



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 70.306/2
du 23 novembre 2021

sur

un avant-projet de loi 'visant à mettre en œuvre le Règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le Règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937 et à transposer la directive (UE) 2021/338 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2021 modifiant la directive 2014/65/UE en ce qui concerne les obligations d'information, la gouvernance des produits et les limites de position, et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/878 en ce qui concerne leur application aux entreprises d'investissement, afin de soutenir la reprise à la suite de la crise liée à la Covid-19'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.306/2
van 23 november 2021

over

een voorontwerp van wet 'tot tenuitvoerlegging van verordening (EU) 2020/1503 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 betreffende Europese crowdfundingdienstverleners voor bedrijven en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/1129 en Richtlijn (EU) 2019/1937, en tot omzetting van richtlijn 2021/338 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/65/EU wat betreft informatievereisten, productgovernance en positielimieten, en Richtlijnen 2013/36/EU en (EU) 2019/878 wat betreft de toepassing daarvan op beleggingsondernemingen, om bij te dragen aan het herstel van de Covid-19-crisis'

Le 14 octobre 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 'visant à mettre en œuvre le Règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le Règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937 et à transposer la directive (UE) 2021/338 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2021 modifiant la directive 2014/65/UE en ce qui concerne les obligations d'information, la gouvernance des produits et les limites de position, et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/878 en ce qui concerne leur application aux entreprises d'investissement, afin de soutenir la reprise à la suite de la crise liée à la Covid-19'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 23 novembre 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON et Aurore PERCY, auditeurs adjoints.

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 23 novembre 2021.

*

Op 14 oktober 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 tenuitvoerlegging van verordening (EU) 2020/1503 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 betreffende Europese crowdfundingdienstverleners voor bedrijven en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/1129 en Richtlijn (EU) 2019/1937, en tot omzetting van richtlijn 2021/338 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2021 tot wijziging van Richtlijn 2014/65/EU wat betreft informatievereisten, productgovernance en positielimieten, en Richtlijnen 2013/36/EU en (EU) 2019/878 wat betreft de toepassing daarvan op beleggingsondernemingen, om bij te dragen aan het herstel van de Covid-19-crisis’.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 23 november 2021. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne-Stéphanie RENSON en Aurore PERCY, adjunct-auditeurs.

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 23 november 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.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Interrogé sur les motifs de l'absence de consultation de l'Autorité de protection des données, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« L'avis de l'APD n'a pas été demandé. Le présent projet ne tombe en effet pas dans l'hypothèse visée à l'article 36, paragraphe 4 du règlement 2016/679. Le statut de prestataire de financement participatif est en effet réglé de manière exhaustive par le règlement 2020/1503. Ce dernier est d'application directe, et ne laisse pas de marge de manœuvre aux États membres en ce qui concerne les aspects liés aux traitements de données personnelles. Aucun aspect du projet de loi ne se rapporte du reste au traitement de données personnelles ».

Force est toutefois de constater que l'avant-projet à l'examen contient des dispositions se rapportant au traitement de données à caractère personnel. Tel est le cas notamment de l'article 15 de l'avant-projet, qui prévoit la publication de l'identité de la personne responsable d'une violation de la réglementation.

En outre, il n'apparaît pas que la rédaction de l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 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 ») confère la moindre latitude quant à l'opportunité de soumettre ou non une mesure législative ou réglementaire à l'autorité de contrôle. Il suffit que cette mesure porte sur un traitement de données tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, du RGPD¹.

Le règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 'relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937' ne contient par ailleurs aucune disposition dont il devrait être déduit qu'elle dispense les autorités nationales procédant à sa mise en œuvre, comme tel est le cas en l'espèce, de respecter la formalité imposée par le RGPD.

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

¹ Voir en ce sens l'avis n° 64.124/2/V donné le 1^{er} août 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 9 octobre 2018 'modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32ter du Code judiciaire' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64124.pdf>).

Cette formalité doit dès lors encore être accomplie.

OBSERVATION GÉNÉRALE

1.1 Le dossier soumis à la section de législation contient un tableau de concordance entre les dispositions du règlement (UE) 2020/1503 et de la directive (UE) 2021/338 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2021 ‘modifiant la directive 2014/65/UE en ce qui concerne les obligations d’information, la gouvernance des produits et les limites de position, et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/878 en ce qui concerne leur application aux entreprises d’investissement, afin de soutenir la reprise à la suite de la crise liée à la COVID-19’, d’une part, et, d’autre part, le texte de l’avant-projet de loi et des dispositions de droit belge modifiées par celui-ci.

Si ce tableau s’avère très utile, il n’est toutefois pas suffisant. L’exposé des motifs doit être complété par la présentation d’un tableau établissant une correspondance en sens inverse afin que le Parlement puisse se prononcer en parfaite connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l’auteur de l’avant-projet pour assurer la mise en œuvre du règlement et la transposition de la directive, ainsi qu’afin d’éviter que l’exercice du droit d’amendement prévu par l’article 76 de la Constitution excède les limites du pouvoir d’appréciation que le droit européen reconnaît, le cas échéant, aux États membres ².

1.2 De l’accord du délégué du Ministre, il convient par ailleurs d’apporter au tableau de concordance de la directive (UE) 2021/338 les corrections suivantes :

– s’agissant de la transposition de l’article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive (UE) 2021/338, la deuxième colonne du tableau sera complétée par une référence à l’article 38 de l’avant-projet tandis que la troisième colonne du tableau sera complétée par une référence à l’article 26/1, § 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’ ;

– le tableau sera par ailleurs complété par l’indication des dispositions assurant la transposition des articles 2 et 3 de la directive (UE) 2021/338 ³.

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 191 à 193.

³ De l’accord du délégué du Ministre, il y sera ainsi indiqué que l’article 2 de la directive (UE) 2021/338 ne nécessite pas de mesures de transposition dès lors qu’il s’adresse à l’ABE. Il y sera également précisé que l’article 3 de la directive (UE) 2021/338 a été transposé par la loi du 11 juillet 2021 ‘visant à assurer la transposition de la directive 2019/878 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019, de la directive 2019/879 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019, de la directive 2019/2034 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019, de la directive 2019/2177 du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2019, de la directive 2021/338 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2021 et portant dispositions diverses’ (articles 2, § 1^{er}, 312 et 315).

