworpen zijn, de toegang tot en het bezit van informatie dienen te beperken tot de personen die ingevolge hun functies en verplichtingen kennis moeten nemen van deze informatie of deze moeten behandelen”.

Door louter te bepalen dat de interne regels van de Belgische personen, autoriteiten en instellingen “de vertrouwelijke behandeling waarborgen van de vertrouwelijke informatie die de personen die betrokken zijn in het afwikkelingsproces van de Bank ontvangen” vormt de ontworpen wijziging van artikel 35/1, § 3, geen correcte omzetting van artikel 84, lid 2, van de BRR-richtlijn en geeft ze de bedoeling die uiteengezet wordt in de toelichting bij het artikel niet naar behoren weer, aangezien ze enerzijds niet uitdrukkelijk uitsluit dat de Belgische personen, autoriteiten en instellingen vertrouwelijke informatie kunnen meedelen aan andere personen dan die welke rechtstreeks bij het afwikkelingsproces betrokken zijn, en ze anderzijds alleen aan de personen die bij het afwikkelingsproces betrokken zijn, de vertrouwelijke behandeling oplegt van de vertrouwelijke informatie die door de Nationale Bank is bezorgd.

De bepaling zou beter als volgt gesteld worden:

“Zij zorgen ervoor dat hun interne regels waarborgen dat de vertrouwelijke informatie ontvangen van de Nationale Bank enkel – vertrouwelijk – behandeld wordt door personen die rechtstreeks bij het afwikkelingsproces betrokken zijn.”

Artikel 4

Gelet op artikel 58, lid 1, e), van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: de “AVG”), waarnaar overigens in de toelichting bij het artikel verwezen wordt, moeten in artikel 35/2 van de wet van 22 februari 1998 ‘tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België’ de woorden “toegang geven tot vertrouwelijke informatie” niet vervangen worden door de woorden “vertrouwelijke informatie meedelen”, maar moeten de woorden “of hieraan vertrouwelijke informatie meedelen” ingevoegd worden na de woorden “aan de Belgische Gegevensbeschermingsautoriteit”.

Informatie “meedelen”, wat impliceert dat het initiatief uitgaat van degene die meedeelt, onderscheidt zich immers van “toegang geven” tot dergelijke informatie, wat impliceert dat van de informatie kennisgenomen wordt op initiatief van de persoon die toegang heeft.

Artikel 6

1. Artikel 6 strekt tot vervanging van artikel 36/7/1 van de wet van 22 februari 1998. Laatstgenoemde bepaling beoogt de omzetting van artikel 71 van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG’.⁷

Artikel 71 van de betrokken richtlijn bepaalt het volgende:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde autoriteiten doeltreffende en betrouwbare mechanismen opzetten om de melding van mogelijke of feitelijke inbreuken op de ter omzetting van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en op Verordening (EU) nr. 575/2013 aan de bevoegde autoriteiten aan te moedigen.

2. De in lid 1 bedoelde mechanismen omvatten ten minste:

a) specifieke procedures voor het in ontvangst nemen en behandelen van meldingen van inbreuken;

b) een passende bescherming van werknemers van instellingen die inbreuken melden welke binnen een instelling hebben plaatsgevonden, minimaal tegen vergelding, discriminatie of andere soorten onbillijke behandeling;

c) bescherming van persoonsgegevens van zowel de persoon die de inbreuken meldt als de natuurlijke persoon die naar vermoed wordt voor een inbreuk verantwoordelijk zou zijn in overeenstemming met Richtlijn 95/46/EG;

d) duidelijke regels om te waarborgen dat de identiteit van de persoon die de binnen een instelling gepleegde inbreuken meldt, in alle gevallen vertrouwelijk blijft,

⁷ Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 54-1584/001, 364 en 365.

tenzij bekendmaking volgens het nationale recht vereist wordt in het kader van nader onderzoek of een daaropvolgende gerechtelijke procedure.

(...)"

Hoewel die bepaling van de richtlijn niet gewijzigd is, strekt het voorontwerp, volgens de toelichting bij het artikel, "tot invoering van een meer uitgewerkte klokkenluidersregeling".

Dat dispositief strekt er in wezen toe, enerzijds, ervoor te zorgen dat iedere persoon die de Nationale Bank van België "te goeder trouw" inlicht over "een feitelijke of vermeende inbreuk op de wetten of reglementen die het statuut van en het toezicht op de financiële instellingen als bedoeld in artikel 36/2 regelen" gevrijwaard wordt van burgerrechtelijke, strafrechtelijke of tuchtrechtelijke vorderingen en van professionele sancties, ook al geldt voor die persoon bovendien een beperking op de openbaarmaking van informatie en, anderzijds, om vergelding, discriminatie en andere vormen van nadelige behandeling of nadelige maatregelen (hierna "nadelige maatregelen") in het kader van een arbeidsbetrekking⁸ te verbieden die gericht zou(den) zijn tegen de persoon die deze melding te goeder trouw gedaan heeft, waarbij op de werkgever die een voor die persoon nadelige maatregel treft de bewijslast rust dat deze maatregel geen verband houdt met de betrokken melding.

Zoals eveneens uit die toelichting blijkt, is de bepaling van het voorontwerp gebaseerd op artikel 69*bis* van de wet van 2 augustus 2002 'betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten'. Laatstgenoemde bepaling geeft onder meer uitvoering aan verordening (EU) 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', welke verordening daadwerkelijk het volgende voorschrijft:

"Een persoon die overeenkomstig deze verordening informatie aan de bevoegde autoriteit verstrekt, wordt niet geacht een inbreuk te plegen op enige beperking van de openbaarmaking van informatie zoals vastgesteld in een contract, of zoals bepaald in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, en dit feit brengt voor de melder generlei aansprakelijkheid met zich mee."⁹

Volgens artikel 32 van die verordening moeten de lidstaten in een passende bescherming voorzien tegen vergelding, discriminatie of andere vormen van onbillijke behandeling voor personen die bij hen een arbeidsovereenkomst hebben of bij hen in dienst zijn en die daadwerkelijke of potentiële inbreuken op die verordening melden of die van inbreuken worden beschuldigd.

