



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 65.304/2
du 27 février 2019

advies 65.304/2
van 27 februari 2019

sur

over

un avant-projet de loi 'relative
au devoir de dénonciation des
mécanismes fiscaux
particuliers par les autorités de
contrôle du secteur financier'

een voorontwerp van wet
'betreffende de verplichting tot
aangifte van bijzondere fiscale
mechanismen door de
financiële toezichthouders'

Le 30 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 'relative au devoir de dénonciation des mécanismes fiscaux particuliers par les autorités de contrôle du secteur financier'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 27 février 2019. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Jean-Luc PAQUET, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 février 2019.

*

Op 30 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 'betreffende de verplichting tot aangifte van bijzondere fiscale mechanismen door de financiële toezichthouders'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 27 februari 2019. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Patrick RONVAUX, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jean-Luc PAQUET, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 februari 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

Les articles 4, 5, 6, 12, 16, 17, 21, 27, 31, 34, 36, 39, 41 et 43 de l'avant-projet introduisent, dans les législations que celui-ci désigne, une interdiction explicite de la mise en place de « mécanismes particuliers ». La contravention à cette interdiction est érigée en infraction pénale par les articles 6, 15, 20, 25, 30, 35, 40 et 44 du même avant-projet. Le texte à l'examen énonce les éléments constitutifs de l'interdiction pareillement stipulée, ceux-ci étant eux-mêmes explicités plus avant dans l'exposé des motifs.

Ce même exposé des motifs signale qu'une circulaire et une communication, émanant respectivement de l'ancienne Commission bancaire et financière et de l'ancien Office de contrôle des assurances, prévoient d'ores et déjà une liste non exhaustive de pratiques qui sont considérées par les autorités de contrôle comme des « mécanismes particuliers », et précise que ces circulaire et communication constituent ainsi « un fil conducteur sûr et fiable ». L'exposé des motifs annonce encore l'adoption d'une nouvelle circulaire qui actualisera la liste actuelle non limitative de mécanismes particuliers et ajoute que « cette nouvelle circulaire indiquera, comme par le passé, des pratiques à considérer comme des mécanismes particuliers prohibés ».

Il va cependant de soi, compte tenu de l'article 84 de la Constitution, qu'une circulaire ou une communication telle celle visée par l'exposé des motifs ne peut lier les cours et tribunaux dans la manière dont ils seront appelés à interpréter les nouvelles dispositions légales introduites.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 15

À la différence des modifications qui résultent des articles 6, 20, 25, 30, 35, 40 et 44 de l'avant-projet, qui ont pour effet que ceux qui ont sciemment mis en place un mécanisme particulier au sens de l'avant-projet se voient punis d'un emprisonnement d'« un mois à un an » et d'une amende de 50 à 10.000 euros, la disposition modifiée par l'article 15 a pour effet que, dans le cas considéré, ceux qui sciemment mettent en place un mécanisme particulier sont certes

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

punis de la même amende mais d'un emprisonnement différent, à savoir un emprisonnement de « 8 jours à trois mois ».

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de pouvoir justifier pareille différence de traitement dans la répression d'un comportement infractionnel qui semble *prima facie* être le même dans chacune des hypothèses envisagées par l'avant-projet.

Articles 33, 39 et 43

Le commentaire de l'article 33 n'expose pas pour quelles raisons l'article 64, § 3, 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' ne sera plus applicable dans l'hypothèse envisagée par l'article 76, § 2, alinéa 3, de la même loi telle que modifiée par l'article 33, 1°, de l'avant-projet.

Interpellé sur ce point, le délégué du Ministre a fourni les explications suivantes :

« L'article 64, § 3, dont les références sont supprimées à l'article 76, § 2, alinéa 3, de la loi du 25 octobre 2016, précise les mesures qui peuvent être prises par la FSMA si cette dernière a connaissance du fait qu'une société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement de droit belge a mis en place un mécanisme particulier au sens de l'article 25, § 1^{er}/1 (cf. modification apportée à l'article 64, § 3 par l'article 32 du projet de loi).

L'article 76, § 2, concerné par votre question, décrit les mesures pouvant être prises par la FSMA à l'égard d'une succursale d'une société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un autre État membre ayant établi une succursale en Belgique, qui ne se conformerait pas aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur en Belgique et qui relèvent des compétences de la FSMA.

Or, l'article 25, § 1^{er}/1, de la loi du 25 octobre 2016, dont l'infraction justifierait la prise de telles mesures, n'est pas applicables aux succursales de sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un autre État membre ayant établi une succursale en Belgique (cf. articles 70 à 73 de la loi). L'article 64, § 3, ne doit donc pas s'appliquer à ces sociétés.

Le raisonnement est identique pour les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un autre État membre qui opèrent en Belgique sous le régime de la libre prestation de services, raison pour laquelle la phrase 'L'article 64, § 3, s'applique également aux sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement étrangères relevant du droit d'un autre État membre qui opèrent en Belgique sous le régime de la libre prestation de services' est abrogée ».

Si cette explication peut être admise, la question se pose de savoir alors pourquoi, aux articles 143/1 et 227 en projet de 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 et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement' (articles 39 et 43 de l'avant-projet), la même approche n'a pas été retenue.

Le commentaire des articles 33, 39 et 43 de l'avant-projet s'en expliquera.

*

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

De artikelen 4, 5, 6, 12, 16, 17, 21, 27, 31, 34, 36, 39, 41 en 43 van het voorontwerp voeren, in de wetgevingen die het ontwerp vermeldt een uitdrukkelijk verbod in om “bijzondere mechanismen” in te stellen. De inbreuk op dat verbod wordt strafrechtelijk strafbaar gesteld bij de artikelen 6, 15, 20, 25, 30, 35, 40 en 44 van hetzelfde voorontwerp. In de voorliggende tekst wordt een opsomming gegeven van de “constitutieve bestanddelen” van het op die wijze gestipuleerde verbod, welke bestanddelen op hun beurt nader verduidelijkt worden in de memorie van toelichting.

In diezelfde memorie van toelichting wordt opgemerkt dat in een circulaire en in een mededeling, respectievelijk uitgaand van de voormalige Commissie voor het Bank- en Financiewezen en van de voormalige Controledienst voor de Verzekeringen, reeds in een niet-exhaustieve lijst wordt voorzien van praktijken die door de toezichthouders als “bijzondere mechanismen” worden aangemerkt, en dat die circulaire en die mededeling aldus “een zekere en betrouwbare leidraad” vormen. Voorts wordt in de memorie van toelichting de goedkeuring aangekondigd van een nieuwe circulaire die de bestaande niet-exhaustieve lijst van bijzondere mechanismen zal actualiseren en wordt daaraan toegevoegd dat “[d]e nieuwe circulaire (...), zoals voorheen, praktijken [zal] aanduiden die beschouwd worden als verboden bijzondere mechanismen”.

Het spreekt echter voor zich dat, gelet op artikel 84 van de Grondwet, een circulaire of een mededeling zoals beoogd in de memorie van toelichting niet bindend kan zijn voor de hoven en rechtbanken in de manier waarop zij de nieuwe ingevoerde wettelijke bepalingen zullen moeten interpreteren.

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

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 15

Anders dan de wijzigingen die voortvloeien uit de artikelen 6, 20, 25, 30, 35, 40 en 44 van het voorontwerp, die tot gevolg hebben dat zij die met opzet een bijzonder mechanisme ingesteld hebben in de zin van het voorontwerp, gestraft worden met een gevangenisstraf van “één maand tot één jaar” en met een geldboete van 50 euro tot 10.000 euro, heeft de bepaling die gewijzigd wordt bij artikel 15 tot gevolg dat, in het beschouwde geval, zij die met opzet een bijzonder mechanisme instellen gestraft worden met weliswaar dezelfde geldboete maar een andere gevangenisstraf, namelijk van “acht dagen tot drie maanden”.

De steller van het voorontwerp moet een rechtvaardiging kunnen geven voor een dergelijke verschillende behandeling in de bestraffing van strafbaar gedrag dat *prima facie* hetzelfde lijkt in elk van de gevallen die in het voorontwerp beoogd worden.

Artikelen 33, 39 en 43

In de bespreking van artikel 33 wordt niet toegelicht om welke redenen artikel 64, § 3, 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’ niet meer van toepassing zal zijn in het geval dat beoogd wordt in artikel 76, § 2, derde lid, van dezelfde wet zoals die gewijzigd wordt bij artikel 33, 1^o, van het voorontwerp.

Hierover geïnterpelleerd, heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg gegeven:

“L’article 64, § 3, dont les références sont supprimées à l’article 76, § 2, alinéa 3, de la loi du 25 octobre 2016, précise les mesures qui peuvent être prises par la FSMA si cette dernière a connaissance du fait qu’une société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement de droit belge a mis en place un mécanisme particulier au sens de l’article 25, § 1^{er}/1 (cf. modification apportée à l’article 64, § 3 par l’article 32 du projet de loi).

L’article 76, § 2, concerné par votre question, décrit les mesures pouvant être prises par la FSMA à l’égard d’une succursale d’une société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d’un autre État membre ayant établi une succursale en Belgique, qui ne se conformerait pas aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur en Belgique et qui relèvent des compétences de la FSMA.

Or, l’article 25, § 1^{er}/1, de la loi du 25 octobre 2016, dont l’infraction justifierait la prise de telles mesures, n’est pas applicables aux succursales de sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d’un autre État membre ayant

établi une succursale en Belgique (cf. articles 70 à 73 de la loi). L'article 64, § 3, ne doit donc pas s'appliquer à ces sociétés.

Le raisonnement est identique pour les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un autre État membre qui opèrent en Belgique sous le régime de la libre prestation de services, raison pour laquelle la phrase 'L'article 64, § 3, s'applique également aux sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement étrangères relevant du droit d'un autre État membre qui opèrent en Belgique sous le régime de la libre prestation de services' est abrogée."

Hoewel die uitleg aanvaardbaar is, rijst de vraag waarom in de ontworpen artikelen 143/1 en 227 van 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' (artikelen 39 en 43 van het voorontwerp) dan geen vergelijkbare aanpak is gevolgd.

In de bespreking van de artikelen 33, 39 et 43 van het voorontwerp moet dat worden toegelicht.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT