



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.751/2/V
du 4 août 2021

advies 69.751/2/V
van 4 augustus 2021

sur

over

un projet d'arrêté royal 'relatif
au statut et au contrôle des
prestataires de services
d'échange entre monnaies
virtuelles et monnaies légales
et des prestataires de services
de portefeuilles de
conservation'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'over het statuut van en
het toezicht op aanbieders van
diensten voor het wisselen
tussen virtuele valuta en
fiduciaire valuta en aanbieders
van bewaarportemonnees'

Le 29 juin 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 prorogé de plein droit^{*} jusqu'au 13 août 2021, sur un projet d'arrêté royal 'relatif au statut et au contrôle des prestataires de services d'échange entre monnaies virtuelles et monnaies légales et des prestataires de services de portefeuilles de conservation'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre des vacations le 4 août 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, 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 Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 août 2021.

*

Op 29 juni 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 van rechtswege^{*} verlengd tot 13 augustus 2021 een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'over het statuut van en het toezicht op aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees'.

Het ontwerp is door de tweede vakantiekamer onderzocht op 4 augustus 2021. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Patrick RONVAUX, staatsraden, 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 Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 augustus 2021.

*

^{*} Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, *in fine*, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

^{*} Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2^o, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du 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, le projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 36, paragraphe 4, 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 ») prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Compte tenu des articles 3, § 1^{er}, 4^o, a) et b), 4, § 4, 8, 11, 12 et 15 du projet, du fait que les prestataires de services liés aux monnaies virtuelles peuvent être des personnes physiques et du fait que certaines données devant être transmises par les personnes morales concernent des personnes physiques (actionnaire, personne chargée de la direction effective, etc.), le projet organise des traitements de données à caractère personnel encadrés ¹. Il doit être soumis pour avis à l'Autorité de protection des données.

Il sera veillé à l'accomplissement de cette formalité qui sera mentionnée au préambule.

¹ L'article 5, § 1^{er}, alinéa 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' autorise le Roi à déterminer les règles et conditions relatives à l'inscription auprès de la FSMA des prestataires de services d'échange entre monnaies virtuelles et monnaies légales et des prestataires de services de portefeuille de conservation, ainsi que les conditions d'exercice de ces activités et le contrôle qui leur sont applicables. Si cette disposition n'envisage pas expressément l'organisation de traitement de données à caractère personnel, il paraît toutefois raisonnable d'admettre qu'en prévoyant l'existence de conditions d'inscription et d'exercice de l'activité professionnelle, ainsi que l'organisation d'un contrôle de celles-ci, le législateur a autorisé un traitement de données à caractère personnel tel que l'obligation de détention d'informations ou de transmission d'informations périodique à la FSMA, en lien direct avec les conditions précitées et permettant leur contrôle. Le projet dispose dès lors d'un fondement juridique adéquat pour organiser les traitements de données à caractère personnel encadrés par ses articles 3, § 1^{er}, 4^o, a) et b), 4, § 4, 8, 11, 12 et 15, au regard de l'article 22 de la Constitution et du principe de légalité qu'il consacre.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1. Plusieurs dispositions du projet octroient un pouvoir réglementaire à la FSMA. Ainsi :

– L'article 6, alinéas 1^{er} et 3, autorise la FSMA à fixer les modalités de l'envoi électronique des dossiers d'inscription des prestataires. Ces modalités doivent être publiées sur le site web de la FSMA.

– L'article 8, 3°, autorise la FSMA à fixer les modalités que devra respecter la note explicative démontrant l'expertise adéquate et l'honorabilité professionnelle du prestataire.

– L'article 8, 5°, autorise la FSMA à fixer les modalités du dossier devant être remis par le prestataire afin de décrire les activités envisagées, le genre et le volume des opérations envisagées, la structure de l'organisation du demandeur, le recours à des prestataires externes pour l'exécution de tâches opérationnelles essentielles et les procédures internes mises en place pour se conformer à l'arrêté en projet.

– L'article 9, § 1^{er}, 4°, autorise la FSMA à fixer les modalités que devra respecter la note explicative démontrant l'expertise adéquate et l'honorabilité professionnelle des personnes chargées de la direction effective du prestataire qui est une personne morale.

– L'article 9, § 1^{er}, 7°, autorise la FSMA à fixer les modalités que devra respecter la note explicative démontrant que les personnes concernées disposent des qualités nécessaires pour garantir une gestion saine et prudente.

– L'article 15, § 1^{er}, autorise la FSMA à déterminer les informations et les documents que les prestataires de services liés aux monnaies virtuelles sont tenus de lui fournir pour lui permettre de vérifier qu'ils respectent en permanence les dispositions légales et réglementaires qui leur sont applicables. La FSMA est également chargée de déterminer la fréquence et les modalités de transmission de ces informations et documents.

– L'article 21, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, autorise la FSMA à déterminer les modalités et les formes de la notification par les prestataires de l'exercice de leur activité au sens de cette disposition. Ces modalités et formes doivent être publiées sur le site web de la FSMA.

2. L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public, comme la FSMA, n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public en ce qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui se voient

confier un tel pouvoir réglementaire doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique ².

3. En l'espèce :

3.1. Les délégations prévues par les articles 6, alinéas 1^{er} et 3, 8, 5°, et 21, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet présentent effectivement un caractère secondaire et technique et sont, en conséquence admissibles. Il conviendra cependant de prévoir la publication, à tout le moins sur le site web de la FSMA, des modalités adoptées en vertu de l'article 8, 5°, du projet.

3.2. Les délégations prévues par les articles 8, 3°, 9, § 1^{er}, 4° et 7°, du projet présentent par contre un contenu qui ne peut pas être qualifié de secondaire et de technique dès lors qu'elles aboutissent à définir les notions d'« honorabilité professionnelle », d'« expertise adéquate » et de « qualités nécessaires pour garantir une gestion saine et prudente ». Les choix ainsi posés auront un contenu politique et témoignent de l'exercice d'un pouvoir d'appréciation en opportunité. Ces habilitations ne sont dès lors pas admissibles. Ces éléments doivent être définis dans l'arrêté en projet, sur avis de la FSMA.

3.3. La délégation prévue par l'article 15 du projet, dès lors qu'elle vise à définir *a priori* pour l'ensemble des prestataires du projet les informations et documents utiles qui doivent être communiqués de manière périodique par les prestataires à la FSMA afin de lui permettre d'exercer sa mission de contrôle et, le cas échéant, de faire usage de la faculté qui lui est accordée de solliciter des informations complémentaires au vu d'une situation individuelle particulière, ne paraît pas présenter un caractère technique tel que ces éléments ne pourraient pas être précisés par le Roi.

En outre, ces informations et documents sont susceptibles d'entraîner un traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD puisque ces informations peuvent concerner des personnes physiques.

Or, pour être admissible au regard de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « la CEDH ») et du principe de légalité matérielle qui sous-tend ces dispositions, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit être définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles une pareille ingérence est autorisée.

Dès lors qu'il est possible de définir *a priori* les informations et les documents dont il est question, ceux-ci doivent l'être dans l'arrêté royal en projet afin de répondre à l'exigence de légalité matérielle qu'implique un traitement de données à caractère personnel ³.

² Voir en ce sens C.C., 12 juin 2015, n° 86/2015, B.22.4 ; C.C., 9 juin 2016, n° 89/2016, B.9.6.4 ; C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.8.4 ; C.C., 14 mai 2020, n° 67/2020, B.41.2 : « Une délégation à un organisme public décentralisé qui est soumis à une tutelle administrative et à un contrôle juridictionnel n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur ».

3.4. Le dispositif sera revu compte tenu des considérations qui précèdent.

EXAMEN DU PROJET

Article 2

L'alinéa 2 de l'article 2 du projet correspond au nouvel alinéa 7 de l'article 5, § 1^{er}, 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' que l'avant-projet de loi 'modifiant la loi du 18 septembre 2017 [...] afin d'introduire des dispositions au statut et au contrôle des prestataires de services d'échanges entre monnaies virtuelles et monnaies légales et des prestataires de services de portefeuille de conservation' entend introduire. Cet avant-projet de loi a été soumis à la section de législation en même temps que le présent projet et fait l'objet de l'avis n° 69.750/2/V donné ce jour.

À supposer que l'avant-projet de loi soit adopté, l'alinéa 2 de l'article 2 du projet perdrait son utilité et serait source d'insécurité juridique ⁴. En effet, des dispositions qui ne font que rappeler une norme supérieure, en la reproduisant ou en la paraphrasant, n'ont en principe pas leur place dans des règles d'exécution, notamment parce que la nature juridique des dispositions reproduites pourrait en devenir incertaine et que cela donne erronément à penser que l'autorité qui reproduit les règles peut les modifier ⁵.

L'alinéa 2 de l'article 2 du projet sera dès lors omis.

Article 3

Le paragraphe 2 sera omis dans la mesure où il résulte déjà de l'article 4, alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi du 18 septembre 2017 que les notions qui sont définies dans cette loi valent « pour l'application [...] des arrêtés et règlements pris pour son exécution ».

Article 4

1. À l'article 4, § 1^{er}, il convient de se référer à « l'article 2 » et non à « l'article 2, § 1^{er} ».

³ Sur la portée de ce principe, voir notamment l'avis n° 68.936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique' (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1951/1, pp. 55 à 127, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68936.pdf>).

⁴ Compte tenu de l'importance de la précision qui est ainsi apportée quant au champ d'application de la réglementation, il est préférable que celle-ci soit effectivement fixée par le législateur, comme le prévoit à bon escient l'avant-projet de loi précité et ce, nonobstant la formulation de l'article 5, alinéa 1^{er}, 14°/1 et 14°/2 de la loi du 18 septembre 2017.

⁵ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 80.

2. À l'article 4, § 2, il convient de viser les conditions prévues à « l'article 5 » et non celles prévues « à l'article 4 ».

3. L'article 4, § 4, alinéa 1^{er}, 3°, autorise la FSMA à solliciter auprès du prestataire de services liés aux monnaies virtuelles toute autre information qu'elle estime utile en vue d'une information correcte au public. Ce faisant, le projet est susceptible d'entraîner un traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD dès lors que ces informations peuvent concerner des personnes physiques.

Or, pour être admissible au regard de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH et du principe de légalité matérielle qui sous-tend ces dispositions, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée doit être définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles une pareille ingérence est autorisée.

L'objectif qui est en l'espèce visé par le traitement de données à caractère personnel – à savoir l'information correcte du public – ne paraît pas d'une nature telle que les informations permettant de garantir cette information correcte du public ne puissent pas être définies *a priori* dans l'arrêté en projet. À supposer qu'une information correcte du public requiert d'aller au-delà des informations reprises par l'article 4, § 4, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, du projet, il convient de compléter cette disposition afin de viser les informations pertinentes qui devront ou pourront être reprises dans le registre. Cela permettra, en outre, de garantir le respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

4. À l'alinéa 3 de l'article 4, § 4, du projet, il convient de supprimer le mot « également » dès lors que l'article 4 ne prévoit aucune autre publication.

Article 5

Le paragraphe 4, seconde phrase, soumet la prise de décision par la FSMA, dans le cas visé, à l'avis de l'autorité de contrôle prudentiel de l'État membre dont relève l'entreprise réglementée et détermine sur quoi porte cet avis. Le Roi n'a pas compétence pour imposer des obligations à des institutions étrangères.

La disposition concernée sera revue en matière telle que l'obligation de rendre l'avis sera créée non dans le chef de l'autorité de contrôle prudentiel de l'État membre mais dans celui de la FSMA.

Article 6

À l'article 6, alinéa 1^{er}, il convient de viser les « dispositions prévues aux articles 7 à 9 » et non pas « les dispositions prévues aux articles 6 à 8 ».

Article 10

L'alinéa 2 de l'article 10 est inutile dès lors que le respect de la loi du 18 septembre 2017 et des arrêtés et règlements pris en exécution de celle-ci fait déjà partie des conditions d'inscription imposées par l'article 5, § 1^{er}, 3°, du projet. Cet alinéa sera dès lors omis.

Article 16

À l'article 16, § 3, il convient d'omettre les mots « et 3 ». Seuls les paragraphes 1^{er} et 2 prévoient en effet des mesures pouvant être adoptées par la FSMA.

Pour la même raison, à l'article 16, paragraphe 4, les mots « aux paragraphes 1^{er} à 3 » seront remplacés par les mots « aux paragraphes 1^{er} et 2 ».

Article 17

L'intitulé de l'arrêté royal du 27 décembre 1994 figurant à l'article 17 du projet n'est pas complet ⁶. Le dispositif sera corrigé en conséquence.

Article 22

L'auteur du projet veillera, lors de la fixation de la date d'entrée en vigueur, à respecter le principe de sécurité juridique et, en conséquence, à prévoir un délai suffisant pour permettre aux prestataires de services liés aux monnaies virtuelles de se conformer à la loi du 18 septembre 2017 et aux arrêtés pris en exécution de celle-ci ⁷.

*

⁶ L'arrêté s'intitule en effet « Arrêté royal relatif aux bureaux de change et au commerce des devises ».

⁷ Voir l'article 21, § 3, du projet.

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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Artikel 36, lid 4, 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”) schrijft voor dat “bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking”, de toezichthoudende autoriteit wordt geraadpleegd, *in casu* de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’.

Gelet op de artikelen 3, § 1, 4°, a) en b), 4, § 4, 8, 11, 12 en 15 van het ontwerp wordt bij het ontwerp voorzien in de verwerking van persoonsgegevens door het feit dat de aanbieders van diensten in verband met virtuele valuta natuurlijke personen kunnen zijn en door het feit dat sommige gegevens die door de rechtspersonen meegedeeld moeten worden betrekking hebben op natuurlijke personen (aandeelhouders, personen belast met de effectieve leiding enzovoort).¹ Het ontwerp moet dan ook om advies voorgelegd worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit.

Er moet op toegezien worden dat dat vormvereiste vervuld wordt. Vervolgens moet in de aanhef vermeld worden dat dat vormvereiste vervuld is.

¹ Bij artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet van 18 september 2017 wordt de Koning gemachtigd te bepalen welke de regels en voorwaarden zijn voor de inschrijving bij de FSMA van aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta, en van aanbieders van bewaarportemonnees, alsook welke voorwaarden voor de uitoefening van die activiteiten en welk toezicht op hen van toepassing zijn. Hoewel bij die bepaling niet uitdrukkelijk de verwerking van persoonsgegevens beoogd wordt, lijkt het aannemelijk dat de wetgever, door te voorzien in voorwaarden voor de inschrijving en de uitoefening van de beroepsactiviteit, alsook in de organisatie van een toezicht erop, een verwerking van persoonsgegevens toegestaan heeft, zoals de verplichting om informatie bij te houden of periodiek aan de FSMA te rapporteren, die in rechtstreeks verband staat met de voornoemde voorwaarden en het toezicht erop mogelijk maakt. Het ontwerp beschikt dan ook ten aanzien van artikel 22 van de Grondwet en van het daarin vervatte legaliteitsbeginsel over een adequate rechtsgrond om te voorzien in de verwerking van persoonsgegevens zoals die is afgebakend bij de artikelen 3, § 1, 4°, a) en b), 4, § 4, 8, 11, 12 et 15.

ALGEMENE OPMERKING

1. Bij verschillende bepalingen van het ontwerp wordt aan de FSMA een reglementaire bevoegdheid verleend:

– Bij artikel 6, eerste en derde lid, wordt de FSMA gemachtigd de nadere regels vast te stellen voor het elektronisch verzenden van de inschrijvingsdossiers van de aanbieders. Die nadere regels moeten bekendgemaakt worden op de website van de FSMA.

– Bij artikel 8, 3°, wordt de FSMA gemachtigd de nadere regels vast te stellen waaraan de toelichting tot staving van de passende deskundigheid en de professionele betrouwbaarheid van de aanbieder moet voldoen.