Artikel 69*bis* van de wet van 2 augustus 2002 voorziet in een beschermingsregeling die verder gaat dan de Europese vereisten, aangezien het de vereisten van verordening (EU) 596/2014 verruimt tot elke melding van een inbreuk op regelgeving die de FSMA moet doen naleven, terwijl de Europese richtlijnen op de omzetting waarvan de FSMA

⁸ Wat de strekking van het begrip "dienstverband" betreft, wordt verwezen naar opmerking 3.

⁹ Artikel 23, lid 4, van verordening (EU) 596/2014.

eveneens toezicht moet uitoefenen in wezen enkel voorzien in de verplichting om de personeelsleden van de ondernemingen waarop de FSMA toezicht uitoefent te beschermen tegen nadelige maatregelen.¹⁰ De verruiming is tweeledig: enerzijds geldt de bescherming tegen nadelige maatregelen voor elke persoon die een inbreuk meldt en voor de personen die bij de melding van de inbreuk beschuldigd worden; anderzijds geldt het feit dat meldingen van een inbreuk niet geacht worden een inbreuk uit te maken op enige bij overeenkomst of bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling opgelegde beperking van de openbaarmaking van informatie, niet alleen voor meldingen van een inbreuk op de verordening machtsmisbruik, maar voor alle meldingen van een inbreuk.

De Europese wetgeving ter zake verbiedt de lidstaten niet in meer bescherming biedende maatregelen te voorzien tot aanmoediging van het melden aan de bevoegde autoriteiten van mogelijke of feitelijke inbreuken op Europese verordeningen of op maatregelen tot omzetting van Europese richtlijnen.

De ontworpen bepaling roept echter twee vragen op.

1.2. Aangezien de bepaling handelt over iedere mededeling van een inbreuk op de regelgeving die de Nationale Bank moet doen naleven, net zoals artikel 69bis van de wet van 2 augustus 2002 handelt over iedere inbreuk op de regelgeving die de FSMA moet doen naleven, ongeacht de ernst van de inbreuk ten aanzien van het doeleinde van de betreffende regelgeving, rijst de vraag hoe te rechtvaardigen valt dat beide bepalingen in een verschillende regeling voorzien.

Het gaat in essentie om twee soorten verschillen:

- enerzijds wordt bij artikel 69bis, § 3, niet alleen de werknemer beschermd die te goeder trouw een inbreuk heeft gemeld, maar ook de werknemer die bij die melding wordt beschuldigd van een inbreuk, terwijl de bescherming in het ontworpen artikel 36/7/1 alleen geldt voor de persoon die in dienstverband werkt en te goeder trouw een melding heeft gedaan;
- anderzijds stelt artikel 69bis, § 3, eerste lid, tweede zin, dat “[d]it [niet] belet (...) dat gepaste maatregelen of sancties worden genomen tegen een werknemer die effectief een inbreuk als bedoeld in paragraaf 1 heeft gepleegd”, terwijl in de tweede zin van het ontworpen artikel 36/7/1, § 3, staat dat die “paragraaf [niet] belet (...) dat gepaste maatregelen worden genomen in het geval van een foutieve gedraging”.

Die laatste bepaling creëert onduidelijkheid. Aangezien ze uitsluitend betrekking heeft op de persoon die de inbreuk heeft gemeld, rijst namelijk de vraag welk geval hier bedoeld wordt. Enerzijds bepaalt de eerste zin van dezelfde paragraaf immers reeds dat de persoon enkel bescherming geniet tegen nadelige maatregelen indien die “verband houden met de melding (...)”

¹⁰ Artikel 73, lid 1, tweede alinea 2, b), van richtlijn 2014/65/EU (MiFID II); artikel 99quinquies, lid 2, b), van richtlijn 2009/65/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2014/91/EU (UCITS); artikel 35, lid 2, b), van richtlijn 2016/97/EU (IDD-richtlijn); zie eveneens artikel 28, lid 2, b), van verordening (EU) 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 ‘over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten’; zie *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2504/001, 27 en 28.

en de persoon te goeder trouw is, en anderzijds stelt paragraaf 4 dat de bewijslast dat de maatregel geen verband houdt met de betrokken melding op de werkgever rust. Daar uitgegaan wordt van de goede trouw, moet de werkgever die vrijgesteld wil worden van de verplichtingen bepaald in de paragrafen 5 en 6, dus ofwel aantonen dat de maatregel die hij neemt geen verband houdt met de melding, ofwel aantonen dat de persoon die de melding doet niet te goeder trouw is. De maatregel die de werkgever kan motiveren op basis van een foutieve gedraging van de persoon die de melding doet, lijkt bijgevolg hoe dan ook in één van die beide gevallen ingepast te kunnen worden. De tweede zin van paragraaf 3 lijkt dus overbodig en zou moeten worden weggelaten. Zo niet, moet de steller van het voorontwerp ook op dat punt kunnen rechtvaardigen dat de ontworpen bepaling en het voornoemde artikel 69*bis* verschillend zijn geformuleerd.

1.3. De voorliggende bepaling biedt de persoon die inbreuken meldt bescherming tegen iedere beperking op de openbaarmaking van informatie en beschermt hem in het kader van zijn arbeidsbetrekking tegen alle nadelige maatregelen ten gevolge van of verband houdend met die melding, waarbij de bewijslast dat de maatregel geen verband houdt met de melding bij de werkgever wordt gelegd en de werkgever verplicht wordt bij ontstentenis van dergelijk bewijs te zorgen voor de re-integratie van de persoon die de melding doet of hem een schadevergoeding te geven. Een dergelijke bepaling verzwaart de verplichtingen van de werkgever en wijzigt aldus grondig het evenwicht van de arbeidsverhouding. Met de wijziging van dat evenwicht wordt weliswaar een algemeen belang nagestreefd, namelijk een betere naleving van de regelgeving, waarbij de inbreuken op die regelgeving gemakkelijker kunnen worden opgespoord. Het gevaar bestaat echter dat een werknemer misbruik maakt van die situatie door via het melden van om het even welke veronderstelde inbreuk, zelfs een lichte, bescherming te zoeken tegen elke nadelige maatregel van zijn werkgever. Dat gevaar is des te groter daar de kwade trouw door de werkgever dient te worden aangetoond, een bewijs dat niet makkelijk te leveren is.

Zoals in de toelichting bij het artikel staat, is de ontworpen tekst ook ingegeven door de antidiscriminatiewetgeving, waarvan het Grondwettelijk Hof de grondwettelijkheid reeds heeft bevestigd.¹¹ Om met name de regeling van de bewijslast die specifiek voor die wetgeving geldt, te rechtvaardigen, is rekening gehouden met het belang van de betreffende wetgeving en met de moeilijkheden die ondervonden zijn bij het aantonen van de inbreuken. De steller van het voorontwerp moet enerzijds kunnen aantonen dat hetzelfde geldt voor alle wetgevingen die de Nationale Bank moet doen naleven, en moet anderzijds kunnen rechtvaardigen dat die regeling niet wordt uitgebreid tot elke vermeende inbreuk van de werkgever, met name op sociaal of fiscaal gebied, die een werknemer zou hebben vastgesteld.

Bovendien zou de steller van het voorontwerp ook rekening moeten houden met onder meer aanbeveling CM/Rec(2014)7 'betreffende de bescherming van klokkenluiders', die op 30 april 2014 aangenomen is door het Comité van ministers van de Raad van Europa.

Die aanbeveling formuleert een reeks principes die bedoeld zijn als leidraad voor de lidstaten bij het scheppen van een normatief kader voor de bescherming van personen die in het kader van hun arbeidsbetrekking meldingen doen of informatie onthullen over dreigingen of schade voor het algemeen belang.

¹¹ GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009.

Die aanbeveling roept de Staten weliswaar op maatregelen te nemen ter bescherming van de klokkenluiders tegen represailles, zoals de maatregelen waarin de ontworpen bepaling voorziet, maar niet om in bescherming te voorzien voor elke melding te goeder trouw van een vermoeden van inbreuk. Ze beveelt enkel aan dat

“[l]a personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité.”¹²

Voorts beveelt ze aan dat,

“[d]ans les procédures juridiques ayant trait à un acte préjudiciable subi par un lanceur d'alerte, et sous réserve que celui-ci donne des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement ou de sa révélation d'informations, il incombe à l'employeur d'établir que telle n'était pas la motivation de l'acte préjudiciable.”

In de ontworpen bepaling wordt de bewijslast dus op een verschillende wijze verdeeld tussen de werkgever en de werknemer.

1.4. De steller van het voorontwerp wordt verzocht artikel 6 opnieuw te onderzoeken om met die opmerkingen rekening te houden.

2. Voorts roept de ontworpen bepaling ook de volgende vraag op.

Het valt niet uit te sluiten dat de “persoon die de Bank te goeder trouw heeft ingelicht” met toepassing van het ontworpen artikel 36/7/1, § 1, van de wet van 22 februari 1998, een statutair ambtenaar van een overheidsinstantie is, en dat de bestuurlijke overheid als gevolg van een dergelijke kennisgeving beslist de betrokkene af te zetten of ambtshalve uit zijn ambt te ontslaan.

Volgens het gemene recht kan de ambtenaar in kwestie bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een vordering tot nietigverklaring van een dergelijke afzetting of van een dergelijk ambtshalve ontslag instellen. Wanneer de Raad van State, in het kader van het beroep dat bij hem is ingesteld, de beslissing vernietigt, wordt de ambtenaar door de terugwerkende kracht van het vernietigingsbesluit in zijn functie hersteld en wordt zijn loopbaan hersteld.

De vraag rijst hoe het voorgaande zich verhoudt tot het ontworpen artikel 36/7/1 van de wet, en wel in zoverre de paragrafen 5 en 6 van dat artikel het mogelijk maken dat de persoon wiens dienstbetrekking wordt beëindigd, binnen dertig dagen volgend op de datum van de kennisgeving van de opzegging met een aangetekende brief kan verzoeken om re-integratie, en in zoverre die paragrafen bepalen dat de werkgever, ingeval hij weigert op een dergelijk verzoek in te gaan, de betrokkene de schadevergoeding verschuldigd is die in paragraaf 6 wordt vermeld.

¹² Punt 22 van de bijlage bij aanbeveling CM/Rec(2014)7. Zie ook het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ‘inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden’, 23 april 2018, COM (2018) 218 final, artikelen 13, lid 1, en 15, lid 5.

Moet ervan uitgaan worden dat de statutaire ambtenaar die als gevolg van een administratieve beslissing tot beëindiging van de dienstbetrekking zowel een verzoek tot re-integratie heeft ingediend, dat niet tot een daadwerkelijke re-integratie heeft geleid in het kader van de regeling van het ontworpen artikel 36/7/1, § 5, als een vordering tot nietigverklaring bij de Raad van State heeft ingesteld en gere-integreerd wordt op basis van een arrest van de Raad van State tot nietigverklaring van de betreffende administratieve beslissing, de schadevergoeding kan behouden die hij krachtens het ontworpen artikel 36/7/1 gekregen heeft?