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 4

Les mots « § 1^{er}, alinéa 1^{er}, » seront insérés entre les mots « À l'article 86^{ter}, » et les mots « 4^o[,] de la même loi ».

Article 5

Dans la version française, la loi du 18 décembre 2016 'organisant la reconnaissance et l'encadrement du crowdfunding et portant des dispositions diverses en matière de finances' sera mentionnée avec son intitulé exact.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 9

Dans la version française de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, en projet de la loi du 18 décembre 2016, afin d'assurer la cohérence dans la terminologie, les mots « fiche d'information » seront remplacés par les mots « fiche d'informations ».

La même observation vaut pour l'article 17.

Article 11

Conformément à l'article 23, paragraphe 2, du règlement 2020/1503, la fiche d'informations clés sur l'investissement est rédigée dans au moins une des langues officielles de l'État membre dont les autorités compétentes ont octroyé l'agrément conformément à l'article 12 du règlement, ou dans une autre langue acceptée par ces autorités.

L'article 27, paragraphe 3, du règlement 2020/1503, prévoit que,

« [p]our leurs communications publicitaires, les prestataires de services de financement participatif utilisent une ou plusieurs langues officielles de l'État membre dans lequel les communications publicitaires sont diffusées ou une langue acceptée par les autorités compétentes de cet État membre ».

Dès lors que les prestataires de services de financement participatif peuvent rédiger la fiche d'informations clés sur l'investissement dans plusieurs langues, l'article 11 de l'avant-projet doit envisager cette hypothèse et indiquer dans quelle(s) langue(s) les communications publicitaires doivent, dans ce cas, être diffusées.

Article 13

Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement 2020/1503, l'auteur de l'avant-projet veillera à informer l'Autorité européenne des marchés financiers de la désignation de la FSMA comme autorité compétente.

Article 14

L'article 7, § 1^{er}, 2°, en projet de la loi du 18 décembre 2016 prévoit la possibilité pour la FSMA, à l'égard de toute personne physique ou morale, de

« procéder à des inspections et expertises sur place, prendre connaissance et copie sur place de tout document, fichier et enregistrement et avoir accès à tout système informatique ».

Interrogé sur la compatibilité de cette disposition avec le droit à la protection du domicile, le délégué du Ministre a indiqué ce qui suit :

« La disposition est rédigée sur ce point de manière similaire aux dispositions reprises dans les autres lois de contrôle du secteur financier, notamment l'article 34 de la loi du 2 août 2002 et l'article 135, alinéa 2 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse. L'article 14 du projet ne permet pas à la FSMA d'effectuer des perquisitions sous la contrainte et à finalité exclusivement répressive, mais vise uniquement les inspections, lesquelles poursuivent des objectifs différents d'une perquisition (voir sur ce point notamment *Doc. Parl.*, Chambre, Doc 51, 2963/001, p. 65-66 et *Doc. Parl.*, Chambre, Doc 54, 2504/001, p. 41 à 43). Dans l'hypothèse où une personne venait à s'opposer à une inspection, il reviendrait à la FSMA d'apprécier si, au regard des éléments de fait, le refus de la société peut s'analyser comme une obstruction au contrôle et justifie l'application des mesures visées à l'article 39 du règlement 2020/1503. L'utilisation de la contrainte, et en particulier de la contrainte physique, est donc exclue. Cette disposition du projet est donc par exemple à distinguer de celle de l'article 85bis de la loi du 2 août 2002, qui permet à l'auditeur de la FSMA de demander à un juge d'instruction d'effectuer une perquisition dans un domicile ».

Il ressort de ces explications que le consentement de la personne concernée est requis pour les inspections et expertises visées à l'article 7, § 1^{er}, 2°, en projet de la loi du 18 décembre 2016. Dans cette mesure, la disposition à l'examen semble admissible au regard du droit à la protection du domicile consacré par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette précision gagnerait à figurer dans le commentaire de l'article, étant entendu que les inspections et expertises sur place dont il est question ne peuvent concerner des domiciles privés que pour autant qu'une activité professionnelle visée par l'avant-projet y soit exercée.

Article 15

1. L'article 8 en projet de la loi du 18 décembre 2016 énumère les mesures que la FSMA peut prendre en cas de violation des dispositions du règlement 2020/1503 et des actes délégués pris en exécution de celui-ci, de la loi du 18 décembre 2016 ainsi qu'en cas de refus de coopérer ou de se soumettre à une enquête, une inspection ou une demande couvert par l'article 7, § 1^{er}, de cette loi. Il reproduit, pour ce faire, le contenu de l'article 39, paragraphe 2, a), b), et d) à f), du règlement 2020/1503.

Interrogé sur l'absence de mise en œuvre de l'article 39, paragraphe 2, c), du règlement 2020/1503⁴, le délégué du Ministre a exposé ce qui suit :

« Le règlement prévoit que les personnes chargées de la gestion du prestataire de services de financement participatif doivent présenter des garanties d'honorabilité suffisantes. Cette condition n'est pas remplie au cas où des infractions au règlement sont commises par la personne concernée. Dans un tel cas, la FSMA pourra exiger du prestataire qu'il remédie à la situation constatée dans un certain délai, par exemple en mettant fin au mandat de cette personne. Au cas où le prestataire refuse de s'exécuter, la FSMA pourra prendre les mesures administratives ou imposer les sanctions prévues par le projet. La FSMA pourra également s'opposer à la nomination d'une personne ayant commis de telles infractions et prendre les mesures susmentionnées au cas où le prestataire n'obtempère pas.

L'hypothèse prévue à l'article 39, § 2, c) du règlement 2020/1503 est donc prévue par le projet ».

Pour la bonne compréhension du texte, il serait toutefois préférable de reproduire, dans l'avant-projet de loi, le contenu de l'article 39, paragraphe 2, c), du règlement 2020/1503.

2. Comme la section de législation l'a rappelé à diverses reprises,

« [l]e droit de ne pas s'auto-incriminer, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait [...] obstacle à ce qu'une personne, 'pénalement accusée' au sens de cette disposition, puisse être sanctionnée pour avoir refusé de prêter son concours à l'établissement de sa propre culpabilité »⁵.