– Bij artikel 8, 5°, wordt de FSMA gemachtigd de nadere regels vast te stellen met betrekking tot het dossier dat door de aanbieder ingediend moet worden en waarin hij een beschrijving geeft van de voorgenomen activiteiten, de aard en de omvang van de voorgenomen verrichtingen, de organisatiestructuur van de aanvrager, het beroep dat gedaan wordt op externe dienstverleners voor het uitvoeren van operationele taken die van kritiek belang zijn, alsook de interne procedures die zijn ingevoerd om te voldoen aan de bepalingen van het ontworpen besluit.

– Bij artikel 9, § 1, 4°, wordt de FSMA gemachtigd de nadere regels vast te stellen waaraan de toelichting tot staving van de passende deskundigheid en de professionele betrouwbaarheid van de personen belast met de effectieve leiding van de aanbieder die een rechtspersoon is, moet voldoen.

– Bij artikel 9, § 1, 7°, wordt de FSMA gemachtigd de nadere regels vast te stellen waaraan de toelichting waarin aangetoond wordt dat de personen in kwestie geschikt zijn gelet op de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid, moet voldoen

– Bij artikel 15, § 1, wordt de FSMA gemachtigd te bepalen welke gegevens en documenten aanbieders van diensten in verband met virtuele valuta haar moeten bezorgen opdat zij zou kunnen nagaan of ze de wettelijke en reglementaire bepalingen waaraan ze onderworpen zijn, blijvend naleven. De FSMA is er tevens mee belast voor die gegevens en documenten de rapporteringsfrequentie en -modaliteiten te bepalen.

– Bij artikel 21, § 1, eerste lid, wordt de FSMA gemachtigd te bepalen volgens welke nadere regels en op welke wijze de aanbieders haar in kennis stellen van hun activiteit in de zin van die bepaling. Die nadere regels en wijze moeten bekendgemaakt worden op de website van de FSMA.

2. Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling, zoals de FSMA, is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat daardoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en

een niet-beleidsmatig karakter hebben omdat ze detailkwesties of hoofzakelijk technische kwesties betreffen. De instellingen waaraan een dergelijke verordenende bevoegdheid verleend wordt, moeten wat dat betreft zowel aan een rechterlijk als aan een politiek toezicht onderworpen zijn.²

3. *In casu:*

3.1. De delegaties vervat in artikel 6, eerste en derde lid, artikel 8, 5°, en artikel 21, § 1, eerste lid, van het ontwerp betreffen inderdaad technische of detailkwesties en zijn bijgevolg aanvaardbaar. Er dient evenwel bepaald te worden dat de nadere regels die vastgesteld worden krachtens artikel 8, 5°, van het ontwerp, op zijn minst op de website van de FSMA bekendgemaakt moeten worden.

3.2. Van de delegaties vervat in artikel 8, 3° en artikel 9, § 1, 4° en 7°, van het ontwerp kan daarentegen niet gezegd worden dat ze technische of detailkwesties betreffen, aangezien die delegaties leiden tot een invulling van de begrippen “professionele betrouwbaarheid”, “passende deskundigheid” en “geschikt gelet op de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid”. De keuzes die daarbij gemaakt worden zullen een politieke inhoud hebben en vormen dus een beleidskeuze. Die machtigingen zijn bijgevolg niet aanvaardbaar. Die elementen moeten gedefinieerd worden in het ontworpen besluit, op advies van de FSMA.

3.3. Aangezien de delegatie vervat in artikel 15 van het ontwerp ertoe strekt om *a priori* voor alle in het ontwerp beoogde aanbieders te bepalen welke de nuttige gegevens en documenten zijn die periodiek door de aanbieders aan de FSMA meegedeeld moeten worden opdat zij haar toezichtsoverdracht zou kunnen uitoefenen en, in voorkomend geval, de haar verleende bevoegdheid om extra informatie te vragen in verband met een specifieke individuele situatie zou kunnen aanwenden, lijkt niet van een dergelijke technische aard te zijn dat die elementen niet gepreciseerd zouden kunnen worden door de Koning.

Bovendien kunnen die gegevens en documenten aanleiding geven tot een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG, aangezien ze betrekking kunnen hebben op natuurlijke personen.

Om evenwel aanvaardbaar te zijn ten aanzien van artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna : “het EVRM”) alsook ten aanzien van het beginsel inzake materiële legaliteit dat ten grondslag ligt aan die bepalingen, moet de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen geformuleerd worden zodat de gevallen waarin een dergelijke inmenging toegestaan is, voorzienbaar zijn.

² Zie in die zin GwH 12 juni 2015, nr. 86/2015, B.22.4; GwH 9 juni 2016, nr. 89/2016, B.9.6.4; GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.4; GwH 14 mei 2020, nr. 67/2020, B.41.2: “Een delegatie aan een gedecentraliseerde openbare instelling die aan een bestuurlijk toezicht en aan een rechterlijke toetsing is onderworpen is evenwel niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.”

Aangezien het mogelijk is om *a priori* te bepalen om welke gegevens en documenten het gaat, moet dat gebeuren in het ontwerp van koninklijk besluit om aldus tegemoet te komen aan het vereiste inzake materiele legaliteit dat inherent is aan een verwerking van persoonsgegevens.³

3.4. Het dispositief moet herzien worden rekening houdend met de bovenstaande overwegingen.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Artikel 2

Het tweede lid van artikel 2 van het ontwerp stemt overeen met het nieuwe zevende lid van artikel 5, § 1, 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’ dat ingevoegd wordt bij het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 18 september 2017 (...) om bepalingen in te voeren rond het statuut van en het toezicht op aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees’. Over dat voorontwerp van wet, dat tegelijkertijd met het voorliggende ontwerp aan de afdeling Wetgeving voorgelegd is, is heden advies 69.750/2/V gegeven.

In de veronderstelling dat het voorontwerp van wet aangenomen wordt, zou het tweede lid van artikel 2 van het ontwerp geen zin meer hebben en zou het tot rechtsonzekerheid kunnen leiden.⁴ Bepalingen die enkel een hogere rechtsnorm in herinnering brengen door die over te nemen of te parafraseren, horen immers in beginsel niet thuis in een uitvoeringsregeling, onder meer omdat daardoor onduidelijkheid dreigt te ontstaan over de juridische aard van de overgenomen bepalingen en zo verkeerdelijk de indruk kan worden gewekt dat de overheid die de regels overneemt, die regels kan wijzigen.⁵

Het tweede lid 2 van artikel 2 van het ontwerp moet dan ook weggelaten worden.

³ Over de draagwijdte van dat beginsel zie inzonderheid advies 68.936/AV, op 7 april 2021 verstrekt over een voorontwerp van wet ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’ (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 1951/1, 55 tot 127, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68936.pdf>).

⁴ Rekening houdend met het belang van de aldus aangebrachte precisering met betrekking tot het toepassingsgebied van de reglementering verdient het voorkeur dat die daadwerkelijk vastgesteld wordt door de wetgever, zoals daar terecht in voorzien wordt bij het voornoemde voorontwerp van wet en dat niettegenstaande de formulering van artikel 5, eerste lid, 14°/1 en 14°/2 van de wet van 18 september 2017.

⁵ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 80.

Artikel 3

Paragraaf 2 moet weggelaten worden omdat reeds uit artikel 4, eerste lid, eerste zin, van de wet van 18 september 2017 volgt dat de begrippen die gedefinieerd worden in die wet, gelden “voor de toepassing van (...) de besluiten en reglementen genomen ter uitvoering ervan”.

Artikel 4

1. In artikel 4, § 1, dient verwezen te worden naar “artikel 2” in plaats van naar “artikel 2, § 1”.

2. In artikel 4, § 2, dient verwezen te worden naar de voorwaarden als bedoeld in “artikel 5” in plaats van in “artikel 4”.

3. Bij artikel 4, § 4, eerste lid, 3°, wordt de FSMA gemachtigd om aan de aanbieder van diensten in verband met virtuele valuta alle overige informatie op te vragen die zij nuttig acht voor een correcte informatieverstrekking aan het publiek. Daardoor kan het ontwerp aanleiding geven tot een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG, aangezien die informatie betrekking kan hebben op natuurlijke personen.

Om evenwel aanvaardbaar te zijn ten aanzien van artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM alsook ten aanzien van het beginsel inzake materiële legaliteit dat ten grondslag ligt aan die bepalingen, moet de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven in duidelijke en voldoende nauwkeurige bewoordingen geformuleerd worden zodat de gevallen waarin een dergelijke inmenging toegestaan is, voorzienbaar zijn.

De doelstelling die *in casu* nagestreefd wordt met de verwerking van persoonsgegevens – te weten een correcte informatieverstrekking aan het publiek – lijkt niet van dien aard dat de gegevens die een correcte informatieverstrekking aan het publiek mogelijk moeten maken, niet vooraf vastgelegd kunnen worden in het ontwerpbesluit. In de veronderstelling dat voor een correcte informatieverstrekking aan het publiek meer gegevens nodig zijn dan die genoemd in artikel 4, § 4, eerste lid, 1° en 2°, van het ontwerp, dient die bepaling aldus aangevuld te worden dat daarin de relevante gegevens genoemd worden die in het register opgenomen moeten of kunnen worden. Op die manier kan er bovendien voor gezorgd worden dat het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie in acht genomen wordt.

4. In het derde lid van artikel 4, § 4, van het ontwerp dient het woord “ook” weggelaten te worden aangezien bij artikel 4 niet voorzien wordt in enige andere publicatie.

Artikel 5

Paragraaf 4, tweede zin, bepaalt dat de FSMA in het beoogde geval, een beslissing neemt na het advies te hebben ingewonnen van de prudentiële toezichthouder van de lidstaat waaronder de gereguleerde onderneming ressorteert en bepaalt waarop dat advies betrekking heeft. De Koning is niet bevoegd om verplichtingen op te leggen aan buitenlandse instellingen.

De bepaling in kwestie moet aldus herzien worden dat de verplichting om het advies te geven niet in het leven geroepen wordt in hoofde van de prudentiële toezichthouder van de lidstaat, maar in hoofde van de FSMA.

Artikel 6

In artikel 6, eerste lid, dient verwezen te worden naar “artikel 7 tot en met 9” in plaats van naar “artikel 6 tot en met 8”.

Artikel 10

Het tweede lid 2 van artikel 10 heeft geen zin aangezien de naleving van de wet van 18 september 2017 en van de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen reeds opgenomen is in de inschrijvingsvoorwaarden zoals opgelegd bij artikel 5, § 1, 3°, van het ontwerp. Dat lid moet dan ook weggelaten worden.

Artikel 16

In artikel 16, § 3, dienen de woorden “en paragraaf 3” weggelaten te worden aangezien immers alleen bij de paragrafen 1 en 2 voorzien wordt in maatregelen die genomen kunnen worden door de FSMA.

Om dezelfde reden moeten in artikel 16, paragraaf 4, de woorden “in de paragrafen 1 tot en met 3” vervangen worden door de woorden “in de paragrafen 1 en 2”.

Artikel 17

Het opschrift van het koninklijk besluit van 27 december 1994 in artikel 17 van het ontwerp is niet volledig.⁶ Het dispositief moet verbeterd worden op dat punt.

⁶ Het besluit heeft immers als opschrift “Koninklijk besluit betreffende de wisselkantoren en de valutahandel”.

Artikel 22

De steller van het ontwerp moet er bij de vaststelling van de datum van inwerkingtreding op toezien dat hij het rechtszekerheidsbeginsel in acht neemt en moet bijgevolg voorzien in een termijn die voldoende ruim is om de aanbieders van diensten in verband met virtuele valuta in de mogelijkheid te stellen zich te conformeren aan de wet van 18 september 2017 en aan de ter uitvoering ervan genomen besluiten.⁷

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Martine BAGUET

⁷ Zie artikel 21, § 3, van het ontwerp.