De voorliggende bepaling en de toelichting erbij moeten nader worden uitgewerkt om daarop een antwoord te bieden.

3. Ten slotte zou de eerste zin van het ontworpen artikel 36/7/1, § 3, duidelijker zijn indien, overeenkomstig de toelichting hierover bij die bepaling, de woorden “, ook in het kader van een aannemingscontract,” zouden worden ingevoegd tussen de woorden “dienstverband werkt” en de woorden “en die te goeder trouw”. Zo niet zou geoordeeld kunnen worden dat met “contractueel dienstverband” tegenover “statutair dienstverband” louter verwezen wordt naar een arbeidsovereenkomst.

Artikel 7

In de toelichting bij artikel 7 wordt niet verklaard waarom punt 3° van dat artikel paragraaf 4 van artikel 36/14 van de wet van 22 februari 1998 ‘tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België’ opheft, een paragraaf die bovendien bij een zeer recente wet van 30 juli 2018 ‘houdende diverse financiële bepalingen’ is ingevoegd.

Die paragraaf 4 luidt als volgt:

“Dit artikel is van toepassing onverminderd de meer restrictieve bepalingen van het recht van de Europese Unie inzake het beroepsgeheim”.

Enige uitleg is des te meer gewenst daar het verband tussen die opheffing en de toevoegingen in artikel 36/14, § 1, (punten 17° en 20/1°) niet duidelijk is.

Artikel 15

Het lijkt niet raadzaam de toelichting met betrekking tot de artikelen 15, 22, 23, 24, 28, 32, 33, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54 en 55 onmiddellijk na de toelichting bij artikel 62 te plaatsen. Het verdient de voorkeur die toelichting in te voegen na de toelichting bij artikel 14.

Artikel 17

Bij punt 1° wordt de bepaling onder “y” vervangen door een bepaling die identiek is aan de tekst zoals die luidde vóór de wijziging ervan bij artikel 88 van de wet van 11 juli 2018 ‘op de aanbidding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt’.

De steller van het voorontwerp moet zich ervan vergewissen dat die laatste bepaling daadwerkelijk in werking getreden is: in artikel 104 van die wet van 11 juli 2018 wordt voor de inwerkingtreding van die bepaling verwezen naar “de dag waarop Verordening 2017/1129 van toepassing is, zoals bepaald door artikel 49, lid 2 van bovenvermelde verordening”. Artikel 49, lid 2, in kwestie bepaalt dat sommige bepalingen van toepassing zijn op 21 juli 2018 en andere op 21 juli 2019.

Als artikel 88 van de wet van 11 juli 2018 in werking treedt na de inwerkingtreding van dit voorontwerp, zal de ontworpen bepaling haar doel missen.

Artikel 25

In de toelichting bij artikel 25 dient in plaats van naar “artikel 5, lid 2, alinea 2 van de BRR-richtlijn” verwezen te worden naar “artikel 5, lid 5, alinea 2, van de BRR-richtlijn”.

Artikel 30

Zoals uitgelegd wordt in de toelichting, strekt artikel 30 ertoe te verduidelijken dat het omzetten of afschrijven van een kapitaalinstrument beschouwd moet worden als een afwikkelingsmaatregel.

Overeenkomstig artikel 2, lid 1, 40°, van de BRR-richtlijn is een afwikkelingsmaatregel “het overeenkomstig artikel 32 of artikel 33 genomen besluit om een instelling of een entiteit als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c) of d), af te wikkelen, de toepassing van een afwikkelingsinstrument, of de uitoefening van een of meer afwikkelingsbevoegdheden”.

Overeenkomstig artikel 2, lid 1, 19°, van de BRR-richtlijn, is een afwikkelingsinstrument “een afwikkelingsinstrument als bedoeld in artikel 37, lid 3”.

Artikel 37, lid 3, van de BRR-richtlijn luidt:

“De in lid 1 bedoelde afwikkelingsinstrumenten zijn:

- a) het instrument van verkoop van de onderneming;
- b) het instrument van de overbruggingsinstelling;
- c) het instrument van afsplitsing van activa;
- d) het instrument van bail-in.”

Overeenkomstig artikel 2, lid 1, 57°, van de BRR-richtlijn is een instrument van bail-in “het mechanisme voor het verrichten van de uitoefening door een afwikkelingsautoriteit van de bevoegdheden voor het afschrijven of omzetten van de passiva van een instelling in afwikkeling, in overeenstemming met artikel 43”.

Overeenkomstig artikel 2, lid 1, 66°, van de BRR-richtlijn, zijn de afschrijvings- en omzettingsbevoegdheden “de bevoegdheden als bedoeld in artikel 59, lid 2, en in artikel 63, lid 1, onder e) tot en met i)”.

Artikel 59, lid 2, van de la BRR-richtlijn bepaalt:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de afwikkelingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om de relevante kapitaalinstrumenten af te schrijven of om te zetten in aandelen of andere eigendomsinstrumenten van instellingen en entiteiten als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c) en d).”

Artikel 63, lid 1, e) tot i), van de BRR-richtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de afwikkelingsautoriteiten over alle nodige bevoegdheden beschikken om de afwikkelingsinstrumenten toe te passen op de instellingen en entiteiten als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c) en d), die aan de toepasbare afwikkelingsvoorwaarden voldoen. De afwikkelingsautoriteiten hebben in het bijzonder de volgende afwikkelingsbevoegdheden, die zij afzonderlijk, of in elke combinatie met elkaar kunnen uitoefenen:

[...]

e) de bevoegdheid om de hoofdsom of het uitstaande verschuldigde bedrag met betrekking tot in aanmerking komende passiva van een instelling in afwikkeling (tot nul) te verlagen;

f) de bevoegdheid om in aanmerking komende passiva van een instelling in afwikkeling om te zetten in aandelen of andere eigendomsinstrumenten van die instelling of entiteit als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c), of d), een relevante moederinstelling of een overbruggingsinstelling waaraan activa, rechten of verplichtingen van de instelling of de entiteit als bedoeld in artikel 1, lid 1, onder b), c) of d), worden overgedragen;

g) de bevoegdheid om door een instelling in afwikkeling uitgegeven schuldinstrumenten in te trekken, tenzij het gaat om door zekerheid gedekte passiva als bedoeld in artikel 44, lid 2;

h) de bevoegdheid om het nominaal aantal aandelen of andere eigendomsinstrumenten van een instelling in afwikkeling te verminderen of tot nul te herleiden en deze aandelen of andere eigendomsinstrumenten in te trekken;

i) de bevoegdheid om een instelling in afwikkeling of een relevante moederinstelling te verplichten nieuwe aandelen of andere eigendomsinstrumenten of andere kapitaalinstrumenten, met inbegrip van preferente aandelen en voorwaardelijk converteerbare instrumenten, uit te geven.”

Bijgevolg is de verduidelijking waartoe artikel 30 van het voorontwerp strekt niet strikt nodig, maar kan ze eventuele verwarring voorkomen. In ieder geval lijkt het niet strijdig te zijn met de BRR-richtlijn om te verduidelijken dat het omzetten/afschrijven van een kapitaalinstrument een afwikkelingsmaatregel is.

Artikel 60

Artikel 60 wordt niet toegelicht.

Die leemte moet aangevuld worden.

Artikel 63

Het lijkt niet raadzaam om de toelichting met betrekking tot de artikelen 63, 66, 67, 69, 72, 73, 74, 75, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 en 90 onmiddellijk na de toelichting bij artikel 79 te plaatsen. Het verdient de voorkeur die toelichting in te voegen na de toelichting bij artikel 63.

Artikel 116

Luidens de toelichting strekt artikel 116 tot tenuitvoerlegging van “artikel 42, lid 1, f), g) en h), van de Benchmarkverordening [...]”.

In plaats van “artikel 42, lid 1, f), g) en h) (...)” schrijve men: “artikel 42, lid 2, f), g) en h), van de Benchmarkverordening [...]”.

Artikel 122

In de toelichting bij artikel 122 wordt niet gerechtvaardigd waarom artikel 3 van verordening (EU) 2017/2402 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 “tot vaststelling van een algemeen kader voor securitisatie en tot instelling van een specifiek kader voor eenvoudige, transparante en gestandaardiseerde securitisatie, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/65/EG, 2009/138/EG en 2011/61/EU en de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 648/2012’ (hierna: de “securitisatieverordening”) over de omkadering van de verkoop van securitisatieposities aan niet-professionele cliënten” onder de bevoegdheid van de FSMA in het algemeen lijkt te moeten vallen (los van de vraag of het toezicht op de betrokken onderneming uitgeoefend wordt door de FSMA of door de NBB).

Een motivering lijkt des te noodzakelijker daar de toelichting bij de bepaling doet vermoeden dat de kwestie aanleiding kan geven tot discussie. De regering gebruikt immers de uitdrukking “lijkt te moeten vallen”.

Bovendien wordt in diezelfde toelichting uitgelegd dat in de securitisatieverordening het toezicht op de naleving door de exploitanten van bepaalde artikelen van die verordening, toevertrouwd wordt aan onderscheiden autoriteiten. Zo zal een kredietinstelling die gecontroleerd wordt door de NBB, voor de tenuitvoerlegging van die artikelen onderworpen zijn aan het toezicht van de NBB. Een investeringsonderneming die gecontroleerd wordt door de FSMA zal voor de tenuitvoerlegging van die artikelen onderworpen zijn aan het toezicht van de FSMA.

Wat artikel 3 van de securitisatieverordening betreft, voorziet die verordening niet in een verdeling tussen autoriteiten, wat ze wel doet voor andere artikelen.

Moet daaruit afgeleid worden dat de steller van het voorontwerp beslist heeft, aangezien daarover in de securitisatieverordening niets wordt vermeld, om aan de FSMA¹³ het toezicht toe te vertrouwen op de naleving door de exploitanten van artikel 3 van die verordening betreffende de verkoop van securitisatieposities aan niet-professionele cliënten, om reden dat de verkoop van securitisatieposities *sensu stricto* eerder een aangelegenheid is van een beleggingsdienst dan van een bankdienst?

Het lijkt niet strijdig met de securitisatieverordening om aan de FSMA het toezicht toe te vertrouwen op de naleving van artikel 3 van die verordening door de exploitanten. Toch zou het meer in overeenstemming zijn met het in België ingestelde tweeledige toezichtstelsel om het toezicht op de naleving van dat artikel enerzijds toe te vertrouwen aan de FSMA, voor wat de beleggingsondernemingen betreft, en anderzijds aan de NBB, voor wat de kredietinstellingen betreft.

In ieder geval verdient het aanbeveling de toelichting bij die bepaling op dat punt te verduidelijken.

Artikel 123

De term “beleggingsinstrumenten” geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

In de toelichting bij artikel 123 wordt aangegeven dat daarmee wordt bedoeld op de notie beleggingsinstrumenten uit de prospectuswetgeving, wat onduidelijk en onnauwkeurig is en uiteindelijk niet veel zegt.