⁴ L'article 39, paragraphe 2, c), du règlement 2020/1053 dispose comme suit :

« 2. Les États membres veillent, conformément à leur droit national, à ce que les autorités compétentes aient le pouvoir d'imposer au moins les sanctions administratives et autres mesures administratives suivantes liées aux infractions énumérées au paragraphe 1, premier alinéa, point a) :

[...]

c) une interdiction d'exercer des fonctions de direction au sein des prestataires de services de financement participatif, à l'encontre de tout membre de l'organe de direction de la personne morale responsable de l'infraction ou de toute autre personne physique tenue pour responsable de l'infraction ;

[...] ».

⁵ Avis 60.619/2 donné le 25 janvier 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 2 octobre 2017 'réglementant la sécurité privée et particulière' (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2388/1, p. 194 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60619.pdf>). Voir aussi l'avis 63.296/4 donné le 2 mai 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 7 avril 2019 'établissant un cadre pour la sécurité des réseaux et des systèmes d'information d'intérêt général pour la sécurité publique' (*Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 3340/1, pp. 75 à 87 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63296.pdf>) et l'avis 64.879/4 donné le 4 février 2019 sur un avant-projet devenu le décret du 2 mai 2019 'modifiant le Code wallon de l'Action sociale et de la Santé en ce qui concerne la prévention et la promotion

Compte tenu de ce que l'article 8, § 3, alinéa 2, en projet de la loi du 18 décembre 2016 punit d'une amende administrative la personne physique ou la personne morale qui contrevient aux dispositions et aux obligations visées au paragraphe 1^{er} de la même disposition, en ce compris donc le refus de coopérer ou de se soumettre à une enquête, il doit être précisé au dispositif que cette obligation de coopérer ou de se soumettre à une enquête ne fait pas préjudice au droit de la personne auditionnée dans ce cadre de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer ⁶.

3. La section de législation a plusieurs fois rappelé qu'un dispositif prévoyant la possibilité d'infliger des amendes administratives parallèlement à la possibilité d'infliger des amendes pénales doit tenir compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la nécessité de permettre en ce cas un régime d'individualisation de la répression administrative [la prise en considération de circonstances atténuantes pour les sanctions pénales (article 85 du Code pénal) ou l'applicabilité du sursis (loi du 29 juin 1964 'concernant la suspension, le sursis et la probation') par exemple] ⁷.

Elle a également rappelé la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les conditions d'application du principe « *non bis in idem* » en cas de cumul des régimes de sanctions administratives et pénales pour de mêmes comportements ⁸.

de la santé' (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2018-2019, n° 1332/1, pp. 25 à 35 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64879.pdf>).

⁶ En ce sens, l'avis 69.813/2/V donné le 30 août 2021 sur un avant-projet de loi 'relatif à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications et portant désignation d'une autorité nationale de certification de cybersécurité', observation n° 2 formulée sous l'article 23.

⁷ C.C., 14 juillet 1997, n° 40/97 ; 14 juillet 1997, n° 45/97 ; 7 décembre 1999, n° 128/99 ; 20 juin 2007, n° 86/2007 ; 11 mars 2009, n° 42/2009 ; 30 mars 2011, n° 44/2011 ; 18 février 2016, n° 25/2016 ; 26 mars 2020, n° 2020/47, B.3.1 ; 4 mars 2021, n° 36/2021, B.38 et B.39.

⁸ Avis 62.383/2 donné le 7 décembre 2017 sur un 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, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement' (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2896/1, pp. 311 à 333, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/62383.pdf>), spécialement les observations n°s 3 et 4 formulées sous les articles 148, 161, 230 et 244 de cet avant-projet ; avis 63.192/2 donné le 19 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel' (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3126/1, pp. 402 à 456, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63192.pdf>), spécialement l'observation formulée sous l'article 242 de cet avant-projet ; avis 63.380/2 donné le 22 mai 2018 sur un avant-projet devenu 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' (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3150/1, pp. 131 à 135, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63380.pdf>), spécialement l'observation formulée sous les articles 29, 32 et 39 de cet avant-projet ; avis 68.577/2 donné le 9 février 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 27 juin 2021 portant des dispositions financières diverses (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 1887/1, pp. 480 et 481 ; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68577.pdf>), spécialement l'observation formulée sous l'article 355 de cet avant-projet.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'indiquer dans l'exposé des motifs dans quelle mesure il est tenu compte en l'espèce de ces observations et, le cas échéant, pour quels motifs admissibles en droit les mesures d'individualisation des sanctions administratives évoquées ci-dessus ne seraient pas applicables. L'exposé des motifs gagnerait également à expliquer de quelle manière le principe « *non bis in idem* » pourra être respecté dans l'application des régimes répressifs en question.

4. Dans la version française de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, en projet, de la loi du 18 décembre 2016, le mot « peut-être » sera remplacé par les mots « peut être ».

5. Dès lors que l'article 8 en projet de la loi du 18 décembre 2016 ne contient pas de paragraphe 4, le paragraphe 5 deviendra le paragraphe 4.

Article 17

Dès lors que l'article 10, alinéa 1^{er}, en projet de la loi du 18 décembre 2016 ne vise pas de dispositions légales, les mots « des dispositions légales visées à l'alinéa 1^{er} », figurant à l'article 10, alinéa 2, en projet, seront remplacés par les mots « de l'obligation de fournir une fiche d'informations clés sur l'investissement visée à l'alinéa 1^{er} ».

Article 18

Les mots « L'article 5, § 1^{er}, 14^o » seront remplacés par les mots « L'article 5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 14^o ».

Article 21

L'article 22, § 2, de la loi du 11 juillet 2018 'relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés' a été modifié par la loi du 5 mai 2019.

Il sera fait mention de cette modification dans la phrase introductive de l'article 21 de l'avant-projet.

Article 25

1. Dans la phrase introductive, les mots « l'article 21, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 13^o » seront remplacés par les mots « l'article 21, alinéa 1^{er}, 13^o ».

Il sera, en outre, précisé que l'article 21, alinéa 1^{er}, 13^o, du Code des impôts sur les revenus 1992 a été modifié par la loi du 17 mars 2019.

2. Par souci de cohérence, les mots « entité ad-hoc » seront remplacés par les mots « entité *ad hoc* ».

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

Article 28

1. À l'article 28, § 1^{er}, de l'accord du délégué du Ministre, les mots « au 9 novembre 2021 » seront remplacés par les mots « la veille de l'entrée en vigueur de la présente loi », et les mots « visée à l'article 26, § 2 » seront remplacés par les mots « visée à l'article 29, § 2 ».

2. Le délégué du Ministre a indiqué que les prestataires de services de financement participatif « [qui] ont notifié à la FSMA leur intention d'exercer l'activité visée à l'article 3 de la loi du 18 décembre 2016 » sont « les établissements de crédit et les entreprises d'investissement qui, sous l'empire du régime actuellement en vigueur, sont autorisés à prêter des 'services de financement alternatif' au sens de la loi du 18 décembre 2016, moyennant une notification à la FSMA (voir l'actuel art. 6, § 2 de la loi du 18 décembre 2016) ».

L'article 28, § 2, sera clarifié sur ce point.

La même observation vaut pour l'article 29, § 2.

Article 29

L'article 29, § 1^{er}, prévoit que le titre II entre en vigueur le jour de la publication de la loi au *Moniteur belge*.

Sous réserve d'une justification sur ce point, la section de législation n'aperçoit pas les raisons de déroger au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé à dix jours par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 'relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires'.

Article 32

Dans la version française, le sigle « § » entre les mots « 27bis, §§ 1^{er} à 7, » et les mots « 27ter, §§ 1^{er} à 3 » sera omis.

Article 34

L'article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2021/338 insère un nouvel article 29*bis* dans la directive 2014/65/UE. Le paragraphe 1 de cet article 29*bis* dispose que

« [l]es exigences énoncées à l'article 24, § 4, point c), ne s'appliquent pas aux services fournis à des clients professionnels sauf s'il s'agit de conseils en investissement et de gestion de portefeuille ».

L'article 24, paragraphe 4, point c), de la directive 2014/65/UE dispose comme suit :

« c) les informations sur tous les coûts et frais liés doivent inclure des informations relatives aux services d'investissement et aux services auxiliaires, y compris le coût des conseils, s'il y a lieu, le coût des instruments financiers recommandés au client ou commercialisés auprès du client et la manière dont le client peut s'en acquitter, ce qui comprend également tout paiement par des tiers ».

Ce *littera* c) a été transposé par l'article 27*bis*, § 5, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'.

Interrogé quant à la question de savoir si, à l'article 34 du projet (article 27*bis*, § 5, alinéa 3 en projet), afin de transposer correctement l'article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2021/338, il ne convient pas par conséquent de viser « les exigences énoncées à l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe » plutôt que de viser l'ensemble des exigences de ce paragraphe, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« Une transposition littérale du nouvel article 29*bis*, paragraphe 1^{er} de la Directive 2021/338 exigerait en effet de limiter l'effet de l'exemption prévue dans le dernier alinéa en projet de l'article 27*bis*, § 5, au paragraphe 1^{er} de cette disposition. Comme vous le mentionnez, c'est en effet ce paragraphe 1^{er} qui constitue la transposition de l'article 24, § 4, point c) de la Directive MiFID II.

Il nous paraît toutefois qu'une telle transposition littérale ne présente pas beaucoup de sens.

En effet, l'article 24, § 4, alinéa 2 est à ce point étroitement lié au point c) de l'alinéa 1^{er} que cela présente peu de sens d'appliquer à ce seul point c) l'exemption prévue au nouvel article 29*bis*, § 1^{er} de la directive.

L'alinéa 2 ne fait en effet que définir la manière dont doivent être communiquées au client les informations sur tous les coûts et frais, à savoir en les totalisant ou en fournissant une ventilation par poste si le client le demande. Cet alinéa précise également que ces informations sont fournies au client régulièrement, au minimum chaque année, pendant la durée de vie de l'investissement.

Or, si les clients professionnels sont exemptés de l'obligation de communiquer les informations au client sur les coûts et frais, ces modalités de communication ne devraient également pas leur être applicables.

L'on peut d'ailleurs s'interroger sur ce qui a justifié la définition de ces modalités spécifiques à la communication des informations sur les coûts et frais dans un alinéa séparé, alors même que l'alinéa 1^{er} porte sur toutes les informations appropriées à communiquer au client, et non pas uniquement sur les informations relatives aux coûts et frais. Ces modalités auraient dû être définies dans le point c). Nous interprétons cela comme une erreur dans

l'articulation des alinéas et nous avons transposé le nouvel article 29bis, § 1^{er} de la directive MiFID II de la manière qui, selon nous, lui donnait du sens.

Notre interprétation est par ailleurs confirmée par la lecture du considérant 5 de la directive 2021/338 qui mentionne l'application de l'exemption pour les clients professionnels à toutes les exigences en matière d'informations relatives aux coûts et frais, sans distinction selon les alinéas concernés.

‘Les services fournis aux clients professionnels et aux contreparties éligibles devraient, par conséquent, être exemptés des exigences en matière d'informations relatives aux coûts et frais, sauf en ce qui concerne les services de conseils en investissement et de gestion de portefeuille, car les clients professionnels établissant des relations en matière de conseils en investissement ou de gestion de portefeuille ne disposent pas nécessairement d'une expertise ou de connaissances suffisantes permettant que ces services soient exemptés de ce type d'exigences’ ».

La section de législation peut se rallier à cette réponse, dont les éléments figureront utilement dans le commentaire de l'article.

Article 35

Dans la phrase introductive, il sera précisé que l'article 27ter a été modifié par les lois du 20 septembre 2018 et du 27 juin 2021.

Article 41

Dans la phrase introductive, il sera précisé que l'article 4, § 1^{er}, 10°, a été remplacé par la loi du 21 novembre 2017.

Article 43

Au paragraphe 5 en projet, de l'accord du délégué du Ministre, les alinéas 3 à 5, redondants par rapport aux alinéas 1^{er} et 2, seront omis.

