



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.142/2
du 7 mai 2021

advies 69.142/2
van 7 mei 2021

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
transposition de directives et
mise en œuvre de règlements
européens en matière
financière'

een voorontwerp van wet 'tot
omzetting van Europese
Richtlijnen en
tenuitvoerlegging van
Europese Verordeningen over
financiële aangelegenheden'

Le 29 mars 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, chargé de la Coordination de la lutte contre la fraude à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant transposition de directives et mise en œuvre de règlements européens en matière financière'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 7 mai 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, 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 7 mai 2021.

*

Op 29 maart 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Financiën, belast met de Coördinatie van de fraudebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot omzetting van Europese Richtlijnen en tenuitvoerlegging van Europese Verordeningen over financiële aangelegenheden'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 7 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Christian BEHRENDT en Marianne DONY, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, 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 7 mei 2021.

*

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.

EXAMEN DE L'AVANT-PROJET

Article 6

L'article 69, alinéa 3, 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' fait usage de la notion de jour ouvrable.

Il est de jurisprudence constante qu'à défaut de disposition contraire, l'expression « jour ouvrable » exclut le dimanche et les jours fériés légaux mais que, par contre, le samedi est un jour ouvrable¹.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet était, pour son application, de ne pas considérer le samedi comme un jour ouvrable, il conviendrait de compléter ce texte par une disposition à insérer à l'article 3 de la loi du 3 août 2012 indiquant que la notion de « jour ouvrable » désigne tous les jours autres que le samedi, le dimanche et les jours fériés légaux.

Il sera tenu compte à cette occasion des autres occurrences du syntagme « jour ouvrable » dans cette loi, par exemple à son article 207, § 2, alinéa 3.

Article 27

Dès lors que l'article 43bis de la directive n° 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 'sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010' est transposé par l'avant-projet, notamment par son article 26 (article 89/1 en projet de la loi du 19 avril 2014 'relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires'), il sera renvoyé à l'article pertinent qui assure cette transposition plutôt qu'à la disposition de la directive.

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

¹ Voir par exemple C.E., 20 mai 2010, n° 204.165, *Piret*, et 11 février 2014, n° 226.375, *Libert*.

Article 43

L'alinéa 2 prévoit que les dispositions qui y sont énumérées entrent en vigueur le jour de la publication de la présente loi au *Moniteur belge*.

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, il faut renoncer, en principe, à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

Article 45

L'article 45 abroge l'article 122, 53° et 54°, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', qui y ont été insérés par l'article 3 de la loi du 17 décembre 2017 'modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers en vue de régler les recours contre certaines décisions prises par la FSMA en vertu de la loi relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers'.

L'article 122 de la loi du 2 août 2002 prévoit des recours devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

L'article 3 de la loi du 17 décembre 2017 a été adopté sur la base de l'article 78, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, de la Constitution, ainsi que le confirme son article 1^{er}.

Il doit en aller de même pour la procédure législative portant sur l'article 45 de l'avant-projet.

Article 56

À l'article 37*octies*, alinéa 2, 2°, en projet de la loi du 2 août 2002, les termes « selon les modalités prévues par ces articles » sont inutiles et seront omis.

Article 67

L'article 22*bis*, § 2, en projet de la loi du 2 août 2002 habilite la FSMA, en son alinéa 2, 1°, à définir par voie de règlement, « les cas dans lesquels l'obligation de remettre les rapports spéciaux précités s'applique ».

Or le commentaire de la disposition expose ce qui suit :

« L'article 22*bis* de la loi du 2 août 2002 [...] précise [...] que les commissaires chargés du contrôle des états financiers de contreparties non financières font rapport à la FSMA sur le respect, par ces entreprises, des obligations issues du Règlement EMIR. L'article précise enfin que la FSMA détermine par voie de règlement les contreparties non financières concernées par l'établissement de ces rapports spéciaux en définissant certains critères auxquels ces entreprises doivent répondre et établit la fréquence de ces rapports.

La modification dont il est question ici vise à permettre à la FSMA d'intégrer une approche basée sur les risques dans son contrôle en modalisant l'obligation précitée de faire rapport en fonction du profil de l'entreprise concernée. Le règlement de la FSMA pourra donc viser les cas dans lesquels la fréquence des rapports sera augmentée ou réduite en fonction d'un certain nombre de critères ou de cas de figure qu'il fixera. Cette approche est jugée préférable à l'application d'un régime unique, eu égard aux profils très différents des entreprises concernées ».

Si le commentaire fait clairement ressortir les hypothèses rencontrées aux 2° et 3° de l'article 22bis, alinéa 2, en projet, il ne permet en revanche pas de comprendre exactement la portée de la délégation prescrite par le 1°.

Il s'indiquera, par souci de sécurité juridique, de compléter le commentaire de la disposition sur ce point.

Article 68

L'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, en projet de la loi du 2 août 2002 fait référence à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 35°/1 et 35°/2, de la loi du 18 septembre 2017 'relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces'.

De l'accord du délégué du Ministre, il sera plutôt fait référence à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 14° et 14°/1, de cette loi.

OBSERVATION FINALE

Lorsque les dispositions modifiées par l'avant-projet ont elles-mêmes été modifiées ou insérées dans les lois concernées, les dispositions modificatives doivent renseigner cet historique conformément aux usages de la légistique ².

Tel doit être le cas par exemple pour les dispositions modifiée et abrogée par les articles 44 et 45 de l'avant-projet.

L'ensemble de celui-ci sera vérifié sur ce point.

*

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 113 à 115 et formules F 4-2-1-1 et s.

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.

ONDERZOEK VAN HET VOORONTWERP

Artikel 6

In het ontworpen artikel 69, derde lid, 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’ wordt gebruikgemaakt van het begrip werkdag.

Volgens een vaste rechtspraak dekt de uitdrukking “werkdag” behoudens andersluidende bepaling niet de zondagen en de wettelijke feestdagen, maar zijn zaterdagen daarentegen wel werkdagen.¹

Als de steller van het voorontwerp de bedoeling heeft om voor de toepassing van de tekst de zaterdag niet als een werkdag te beschouwen, zou hij in het voorontwerp aanvullend een bepaling moeten vaststellen, in te voegen in artikel 3 van de wet van 3 augustus 2012 waarin wordt gesteld dat het begrip “werkdag” verwijst naar alle dagen die geen zaterdag, zondag of wettelijke feestdag zijn.

Bij die gelegenheid moet rekening worden gehouden met de andere gevallen waarin de term “werkdag” in die wet voorkomt, bijvoorbeeld in artikel 207, § 2, derde lid.

Artikel 27

Aangezien artikel 43bis van richtlijn 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2011 ‘inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010’ wordt omgezet bij het voorontwerp, inzonderheid bij artikel 26 ervan (ontworpen artikel 89/1 van de wet van 19 april 2014 ‘betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders’), moet worden verwezen naar het relevante artikel waarbij die omzetting geschiedt, in plaats van naar de bepaling van de richtlijn.

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

¹ Zie bijvoorbeeld RvS 20 mei 2010, nr. 204.165, *Piret*, en 11 februari 2014, nr. 226.375, *Libert*.

Artikel 43

Het tweede lid bepaalt dat de daarin opgesomde bepalingen in werking treden op de dag waarop deze wet in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt.

Tenzij er een bijzondere reden bestaat waarom wordt afgeweken van de gangbare termijn van inwerkingtreding, moet in beginsel worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, zodat elkeen over een redelijke termijn beschikt om van de nieuwe regels kennis te nemen.

Artikel 45

Artikel 45 strekt tot opheffing van de bepalingen onder 53° en 54° van artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’, die daarin zijn ingevoegd bij artikel 3 van de wet van 17 december 2017 ‘tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten teneinde het beroep te regelen dat kan worden ingesteld tegen bepaalde beslissingen van de FSMA, genomen krachtens de wet over de infrastructuur voor de markten voor financiële instrumenten’.

Artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 bepaalt dat beroepen kunnen worden ingesteld bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Artikel 3 van de wet van 17 december 2017 is aangenomen op grond van artikel 78, § 1, eerste lid, 4°, van de Grondwet, zoals dat bevestigd wordt in artikel 1 ervan.

Dat moet ook het geval zijn voor de wetgevingsprocedure met betrekking tot artikel 45 van het voorontwerp.

Artikel 56

De woorden “overeenkomstig de in die artikelen voorziene modaliteiten” in het ontworpen artikel 37^{octies}, tweede lid, 2°, van de wet van 2 augustus 2002 zijn nutteloos en moeten worden weggelaten.

Artikel 67

Bij het ontworpen artikel 22^{bis}, § 2, tweede lid, 1°, van de wet van 2 augustus 2002 wordt de FSMA gemachtigd “de gevallen waarin de verplichting geldt om haar voornoemde bijzondere verslagen te bezorgen” bij reglement te bepalen.

In de commentaar op de bepaling staat evenwel het volgende:

“Artikel 22bis van de wet van 2 augustus 2002 (...) verduidelijkt (...) dat de commissarissen die belast zijn met de controle van de jaarrekening van de niet-financiële tegenpartijen, bij de FSMA verslag uitbrengen over de naleving, door die ondernemingen, van de door de EMIR-verordening opgelegde verplichtingen. Tot slot verduidelijkt het artikel dat de FSMA bij reglement bepaalt welke niet-financiële tegenpartijen dergelijke bijzondere verslagen moeten opstellen door bepaalde criteria vast te stellen waaraan die ondernemingen moeten voldoen, alsook hoe vaak haar die verslagen moeten worden bezorgd.

De hier vermelde wijziging moet de FSMA in staat stellen een risicogebaseerde benadering in haar controle te integreren door voornoemde verplichting om haar verslagen te bezorgen, op het profiel van de betrokken onderneming af te stemmen. Het FSMA-reglement zal dus kunnen bepalen in welke gevallen de frequentie waarmee haar die verslagen moeten worden bezorgd, zal worden verhoogd of verlaagd in functie van een aantal in dat reglement bepaalde criteria of scenario's. Deze aanpak wordt verkieslijk geacht boven de toepassing van een en dezelfde regeling, gelet op de zeer uiteenlopende profielen van de betrokken ondernemingen. Bedoeling is onder meer te voorkomen dat buitensporige administratieve lasten worden opgelegd in situaties waarin dat niet gerechtvaardigd is.”

De commentaar omschrijft weliswaar duidelijk de gevallen die in de punten 2° en 3° van het ontworpen artikel 22bis in aanmerking worden genomen, maar laat daarentegen de precieze strekking van de in punt 1° vervatte machtiging in het ongewisse.

Ter wille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling de commentaar op de bepaling aan te vullen op dat punt.

Artikel 68

In het ontworpen artikel 45, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 2 augustus 2002 wordt verwezen naar artikel 5, § 1, eerste lid, 35°/1 en 35°/2, van de wet van 18 september 2017 ‘tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’.

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in plaats daarvan moet worden verwezen naar artikel 5, § 1, eerste lid, 14° et 14°/1, van die wet.

SLOTOPMERKING

Wanneer de bij het voorontwerp gewijzigde bepalingen zelf zijn gewijzigd of ingevoegd in de wetten in kwestie, moet die wetshistoriek overeenkomstig de wetgevingstechnische voorschriften vermeld worden in de wijzigingsbepalingen.²

Dat geldt bijvoorbeeld voor de bepalingen die respectievelijk worden gewijzigd en opgeheven bij de artikelen 44 en 45 van het voorontwerp.

Heel het voorontwerp moet op dat punt worden nagekeken.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

² *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 113 tot 115 en formules F 4-2-1-1 en volgende.