Bovendien is de prospectuswetgeving vaag, aangezien bepalingen in verband met prospectussen voorkomen in verschillende teksten inzake bankrecht en financieel recht. Behalve de teksten in verband met effecten die aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten, moet immers ook rekening gehouden worden met de bepalingen inzake prospectussen van de collectieve investeringsvehikels.

Het verdient aanbeveling te vermelden dat het gaat om de Belgische wetgeving inzake prospectussen, *in casu* de wet van 11 juli 2018 ‘op de aanbidding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt’.¹⁴ Dat begrip bestaat niet in het Europees recht en het is precies om een onderscheid te maken met het Europees begrip “financieel instrument” dat het in het leven geroepen is.

¹³ De FSMA is de instantie die toezicht houdt op de financiële markten, terwijl de NBB op haar beurt enkel verantwoordelijk is voor het toezicht op de banksector.

¹⁴ Bij die wet is de wet opgeheven van 16 juni 2006 ‘op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt’, waarin het begrip “beleggingsinstrument” voor het eerst verschijnt.

Bovendien wordt in de toelichting bij artikel 123 uitgelegd dat die bepaling ertoe strekt te verduidelijken dat in artikel 45, § 1, 6°, van de wet van 2 augustus 2002, “de financiële vorming niet beperkt is tot de afnemers van spaar-, beleggings-, of verzekeringsproducten”. In artikel 123 staat evenwel niets daarover. Er wordt onmiddellijk overgegaan van de wijzigingen in artikel 45, § 1, eerste lid, 4°, c) en d), naar de invoeging van een punt e). De invoeging van punt e) wordt dan evenwel weer toegelicht op bladzijde 44 van de memorie van toelichting, na de opmerking in verband met de financiële vorming. Het is bijgevolg het een of het ander: ofwel moet het voorontwerp aangevuld worden, ofwel moet het op twee na laatste lid van bladzijde 44 van de toelichting bij artikel 123 geschrapt worden.

Artikel 125

De centraliserende benadering waarvoor de steller van het voorontwerp opteert inzake het kennisgeven aan de Europese toezichthoudende autoriteiten van de maatregelen en sancties die door de bevoegde nationale autoriteiten opgelegd worden voor inbreuken op de teksten inzake Europees bankrecht en financieel recht, verdient goedkeuring. Daardoor daalt immers de hoeveelheid wetgeving en komt op nationaal niveau de op Europees niveau gebruikelijke convergente aanpak van de verschillende financiële subsectoren meer tot haar recht.

In het algemeen mogen nationale bepalingen geen Europese verordeningen overnemen¹⁵ teneinde geen afbreuk te doen aan de rechtstreekse toepasbaarheid ervan, de oorspong van de teksten te verhullen voor de marktexploitanten en om niet te raken aan de bevoegdheid van Hof van Justitie van de Europese Unie. De rechtstreekse toepasbaarheid van een verordening vereist dat de inwerkingtreding en de toepassing ervan ten gunste of ten laste van de rechtsonderhorigen geschieden zonder enige maatregel tot invoering ervan in het nationaal recht. Een wetgevende maatregel van nationaal recht die de inhoud overneemt van een rechtstreekse toepasbare communautaire rechtsregel mag in geen enkel opzicht raken aan die rechtstreekse toepasbaarheid of aan de bevoegdheden van het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹⁶ Een lidstaat is niet vrij om een situatie te creëren waarin de rechtstreekse werking van de communautaire verordeningen in het gedrang zou komen.¹⁷

Overwegingen in verband met de rechtszekerheid kunnen evenwel rechtvaardigen dat bepalingen uit Europese verordeningen overgenomen worden.

¹⁵ Het gaat in casu om verordening 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 ‘betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012’, verordening 1060/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 ‘inzake ratingbureaus’ en verordening 1095/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 ‘tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), tot wijziging van Besluit nr.716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/77/EG van de Commissie’.

¹⁶ Vaste rechtspraak sinds HJEU, 10 oktober 1973, *Variola*, zaak 34-73, punten 10 en 11.

¹⁷ HJEU, 28 maart 1985, *Commissie t. Italië*, zaak 272/83, punt 26.

Als bijvoorbeeld geoordeeld wordt dat wanneer, in een lidstaat, de tenuitvoerlegging van een communautaire regelgeving, zoals die met betrekking tot groeperingen van landbouwproducenten, afhangt van de convergentie van een geheel van communautaire, nationale en regionale bepalingen, zou het feit dat bepaalde elementen uit de communautaire verordeningen overgenomen worden in regionale wetten, in het belang van de coherentie van de bepalingen ervan en opdat de adressaten ervan er een goed begrip van hebben, niet als een inbreuk op het communautair recht¹⁸ beschouwd kunnen worden.

Zulke overwegingen zijn in casu relevant.

Artikel 131

Aangezien het begrip “lidstaat” niet gedefinieerd wordt in de gewijzigde wet, moet worden gepreciseerd of in punt 1°, zoals in punt 3°, gaat om een “lidstaat van de Europese Economische Ruimte”, dan wel om een “lidstaat van de Europese Unie”.

Artikel 139

In de Franse tekst van artikel 141 moet een komma ingevoegd worden tussen het eerste openend aanhalingsteken en de woorden “qui ont été déclarés”.

In de Nederlandse tekst moet de komma dan weer worden weggelaten tussen de woorden “zijn verklaard” en het eerste sluitend aanhalingsteken.

Artikel 145

De verwijzing naar de artikelen 171 tot 178 in de toelichting bij artikel 145 draagt niet bij tot de leesbaarheid en een goed begrip van de verantwoording. Bovendien lijkt het aangewezen om te verwijzen naar de toelichting bij de artikelen 171 tot 173 van het voorontwerp.

Artikel 146

In de Franse tekst moet het woord “Malgré” vervangen worden door het woord “Nonobstant”.

Artikel 148

Een machtiging van regelgevende aard kan niet rechtstreeks bij wet aan een bestuur worden verleend. Die machtiging moet aan de Koning worden verleend.

¹⁸ HJEU, 28 maart 1985, voornoemd arrest, *Commissie t. Italië*, zaak 272/83, punt 27.

Beide leden van het ontworpen artikel 271/22 van de wet van 3 augustus 2012 ‘betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen’ moeten dienovereenkomstig worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* voor artikel 171.

Artikel 185

Artikel 185 wijzigd artikel 27, § 1, van de wet van 25 oktober 2016 ‘betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies’: daarbij wordt de FSMA niet meer verplicht, maar wordt haar de mogelijkheid geboden “om te bepalen welke minimuminformatie de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies publiek moeten maken”.

Volgens de toelichting bij artikel 185 was artikel 27 van de wet van 25 oktober 2016 oorspronkelijk een foutieve omzetting van artikel 145 van richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 ‘betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen’ (hierna: “de CRD III-richtlijn”), die niet van toepassing was op de vennootschappen voor vermogensbeheer. Artikel 145 van de CRD III-richtlijn betreft immers de kredietinstellingen en verplicht alleen die instellingen tot het openbaar maken van bepaalde informatie.

De CRD III-richtlijn is evenwel opgeheven bij de CRD IV-richtlijn en de bepalingen ervan zijn vervangen door een aantal bepalingen van de CRD IV-richtlijn en van verordening 2013/575/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012’ (hierna: “de CRR-verordening”).

In artikel 431 van de CRR-verordening wordt bepaald dat elke “instelling” die informatie aldus openbaar moet maken.

In artikel 4, punt 3), van die verordening wordt het begrip “instelling” gedefinieerd als “een kredietinstelling of een beleggingsonderneming”.

Blijkbaar zijn dus ook de beleggingsondernemingen verplicht die informatie openbaar te maken en is de FSMA dus verplicht regels vast te stellen voor de openbaarmaking van “minimuminformatie” door die instellingen.

Bijgevolg moet artikel 185 van het voorontwerp worden weggelaten.

Artikel 187

Artikel 187, 1°, wijzigt artikel 36, § 7, van de wet van 25 oktober 2016 ‘betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies’. In het laatstgenoemde artikel wordt bepaald dat in individuele gevallen de FSMA een afwijking [kan] toestaan van het maximum aantal mandaten van bestuurders en personen die deelnemen aan de effectieve leiding van de vennootschappen voor vermogensbeheer, door toe te staan dat een bijkomend mandaat wordt uitgeoefend dat geen deelname aan het dagelijks bestuur impliceert. Volgens de Franse tekst van artikel 36, § 7, zoals die thans gesteld is, moet de FSMA de “Autorité européenne des marchés financiers” (AEMF) regelmatig op de hoogte [stellen] van het gebruik dat zij van deze afwijkingsbevoegdheid maakt.

Artikel 187, 1°, strekt evenwel tot wijziging van die bepaling door erin te voorzien dat de FSMA voortaan de Europese Bankautoriteit (EBA) moet inlichten in plaats van de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA). In de toelichting bij de voorliggende bepaling wordt er niet verder op ingegaan.

Artikel 36, § 7, van de wet van 25 oktober 2016 vindt zijn oorsprong in artikel 9 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 “de MiFID II-richtlijn”), dat inzonderheid verwijst naar artikel 91, lid 6, van de CRD IV-richtlijn.

In artikel 91, lid 6, van de CRD IV-richtlijn wordt bepaald dat de bevoegde autoriteiten leden van het leidinggevend orgaan toestemming kunnen verlenen om nog één andere niet-uitvoerende bestuursfunctie te bekleden en dat ze de EBA regelmatig op de hoogte brengen van dergelijke toestemmingen.

Hoewel artikel 9, lid 2, van de MiFID II-richtlijn inzonderheid verwijst naar artikel 91 van de CRD IV-richtlijn, wordt evenwel duidelijk gesteld dat in het geval waarbij de bevoegde nationale autoriteit instemt met de afwijking waarin voorzien artikel 91, lid 6, van de CRD IV-richtlijn voorziet, die autoriteit ESMA moet inlichten en niet de EBA zoals vermeld wordt in de laatstgenoemde bepaling.

Bijgevolg dient punt 1 van artikel 187 van het voorontwerp vervangen te worden door een bepaling waarbij in de Nederlandse tekst van artikel 36, § 7, van de wet van 25 oktober 2016 de woorden “Europese Bankautoriteit” vervangen worden door de woorden “Europese Autoriteit voor effecten en markten”.

Artikel 199

In artikel 199 worden nog meer verplichtingen opgelegd aan de commissarissen die belast zijn met het toezicht op de jaarrekeningen en de geconsolideerde jaarrekening van de marktexploitanten en de aanbieders van datarapporteringsdiensten, dan die welke vereist worden bij artikel 77 van de MiFID II-richtlijn.

Aangezien het wat dat betreft om een minimale harmonisatie gaat, doet artikel 199 van het voorontwerp op dat punt geen bezwaren rijzen.

Artikel 201

Indien het de bedoeling is om artikel 79, lid 5, van de MiFID II-richtlijn volledig om te zetten, zoals gesteld wordt in de memorie van toelichting, zou artikel 201 moeten worden aangevuld. Artikel 79, lid 5, vierde alinea, van de MiFID II-richtlijn bevat immers een zin meer dan het laatste lid van artikel 201.

In dat artikel zou vóór de huidige laatste zin een zin moeten worden toegevoegd die luidt als volgt:

“De FSMA gaat eveneens over tot kennisgeving wanneer zij voornemens is maatregelen te treffen”.

Artikel 203

1. In de Franse tekst van artikel 203, 3°, derde regel, van het voorontwerp, moet “par” gelezen worden in plaats van “pas”.

2. Bovendien wordt in artikel 203 gepreciseerd dat in bepaalde gevallen een vennootschap niet wordt geacht een openbaar beroep op het spaarwezen gedaan te hebben met de bedoeling om een aantal bepalingen van het Wetboek van vennootschappen ontoepasselijk te verklaren die evenwel specifiek gelden voor de vennootschappen die wel een openbaar beroep op het spaarwezen hebben gedaan.

Deze toevoeging aan de wet van 11 januari 2018 wordt in de memorie van toelichting in eerste instantie gerechtvaardigd door het feit dat in verordening (EU) 2017/1129 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 ‘betreffende het prospectus dat moet worden gepubliceerd wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel op een gereglementeerde markt worden toegelaten en tot intrekking van Richtlijn 2003/71/EG’ (hierna: de “prospectus-verordening”) geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen een openbaar aanbod en een niet-openbaar aanbod. De steller van het voorontwerp vreest immers dat een te letterlijke lezing van de wetgeving ervoor zorgt dat de specifieke bepalingen van het Wetboek van vennootschappen met betrekking tot de vennootschappen die een openbaar beroep op het spaarwezen hebben gedaan van toepassing worden gemaakt op de vennootschappen die tot op heden geacht werden geen openbaar beroep op het spaarwezen gedaan te hebben.

De eerste vier (niet-cumulatieve) criteria die in artikel 203 vastgesteld worden om te bepalen wanneer een vennootschap niet wordt geacht een openbaar beroep op het spaarwezen te doen of gedaan te hebben, zijn gegrond op artikel 1, lid 4, punten a) tot d), van de prospectus-verordening. Dit stemt overeen met de criteria die vermeld worden in de prospectus-verordening en die in acht genomen moeten worden om vrijgesteld te kunnen worden van de verplichting om een prospectus te publiceren.

Volgens de toelichting bij artikel 203 wordt een andere doelstelling nagestreefd, die voortvloeit uit het feit dat met de opheffing bij de wet van 11 juli 2018 van het vijfde criterium dat opgenomen was in de wet van 16 juni 2006, de financiering van de BVBA's complexer geworden is. De steller van het voorontwerp wenst dat criterium bijgevolg opnieuw op te nemen.

Volgens dat criterium is het meer bepaald zo dat een aanbod van beleggingsinstrumenten met een totale tegenwaarde in de Europese Economische Ruimte van minder dan 100.000 euro geen openbaar beroep op het spaarwezen is. Door die uitsluiting werd aan BVBA's de mogelijkheid geboden om zich op de markt te financieren zonder evenwel in te gaan tegen het verbod voor die BVBA's om een openbaar beroep op het spaarwezen te doen.

In de bespreking van artikel 203 wordt gepreciseerd dat deze bepaling tot doel heeft de nodige preciseringen in de wet van 11 juli 2018 in te voegen, zodat (a) de juridische zekerheid tussen 21 juli 2019 en de datum van inwerkingtreding van het nieuw Wetboek van vennootschappen wordt gewaarborgd, en (b) het regime die aan de wet van 11 juli 2018 voorging in verband met de toepassing van artikel 210 van het Wetboek van vennootschappen hersteld wordt. Voorts wordt daarin gesteld dat deze wijzigingen geen afbreuk doen aan het nieuwe regime dat nu geldt inzake de prospectusverplichting.

In de ontworpen tekst zou een duidelijk onderscheid gemaakt moeten worden tussen beide doelstellingen (gelet op het feit dat met de eerste doelstelling uitsluitend in een overgangsmaatregel lijkt te worden voorzien). Bovendien zou moeten worden benadrukt dat deze regeling geldt onverminderd het nieuwe regime dat krachtens de prospectus-verordening vanaf 21 juli 2019 van toepassing zal zijn inzake de prospectusverplichting.

Wat dat laatste punt betreft, vloeit het vijfde criterium inzake "een aanbieding van beleggingsinstrumenten met een totale tegenwaarde in de Europese Economische Ruimte van minder dan 100.000 euro" immers voort uit artikel 3, lid 2, punt e), van de prospectus-richtlijn. Dat artikel 3, lid 2, punt e), is evenwel opgeheven bij de prospectus-verordening. Artikel 1, lid 3, eerste alinea, van die verordening luidt evenwel als volgt:

"Onverminderd de tweede alinea van dit lid en artikel 4, is deze verordening niet van toepassing op een aanbieding van effecten aan het publiek met een totale tegenwaarde in de Unie van minder dan 1 000 000 EUR, welke wordt berekend over een periode van twaalf maanden."

Hoe dan ook zal in die bepaling en in de toelichting erbij rekening gehouden moeten worden met de wet “tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen” die aangenomen is op 28 februari 2019¹⁹.

Artikel 205

Ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving is het verkieslijk om de inhoud van artikel 205 op te nemen in een bepaling tot wijziging van de wet van 21 november 2017 ‘over de infrastructuur voor de markten voor financiële instrumenten en houdende omzetting van Richtlijn 2014/65/EU’, in titel IX (“Overgangsbepalingen en inwerkingtreding”) van die wet, in plaats van er een autonome bepaling van te maken.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Hélène LEROUXEL

Pierre VANDERNOOT

¹⁹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3119/024.