*

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.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Op de vraag waarom de Gegevensbeschermingsautoriteit niet geraadpleegd is, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“L’avis de l’APD n’a pas été demandé. Le présent projet ne tombe en effet pas dans l’hypothèse visée à l’article 36, paragraphe 4 du règlement 2016/679. Le statut de prestataire de financement participatif est en effet réglé de manière exhaustive par le règlement 2020/1503. Ce dernier est d’application directe, et ne laisse pas de marge de manœuvre aux États membres en ce qui concerne les aspects liés aux traitements de données personnelles. Aucun aspect du projet de loi ne se rapporte du reste au traitement de données personnelles.”

Op te merken valt evenwel dat voorliggend voorontwerp bepalingen bevat die verband houden met de verwerking van persoonsgegevens. Dat is onder meer het geval met artikel 15 van het voorontwerp, waarin bepaald wordt dat de identiteit van degene die verantwoordelijk is voor de overtreding van de regelgeving bekendgemaakt kan worden.

Bovendien blijkt uit de redactie van 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”) niet dat ook maar enige ruimte gelaten wordt wat betreft de wenselijkheid om een wettelijke of verordenende maatregel al dan niet aan de toezichthoudende autoriteit te onderwerpen. Het volstaat dat die maatregel betrekking heeft op een verwerking van gegevens zoals bepaald in artikel 2, lid 1, van de AVG.¹

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

¹ Zie in deze zin advies 64.124/2/V van 1 augustus 2018 over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 9 oktober 2018 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juni 2016 houdende de elektronische communicatie overeenkomstig artikel 32ter van het Gerechtelijk Wetboek’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/64124.pdf>).

Verordening (EU) 2020/1503 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 ‘betreffende Europese crowdfundingdienstverleners voor bedrijven en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/1129 en Richtlijn (EU) 2019/1937’ bevat daarenboven geen enkele bepaling waaruit afgeleid zou moeten worden dat de nationale autoriteiten die tot de tenuitvoerlegging van die verordening overgaan, zoals *in casu* het geval is, vrijgesteld zouden zijn van het in acht nemen van het vormvereiste dat door de AVG voorgeschreven is.

Dat vormvereiste dient dan ook nog vervuld te worden.

ALGEMENE OPMERKING

1.1 Het dossier dat aan de afdeling Wetgeving bezorgd is, bevat een tabel met de overeenstemming tussen, enerzijds, de bepalingen van verordening (EU) 2020/1503 en van richtlijn (EU) 2021/338 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2021 ‘tot wijziging van Richtlijn 2014/65/EU wat betreft informatievereisten, productgovernance en positielimieten, en Richtlijnen 2013/36/EU en (EU) 2019/878 wat betreft de toepassing daarvan op beleggingsondernemingen, om bij te dragen aan het herstel van de COVID-19-crisis’ en, anderzijds, de tekst van het voorontwerp van wet en de bepalingen van Belgisch recht die daarbij gewijzigd worden.

Hoewel die tabel erg nuttig blijkt, volstaat ze evenwel niet. De memorie van toelichting moet aangevuld worden met een tabel waarin de overeenstemming in omgekeerde zin weergegeven wordt opdat het Parlement zich met volle kennis van zaken kan uitspreken over de keuze van de middelen die de steller van het voorontwerp aangewend heeft om te zorgen voor de tenuitvoerlegging van de verordening en de omzetting van de richtlijn en om te voorkomen dat de uitoefening van het recht van amendering, vervat in artikel 76 van de Grondwet, de grenzen overschrijdt van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht in voorkomend geval aan de lidstaten laat.²

1.2 De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in de concordantietabel betreffende richtlijn (EU) 2021/338 bovendien de volgende verbeteringen aangebracht moeten worden:

– wat de omzetting van artikel 1, lid 3, van richtlijn (EU) 2021/338 betreft, moet de tweede kolom van de tabel aangevuld worden met een verwijzing naar artikel 38 van het voorontwerp, terwijl de derde kolom van die tabel aangevuld moet worden met een verwijzing naar artikel 26/1, § 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’;

² *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 191 tot 193.

– daarnaast moet de tabel aangevuld worden met de vermelding van de bepalingen waarbij de artikelen 2 en 3 van richtlijn (EU) 2021/338 omgezet zijn.³

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 4

Tussen de woorden “In artikel 86ter,” en de woorden “4°, van dezelfde wet”, moeten de woorden “§ 1, eerste lid,” ingevoegd worden.

Artikel 5

In de Franse tekst moet het opschrift van de wet van 18 december 2016 ‘organisant la reconnaissance et l’encadrement du crowdfunding et portant des dispositions diverses en matière de finances’ correct vermeld worden.

Deze opmerking geldt eveneens voor het vervolg van het voorontwerp.

Artikel 9

Ter wille van de terminologische eenvormigheid schrijve men vooraan in de Franse tekst van het ontworpen artikel 3, § 1, derde lid, van de wet van 18 december 2016 niet “fiche d’information” maar “fiche d’informations”.

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 17.

Artikel 11

Krachtens artikel 23, lid 2, van verordening 2020/1503 wordt het blad met essentiële beleggingsinformatie opgesteld in ten minste één van de officiële talen van de lidstaat waarvan de bevoegde autoriteiten de vergunning overeenkomstig artikel 12 van die verordening hebben verleend of in een andere taal die door die autoriteiten wordt aanvaard.

³ De gemachtigde van de minister is het ermeê eens dat daarin vermeld moet worden dat voor artikel 2 van richtlijn (EU) 2021/338 geen omzettingsmaatregelen vereist zijn, aangezien die bepaling gericht is tot de EBA. Daarin moet tevens gepreciseerd worden dat artikel 3 van richtlijn (EU) 2021/338 omgezet is bij de wet van 11 juli 2021 ‘tot omzetting van richtlijn 2019/878 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019, van richtlijn 2019/879 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019, van richtlijn 2019/2034 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019, van richtlijn 2019/2177 van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 2019, van richtlijn 2021/338 van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2021 en houdende diverse bepalingen’ (de artikelen 2, § 1, 312 en 315).

Artikel 27, lid 3, van verordening 2020/1503 luidt als volgt:

“Voor hun publicitaire mededelingen gebruiken crowdfundingdienstverleners een of meer officiële talen van de lidstaat waar de publicitaire mededelingen worden verspreid of een taal die door de bevoegde autoriteiten van die lidstaat wordt aanvaard.”

Aangezien crowdfundingdienstverleners het blad met essentiële beleggingsinformatie in meer dan één taal kunnen opstellen, dient in artikel 11 van het voorontwerp met die mogelijkheid rekening te worden gehouden en moet daarin vermeld worden in welke taal/talen publicitaire mededelingen in dat geval verspreid moeten worden.

Artikel 13

Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van verordening 2020/1503 moet de steller van het voorontwerp ervoor zorgen dat de Europese Autoriteit voor effecten en markten in kennis gesteld wordt van de aanwijzing van de FSMA als bevoegde autoriteit.

Artikel 14

Luidens het ontworpen artikel 7, § 1, 2°, van de wet van 18 december 2016 kan de FSMA, ten aanzien van iedere natuurlijke of rechtspersoon,

“ter plaatse inspecties en expertises verrichten, ter plaatse kennis nemen en een kopie maken van elk document, gegevensbestand en registratie, en toegang hebben tot elk informaticasysteem.”

Naar aanleiding van de vraag of deze bepaling wel bestaanbaar is met het recht op bescherming van de woning, heeft de gemachtigde van de minister het volgende te kennen gegeven:

“La disposition est rédigée sur ce point de manière similaire aux dispositions reprises dans les autres lois de contrôle du secteur financier, notamment l'article 34 de la loi du 2 août 2002 et l'article 135, alinéa 2 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse. L'article 14 du projet ne permet pas à la FSMA d'effectuer des perquisitions sous la contrainte et à finalité exclusivement répressive, mais vise uniquement les inspections, lesquelles poursuivent des objectifs différents d'une perquisition (voir sur ce point notamment *Doc. Parl.*, Chambre, Doc 51, 2963/001, p. 65-66 et *Doc. Parl.*, Chambre, Doc 54, 2504/001, p. 41 à 43). Dans l'hypothèse où une personne venait à s'opposer à une inspection, il reviendrait à la FSMA d'apprécier si, au regard des éléments de fait, le refus de la société peut s'analyser comme une obstruction au contrôle et justifie l'application des mesures visées à l'article 39 du règlement 2020/1503. L'utilisation de la contrainte, et en particulier de la contrainte physique, est donc exclue. Cette disposition du projet est donc par exemple à distinguer de celle de l'article 85bis de la loi du 2 août 2002, qui permet à l'auditeur de la FSMA de demander à un juge d'instruction d'effectuer une perquisition dans un domicile.”

Uit die uitleg blijkt dat de instemming van de betrokkene vereist is voor de inspecties en expertises waarvan sprake is in het ontworpen artikel 7, § 1, 2°, van de wet van 18 december 2016. In die mate kan de voorliggende bepaling blijkbaar aanvaard worden in het licht van het recht op bescherming van de woning, dat verankerd is in artikel 15 van de Grondwet en in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Deze verduidelijking zou opgenomen moeten worden in de commentaar bij artikel 14, met dien verstande dat de inspecties en expertises ter plaatse waarvan daarin sprake is in privéwoningen verricht mogen worden, doch alleen voor zover in die privéwoningen een beroepsactiviteit uitgeoefend wordt waarop dit voorontwerp betrekking heeft.

Artikel 15

1. In het ontworpen artikel 8 van de wet van 18 december 2016 worden de maatregelen opgesomd die de FSMA kan nemen bij overtreding van de bepalingen van verordening 2020/1503, van de ter uitvoering van die verordening genomen gedelegeerde handelingen en van de wet van 18 december 2016, alsook bij het verzuim om mee te werken of deel te nemen aan een onderzoek of een inspectie of bij het verzuim in te gaan op een verzoek als bedoeld in artikel 7, § 1, van die wet. Daartoe wordt de inhoud van artikel 39, lid 2, a), b), en d) tot f), van verordening 2020/1503 overgenomen in het ontworpen artikel 8.

Naar aanleiding van een vraag waarom geen uitvoering wordt gegeven aan artikel 39, lid 2, c), van verordening 2020/1503⁴ heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Le règlement prévoit que les personnes chargées de la gestion du prestataire de services de financement participatif doivent présenter des garanties d’honorabilité suffisantes. Cette condition n’est pas remplie au cas où des infractions au règlement sont commises par la personne concernée. Dans un tel cas, la FSMA pourra exiger du prestataire qu’il remédie à la situation constatée dans un certain délai, par exemple en mettant fin au mandat de cette personne. Au cas où le prestataire refuse de s’exécuter, la FSMA pourra prendre les mesures administratives ou imposer les sanctions prévues par le projet. La FSMA pourra également s’opposer à la nomination d’une personne ayant commis de telles infractions et prendre les mesures susmentionnées au cas où le prestataire n’obtempère pas.

L’hypothèse prévue à l’article 39, § 2, c) du règlement 2020/1503 est donc prévue par le projet.”

⁴ Artikel 39, lid 2, c), van verordening 2020/1053 luidt als volgt:

“2. De lidstaten zorgen er overeenkomstig hun nationaal recht voor dat de bevoegde autoriteiten met betrekking tot de in lid 1, eerste alinea, onder a), bedoelde inbreuken beschikken over de bevoegdheid om ten minste de volgende administratieve sancties en andere administratieve maatregelen op te leggen:

(...)

c) een verbod voor een lid van het bestuursorgaan van de voor de inbreuk verantwoordelijke rechtspersoon of een andere natuurlijke persoon die voor de inbreuk verantwoordelijk wordt gehouden, om bestuursfuncties bij crowdfundingdienstverleners uit te oefenen;

(...).”

Voor een goed begrip van de tekst zou het echter beter zijn om in het voorontwerp van wet de inhoud van artikel 39, lid 2, c), van verordening 2020/1503 over te nemen.

2. De afdeling Wetgeving heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat

“het recht om zichzelf niet te beschuldigen, dat gewaarborgd is door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, (...) er (...) aan in de weg [staat] dat een persoon, ‘tegen wie een vervolging is ingesteld’, in de zin van die bepaling, kan worden bestraft omdat hij geweigerd heeft zijn medewerking te verlenen bij het bewijzen van zijn eigen schuld”.⁵

Gelet op het feit dat het ontworpen artikel 8, § 3, tweede lid, van de wet van 18 december 2016 voorziet in de bestraffing met een administratieve geldboete van de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die de bepalingen en de verplichtingen bedoeld in paragraaf 1 van dezelfde bepaling overtreedt, en dus ook van het verzuim om mee te werken of deel te nemen aan een onderzoek, moet in het dispositief gepreciseerd worden dat die verplichting om mee te werken of deel te nemen aan een onderzoek geen afbreuk doet aan het recht van de persoon die in dat verband verhoord wordt om te zwijgen en om zichzelf niet te beschuldigen.⁶

3. De afdeling Wetgeving heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat, voor een regeling die voorziet zowel in de mogelijkheid om administratieve geldboetes op te leggen als in de mogelijkheid strafrechtelijke geldboetes op te leggen, rekening gehouden dient te worden met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in verband met de noodzaak om in dat geval een regeling tot individualisering van de administratieve bestraffing mogelijk te maken [in aanmerking nemen van verzachtende omstandigheden voor de strafrechtelijke straffen (artikel 85 van het Strafwetboek) of mogelijkheid uitstel toe te kennen (wet van 29 juni 1964 ‘betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’) bijvoorbeeld].⁷

⁵ Advies 60.619/2, op 25 januari 2017 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 2 oktober 2014 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’ (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2388/001, 194; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60619.pdf>). Zie ook advies 63.296/4, op 2 mei 2018 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 7 april 2019 ‘tot vaststelling van een kader voor de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen van algemeen belang voor de openbare veiligheid’ (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3340/001, 75-87; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63296.pdf>) en advies 64.879/4, op 4 februari 2019 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 2 mei 2019 ‘tot wijziging van het Waalse Wetboek van Sociale Actie en Gezondheid wat betreft de preventie en de bevordering van de gezondheid’ (*Parl.St.* W.Parl. 2018-19, nr. 1332/001, 25-35; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/64879.pdf>).

⁶ Zie in die zin advies 69.813/2/V, op 30 augustus 2021 gegeven over een voorontwerp van wet ‘inzake de certificering van de cyberbeveiliging van informatie- en communicatietechnologie en tot aanwijzing van een nationale cyberbeveiligings-certificeringsautoriteit’, opmerking 2 met betrekking tot artikel 23.

⁷ GwH 14 juli 1997, nr. 40/97; 14 juli 1997, nr. 45/97; 7 december 1999, nr. 128/99; 20 juni 2007, nr. 86/2007; 11 maart 2009, nr. 42/2009; 30 maart 2011, nr. 44/2011; 18 februari 2016, nr. 25/2016; 26 maart 2020, nr. 2020/47, B.3.1; 4 maart 2021, nr. 36/2021, B.38 en B.39.

Ze heeft eveneens reeds herinnerd aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met de voorwaarden voor de toepassing van het beginsel “*non bis in idem*” ingeval op dezelfde gedragingen zowel administratieve als strafrechtelijke sancties staan⁸.

De steller van het voorontwerp dient in de memorie van toelichting aan te geven in welke mate *in casu* rekening is gehouden met die opmerkingen en, in voorkomend geval, om welke rechtens aanvaardbare redenen de maatregelen tot individualisering van de administratieve sancties waarvan hierboven gewag is gemaakt, niet van toepassing zouden zijn. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting eveneens uit te leggen op welke wijze het beginsel “*non bis in idem*” in acht genomen zal kunnen worden bij de toepassing van de bestraffende regelingen in kwestie.

4. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 8, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 18 december 2016 moet het woord “peut-être” worden vervangen door de woorden “peut être”.

5. Aangezien het ontworpen artikel 8 van de wet van 18 december 2016 geen vierde paragraaf bevat, moet paragraaf 5 paragraaf 4 worden.

⁸ Advies 62.383/2, op 7 december 2017 gegeven over een 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’ (*Parl.St. Kamer 2017-18*, nr. 2896/1, 311 tot 333, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/62383.pdf>), in het bijzonder de opmerkingen 3 en 4 die daarin gemaakt zijn bij de artikelen 148, 161, 230 en 244 van dat voorontwerp; advies 63.192/2, op 19 april 2018 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’ (*Parl.St. Kamer 2017-2018*, nr. 3126/1, 402 tot 456, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63192.pdf>), in het bijzonder de opmerking die daarin gemaakt is bij artikel 242 van dat voorontwerp; advies 63.380/2, op 22 mei 2018 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot 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’ (*Parl.St. Kamer 2017-18*, nr. 3150/1, 131 tot 135, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63380.pdf>), in het bijzonder de opmerking die daarin gemaakt is bij de artikelen 29, 32 en 39 van dat voorontwerp; advies 68.577/2, op 9 februari 2021 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 27 juni 2021 ‘over een voorontwerp van wet houdende diverse financiële bepalingen’ (*Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 1887/1, 480 en 481; <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68577.pdf>), in het bijzonder de opmerking die daarin gemaakt is bij artikel 335 van dat voorontwerp.

Artikel 17

Aangezien in het ontworpen artikel 10, eerste lid, van de wet van 18 december 2016 niet wordt verwezen naar wetsbepalingen, moeten de woorden “van de in het eerste lid bedoelde wettelijke bepalingen” die voorkomen in het ontworpen artikel 10, tweede lid, worden vervangen door de woorden “van de verplichting om een blad met essentiële beleggingsinformatie, zoals bedoeld in het eerste lid” te overhandigen.

Artikel 18

De woorden “Artikel 5, § 1, 14^o” moeten worden vervangen door de woorden “Artikel 5, § 1, eerste lid, 14^o”

Artikel 21

Artikel 22, § 2, van de wet van 11 juli 2018 ‘op de aanbieding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt’ is gewijzigd bij de wet van 5 mei 2019.

Die wijziging moet worden vermeld in de inleidende zin van artikel 21 van het voorontwerp.

Artikel 25

1. In de inleidende zin moeten de woorden “artikelen 21, § 1, eerste lid, 13^o” worden vervangen door de woorden “artikel 21, eerste lid, 13^o”.

Bovendien moet worden gepreciseerd dat artikel 21, eerste lid, 13^o, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 is gewijzigd bij de wet van 17 maart 2019.

2. In de Franse tekst moeten de woorden “entité ad-hoc” ter wille van de coherentie worden vervangen door de woorden “entité *ad hoc*”.

Dezelfde opmerking geldt voor de rest van het voorontwerp.

Artikel 28

1. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in artikel 28, § 1, de woorden “op 9 november 2021” moeten worden vervangen door de woorden “op de dag vóór de datum van inwerkingtreding van deze wet” en dat woorden “de in artikel 26, § 2, bedoelde datum” moeten worden vervangen door de woorden “de in artikel 29, § 2, bedoelde datum”.

2. De gemachtigde van de minister heeft te kennen gegeven dat de crowdfundingdienstverleners “(die) de FSMA in kennis hebben gesteld van hun voornemen om de activiteit uit te oefenen als bedoeld in artikel 3 van de wet van 18 december 2016”, de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen zijn die, onder de thans geldende regeling zijn gemachtigd om “alternatieve-financieringsdiensten” in de zin van de wet van 18 december 2016 te verlenen, mits kennisgeving aan de FSMA (zie het huidige artikel 6, § 2, van de wet van 18 december 2016).

Artikel 28, § 2, moet op dat punt worden verduidelijkt.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 29, § 2.

Artikel 29

Artikel 29, § 1, bepaalt dat titel II in werking treedt op de dag waarop de wet in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt wordt.

Onder voorbehoud van een verantwoording daaromtrent is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom afgeweken wordt van de gangbare termijn van inwerkingtreding vastgesteld op tien dagen bij artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 ‘betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen’.

Artikel 32

In de Franse tekst moet het teken “§” tussen de woorden “27bis, §§ 1^{er} à 7,” en de woorden “27ter, §§ 1^{er} à 3” weggelaten worden.

Artikel 34

Bij artikel 1, lid 8, van richtlijn 2021/338 wordt een nieuw artikel 29bis ingevoegd in richtlijn 2014/65/EU. Lid 1 van dat artikel 29bis luidt als volgt:

“De vereisten van artikel 24, lid 4, onder c), zijn niet van toepassing op andere aan professionele cliënten verleende diensten dan beleggingsadvies en vermogensbeheer.”

Artikel 24, lid 4, punt c), van richtlijn 2014/65/EU luidt als volgt:

“c) de informatie over alle kosten en bijbehorende lasten betreft zowel beleggings- als nevendiensten waartoe eveneens de kosten voor advies en, in voorkomend geval, de kosten van het financiële instrument dat aan de cliënt wordt aanbevolen of aangeboden behoren en de manier waarop de cliënt deze kan betalen, met inbegrip van eventuele betalingen door derden”.

Die *littera c)* is omgezet bij artikel 27bis, § 5, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’.

Op de vraag of in artikel 34 van het ontwerp (ontworpen artikel 27bis, § 5, derde lid) met het oog op een correcte omzetting van artikel 1, lid 8, van richtlijn 2021/338 bijgevolg niet naar “de vereisten van het eerste lid van deze paragraaf” verwezen dient te worden in plaats van naar alle vereisten van deze paragraaf, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Une transposition littérale du nouvel article 29bis, paragraphe 1^{er} de la Directive 2021/338 exigerait en effet de limiter l’effet de l’exemption prévue dans le dernier alinéa en projet de l’article 27bis, § 5, au paragraphe 1^{er} de cette disposition. Comme vous le mentionnez, c’est en effet ce paragraphe 1^{er} qui constitue la transposition de l’article 24, § 4, point c) de la Directive MiFID II.

Il nous paraît toutefois qu’une telle transposition littérale ne présente pas beaucoup de sens.

En effet, l’article 24, § 4, alinéa 2 est à ce point étroitement lié au point c) de l’alinéa 1^{er} que cela présente peu de sens d’appliquer à ce seul point c) l’exemption prévue au nouvel article 29bis, § 1^{er} de la directive.

L’alinéa 2 ne fait en effet que définir la manière dont doivent être communiquées au client les informations sur tous les coûts et frais, à savoir en les totalisant ou en fournissant une ventilation par poste si le client le demande. Cet alinéa précise également que ces informations sont fournies au client régulièrement, au minimum chaque année, pendant la durée de vie de l’investissement.

Or, si les clients professionnels sont exemptés de l’obligation de communiquer les informations au client sur les coûts et frais, ces modalités de communication ne devraient également pas leur être applicables.

L’on peut d’ailleurs s’interroger sur ce qui a justifié la définition de ces modalités spécifiques à la communication des informations sur les coûts et frais dans un alinéa séparé, alors même que l’alinéa 1^{er} porte sur toutes les informations appropriées à communiquer au client, et non pas uniquement sur les informations relatives aux coûts et frais. Ces modalités auraient dû être définies dans le point c). Nous interprétons cela comme une erreur dans l’articulation des alinéas et nous avons transposé le nouvel article 29bis, § 1^{er} de la directive MiFID II de la manière qui, selon nous, lui donnait du sens.

Notre interprétation est par ailleurs confirmée par la lecture du considérant 5 de la directive 2021/338 qui mentionne l’application de l’exemption pour les clients professionnels à toutes les exigences en matière d’informations relatives aux coûts et frais, sans distinction selon les alinéas concernés.

‘Les services fournis aux clients professionnels et aux contreparties éligibles devraient, par conséquent, être exemptés des exigences en matière d’informations relatives aux coûts et frais, sauf en ce qui concerne les services de conseils en investissement et de gestion de portefeuille, car les clients professionnels établissant des relations en matière de conseils en investissement ou de gestion de portefeuille ne disposent pas nécessairement d’une expertise ou de connaissances suffisantes permettant que ces services soient exemptés de ce type d’exigences.’”

De afdeling Wetgeving kan instemmen met dat antwoord en men zou er goed aan doen de bestanddelen ervan op te nemen in de commentaar bij het artikel.

Artikel 35

In de inleidende zin moet gepreciseerd worden dat artikel 27*ter* gewijzigd is bij de wetten van 20 september 2018 en 27 juni 2021.

Artikel 41

In de inleidende zin moet gepreciseerd worden dat artikel 4, § 1, 10°, vervangen is bij de wet van 21 november 2017.

Artikel 43

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in de ontworpen paragraaf 5 het derde tot het vijfde lid weggelaten moeten worden, aangezien ze redundant zijn ten opzichte van het eerste en het tweede lid.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT