

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 13 janvier 1999, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet de loi "visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres", a donné le 18 janvier 1999 l'avis suivant :

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 13 januari 1999 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "houdende omzetting van richtlijn 98/26/EG dd. 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelings-systemen", heeft op 18 januari 1999 het volgende advies gegeven :

Conformément à l'article 84, alinéa 1er, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, inséré par la loi du 4 août 1996, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"(l'urgence est motivée) ... par le fait qu'en vertu de l'article 11.1 de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, les Etats membres doivent mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ladite directive avant le 11 décembre 1999. Il y a donc urgence à assurer la transposition de cette directive en droit interne.

En outre, il convient de souligner que ce projet de loi est d'une importance primordiale pour la sécurité juridique des opérations en euro effectuées d'ores et déjà par les intermédiaires financiers belges et par le Système européen de Banques Centrales."

*

*

*

Observation préliminaire

Dans le bref délai imparti, il n'a pas été possible au Conseil d'Etat de s'assurer que le sens usuel en droit belge des notions non définies par le projet est compatible avec celui que leur attribue la directive.

.../...

Il n'a pas été davantage possible d'apprécier la mesure dans laquelle les textes sont ou non fidèles aux dispositions de la directive; l'exercice est d'autant plus impossible qu'il s'agit de questions qui, comme le précise l'exposé des motifs,

"... relèvent de la problématique des faillites internationales qui figurent actuellement parmi les questions juridiques les plus complexes, spécialement en matière financière."

Au surplus, le projet de loi examiné ne transpose pas l'ensemble des définitions figurant à l'article 2 de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Tel est le cas notamment d'une définition aussi importante que celle de la compensation.

Aussi, les observations qui sont formulées ci-après n'ont pas la prétention d'être exhaustives.

Examen du texte

Article 2

1. L'article 2 du projet vise, en son paragraphe 1er, à désigner les systèmes de paiements et les systèmes de règlement-titres qui répondent à la définition de l'article 2, a), de la directive et, en son paragraphe 2, à définir ce que l'on entend par participant à un système de paiement ou de règlement-titres, en exécution de l'article 2, b) à f), de la directive.

.../...

Ces deux paragraphes désignent nommément les institutions répondant aux critères de la directive. Le paragraphe 5 permet au Roi de modifier ces listes.

Or, dans la mesure où la directive comporte une définition du "système" et une description complète de l'accord formel qui y correspond, il convient que le législateur, dans son oeuvre de transposition, reprenne cette définition et se tienne au cadre ainsi tracé par la directive.

En outre, le législateur contreviendrait au principe de la hiérarchie des normes juridiques en laissant au Roi le pouvoir de modifier ou de compléter la liste des systèmes.

2. Selon l'article 2, a), troisième tiret in fine, la désignation ne peut se faire qu'après que l'Etat membre "s'est assuré du caractère adéquat des règles de fonctionnement du système".

Interrogée sur le respect de cette condition, la déléguée du ministre a répondu que cet examen avait été accompli par la Banque nationale de Belgique, conformément à l'article 8 de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique.

.../...

Cette situation n'est pas admissible. Compte tenu du prescrit de la directive, c'est à l'Etat membre lui-même qu'il incombe de s'assurer du caractère adéquat des règles de fonctionnement des systèmes préalablement à leur désignation.

3. Dans le bref délai imparti, le Conseil d'Etat n'a pas été en mesure de vérifier si les systèmes et les organismes participants visés à l'article 2, §§ 1er et 2 du projet sont actuellement et effectivement régis par la législation belge, comme l'impose l'article 2, a), de la directive.

La question se pose, en effet, de savoir si tous les participants aux systèmes de paiement ou de règlement-titres - et en particulier, les succursales belges de banques de droit étranger - ont choisi le droit belge comme leur étant applicable.

Article 3

Afin d'éviter toute équivoque préjudiciable à la sécurité juridique, il convient de veiller à l'adéquation entre le dispositif et l'exposé des motifs du projet. En l'espèce, le dispositif permet à l'organisme gestionnaire du système ou à l'agent de règlement d'établir qu'il était "dans l'ignorance légitime" d'une faillite alors que, selon l'exposé des motifs, il lui suffit d'établir "qu'il pouvait légitimement ignorer" la faillite. Selon les auteurs du projet,

.../...

"... l'ignorance est légitime si l'on était en droit (pouvait) de ne pas avoir connaissance d'une faillite. Dès lors, pour les organismes visés, établir qu'ils étaient dans l'ignorance légitime revient à établir qu'ils pouvaient ne pas avoir connaissance d'une faillite."

N'y a-t-il pas cependant contradiction, puisque, si les organismes ignoraient effectivement la faillite, ils satisfont aux critères du dispositif et de l'exposé des motifs; par contre, s'ils avaient connaissance de la faillite tout en ayant pu légitimement l'ignorer, ils satisfont à l'exposé des motifs mais non au dispositif ?

Le cas échéant, mieux vaut reprendre les termes de la directive, qui paraît envisager une condition cumulative puisque les organismes doivent prouver

"... qu'ils n'avaient pas connaissance et n'étaient pas tenus d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité."

Article 5, § 2

En vertu de l'article 10, alinéa 2, de la directive, le "système" doit indiquer à l'Etat membre la liste des participants au système. L'article 5, § 2, prévoit que cette communication se fera à la Banque nationale et non à une autorité politique. Invitée à justifier ce choix, la déléguée du ministre a répondu :

"La BNB a été privilégiée à l'Etat dans un souci d'efficacité du dispositif. En effet, l'organisme devant recevoir les listes devrait être celui qui

.../...

reçoit les notifications de faillite d'un participant, à savoir, dans le contexte belge, la BNB. La BNB, qui a participé aux travaux d'élaboration de la directive, m'a confirmé que cette façon de procéder est conforme à l'esprit de la directive. Les systèmes consultés n'ont pas formulé d'objections à cet égard."

Il serait plus conforme à la directive de prévoir que la Banque nationale communiquera ces informations au ministre.

Article 9

Comme le relève l'exposé des motifs, cet article ne transpose pas une disposition de la directive, mais ajoute à celle-ci.

Cette disposition semble toutefois particulièrement large, bien plus large en tout cas que ce qu'annonce l'exposé des motifs selon lequel

"... le but de l'article 9 du projet de loi n'est pas d'édicter à présent une insaisissabilité généralisée des comptes des intermédiaires financiers mais d'éviter que des saisies intempestives, voire abusives, ne viennent complètement paralyser le règlement d'un système de paiement ou de règlement-titres ...".

En effet, l'article 9 du projet interdit toute saisie pour quelque motif que ce soit.

.../...

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le point de savoir si cette disposition trouve à s'appliquer également lorsque les droits du Trésor, comme d'ailleurs ceux de tout autre créancier, se trouvent en péril ?

Par ailleurs, dans le bref délai imparti, il n'a pas été possible de s'assurer que l'ajout de cette disposition était compatible avec la directive, notamment si elle ne risquait pas d'entraver l'efficacité des sûretés organisées par l'article 8 du projet en transposition de l'article 9 de la directive, et si elle était également compatible avec les principes d'égalité et de proportionnalité.

Observation finale

Le texte néerlandais doit être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise, in fine, du présent avis.

Overeenkomstig artikel 84, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief aldus :

"(l'urgence est motivée) ... par le fait qu'en vertu de l'article 11.1 de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, les Etats membres doivent mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ladite directive avant le 11 décembre 1999. Il y a donc urgence à assurer la transposition de cette directive en droit interne.

En outre, il convient de souligner que ce projet de loi est d'une importance primordiale pour la sécurité juridique des opérations en euro effectuées d'ores et déjà par les intermédiaires financiers belges et par le Système européen de Banques Centrales."

*

*

*

Voorafgaande opmerking

Binnen de korte tijd die aan de Raad van State is toegemeten, heeft hij zich er niet van kunnen vergewissen of de gebruikelijke betekenis, in Belgisch recht, van de begrippen die in het ontwerp niet worden gedefinieerd, zich verdraagt met de betekenis die daaraan in de richtlijn wordt gegeven.

Evenmin is het mogelijk geweest te controleren in hoeverre de teksten de bepalingen van de richtlijn al dan niet getrouw weergeven; zulk een controle is des te ondoenlijker daar het gaat om aangelegenheden die, zoals de memorie van toelichting aangeeft,

"vallen onder de problematiek van de internationale faillissementsregels die momenteel tot de meeste complexe juridische vraagstukken behoren, meer bepaald op financieel vlak in het internationaal financieel recht.".

Daarenboven worden door het onderzochte wetsontwerp niet alle definities omgezet die voorkomen in artikel 2 van richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen. Dat is inzonderheid het geval met een dermate belangrijke definitie als die van verrekening.

De afdeling wetgeving pretendeert dan ook niet dat de hierna gemaakte opmerkingen exhaustief zijn.

Onderzoek van de tekst

Artikel 2

1. Artikel 2, paragraaf 1, van het ontwerp, strekt ertoe de betalingssystemen en effectenafwikkelingssystemen aan te wijzen die beantwoorden aan de definitie van artikel 2, a) van de richtlijn, terwijl in artikel 2, paragraaf 2, van het ontwerp gedefinieerd wordt wat ter uitvoering van artikel 2, b) tot f), van de richtlijn onder

.../...

deelnemer aan een betalings- of effectenafwikkelingssysteem wordt verstaan.

Die beide paragrafen bevatten lijsten waarin de instellingen die aan de criteria van de richtlijn voldoen, bij name worden genoemd. In paragraaf 5 wordt de Koning gemachtigd die lijsten te wijzigen.

Doordat de richtlijn een definitie van het "systeem" bevat alsook een volledige beschrijving van de formele overeenkomst die daarmee overeenstemt, dient de wetgever echter bij zijn omzetting van de richtlijn die definitie over te nemen en zich te houden aan het aldus door de richtlijn geschetste kader.

Bovendien zou de wetgever het beginsel van de hiërarchie van de rechtsregels schenden mocht hij de bevoegdheid om de lijst van de systemen te wijzigen of aan te vullen, aan de Koning overlaten.

2. Volgens artikel 2, a), derde streepje, in fine, kan de Lid-Staat eerst een formele overeenkomst als systeem aanmerken na zich ervan vergewist te hebben "dat de regels van het systeem adequaat zijn".

Nadat aan de gemachtigde van de minister vragen waren gesteld over de naleving van die voorwaarde, heeft zij geantwoord dat dit onderzoek door de Nationale Bank van België was uitgevoerd, overeenkomstig artikel 8 van de wet

.../...

van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België.

Zulk een werkwijze kan niet worden aanvaard. Gelet op het bepaalde in de richtlijn, staat het aan de Lid-Staat zelf om zich vóór het als systeem aanmerken ervan te vergewissen dat de regels van de systemen adequaat zijn.

3. Binnen de korte termijn die aan de Raad van State is toegemeten, is het hem niet mogelijk geweest na te gaan of op de systemen en de deelnemende organen vermeld in artikel 2, §§ 1 en 2, van het ontwerp thans werkelijk het Belgische recht van toepassing is, zoals vereist in artikel 2, a), van de richtlijn.

De vraag rijst immers of alle deelnemers aan de betalings- of effectenafwikkelingssystemen - en inzonderheid de Belgische bijkantoren van banken naar buitenlands recht - ervoor gekozen hebben om onder het Belgische recht te vallen.

.../...

Artikel 3

Om elke verwarring te voorkomen waardoor de rechtszekerheid in het gedrang zou kunnen komen, dient erop te worden toegezien dat het dispositief van en de memorie van toelichting bij het ontwerp met elkaar overeenstemmen. In casu kan de instelling die het systeem beheert of de afwikkellende instantie volgens het dispositief aantonen dat ze "in de gewettigde onwetendheid" verkeerde omtrent een faillissement, terwijl ze volgens de memorie van toelichting alleen hoeft te bewijzen dat ze "niet op de hoogte was of op de hoogte hoefde te zijn" van het faillissement. De stellers van het ontwerp hebben terzake het volgende gesteld :

"... l'ignorance est légitime si l'on était en droit (pouvait) de ne pas avoir connaissance d'une faillite. Dès lors, pour les organismes visés, établir qu'ils étaient dans l'ignorance légitime revient à établir qu'ils pouvaient ne pas avoir connaissance d'une faillite."

Bevat die regeling echter geen tegenstrijdigheid, aangezien als de instellingen werkelijk niet op de hoogte waren van het faillissement, ze aan de criteria van zowel het dispositief als van de memorie van toelichting voldoen, terwijl als ze op de hoogte waren van het faillissement maar daarvan rechtsgeldig onkundig hadden kunnen zijn, ze wel voldoen aan de memorie van toelichting maar niet aan het dispositief ?

.../...

In het onderhavige geval is het raadzaam de bewoordingen van de richtlijn over te nemen, die een cumulatieve voorwaarde lijkt op te leggen, aangezien de instellingen dienen aan te tonen

"... dat zij niet op de hoogte waren of op de hoogte behoeften te zijn van de opening van een (insolventie-procedure).".

Artikel 5, § 2

Krachtens artikel 10, tweede alinea, van de richtlijn moet het "systeem" de Lid-Staat mededeling doen van de deelnemers aan het systeem. Artikel 5, paragraaf 2, bepaalt dat die lijst aan de Nationale Bank en niet aan een politieke overheid behoort te worden verstrekt. Toen aan de gemachtigde van de minister gevraagd was die keuze te rechtvaardigen, heeft zij het volgende geantwoord :

"La BNB a été privilégiée à l'Etat dans un souci d'efficacité du dispositif. En effet, l'organisme devant recevoir les listes devrait être celui qui reçoit les notifications de faillite d'un participant, à savoir, dans le contexte belge, la BNB. La BNB, qui a participé aux travaux d'élaboration de la directive, m'a confirmé que cette façon de procéder est conforme à l'esprit de la directive. Les systèmes consultés n'ont pas formulé d'objections à cet égard.".

Het zou meer in overeenstemming met de richtlijn zijn te bepalen dat de Nationale Bank die informatie aan de minister bezorgt.

.../...

Artikel 9

Zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, wordt in artikel 9 geen bepaling van de richtlijn omgezet, maar wordt daarin iets toegevoegd aan de richtlijn.

Die bepaling lijkt echter zeer ruim, in elk geval veel ruimer dan wat wordt aangekondigd in de memorie van toelichting, waarin het volgende staat :

"Het is niet de bedoeling van artikel 9 van het ontwerp van wet een veralgemeende onbeheerbaarheid van rekeningen van financiële tussenpersonen uit te vaardigen maar wel ontijdige, of zelfs abusieve beslagen te verhinderen die de hele vereffening van een betalings- of effectenclearingsysteem kunnen stilleggen ...".

In artikel 9 van het ontwerp wordt immers elk beslag verboden, ongeacht de reden die daarvoor wordt aangevoerd.

De Raad van State vraagt zich af of deze bepaling ook van toepassing is wanneer de rechten van de Schatkist, of trouwens van enige andere schuldeiser, in het gedrang komen.

Voor het overige is het binnen de korte tijd die is toegemeten, niet mogelijk geweest zich ervan te vergewissen of toevoeging van die bepaling wel bestaanbaar is met de richtlijn, inzonderheid of ze niet dreigt te leiden tot aantasting van de doelmatigheid der zekerheden die worden geregeld in artikel 8 van het ontwerp, houdende omzetting

.../...

van artikel 9 van de richtlijn, en of ze zich tevens verdraagt met het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel.

Slotopmerkingen

Sommige onderdelen van bepalingen van de Nederlandse tekst van het ontwerp zijn voor verbetering vatbaar; andere onderdelen dan weer zijn foutief of onbegrijpelijk gesteld. Onder voorbehoud van de hiervoren gemaakte inhoudelijke opmerkingen, wordt bij wijze van voorbeeld op het volgende gewezen :

Artikel 2

In paragraaf 1, b), 4°, schrijve men : "in voorkomend geval" in plaats van "desgevallend". In paragraaf 2, eerste lid, zesde laatste regel, zijn de woorden "onderneming met overheidsgarantie geniet" onbegrijpelijk. In het tweede lid schrijve men : "als zodanig" in plaats van "als dusdanig". Deze opmerking geldt voor heel het ontwerp.

Artikel 3

In paragraaf 3, achtste en negende regel, is de wending : "de in gebreke zijn verbintenissen uit te voeren zijnde deelnemer" niet correct en niet-bevattelijk.

.../...

Artikel 8

In paragraaf 1 zou het beter zijn "tegenwerpbaarheid" te schrijven in plaats van "tegenstelbaarheid". In paragraaf 3 is de wending "beheerst door het Belgisch of een buitenlands recht" op zijn minst stilistisch verkeerd.

Ten slotte wordt erop gewezen dat in het ontwerp voortdurend verkeerdelijk de onvoltooid verleden tijd van de lijdende vorm van werkwoorden wordt gebruikt in plaats van de voltooid verleden tijd. Zo bv. "werden ingevoerd in een systeem" in plaats van "zijn ingevoerd in een systeem" (artikel 3, § 1); "aan de kredietnemer werd toegestaan" in plaats van "aan de kredietnemer is toegestaan" (artikel 3, § 3). De Nederlandse tekst van het ontwerp zou herzien moeten worden.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. LIENARDY,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par
M. X. DELGRANGE, auditeur. La note
du Bureau de coordination a été
rédigée et exposée par
Mme G. JOTTRAND, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. X. DELGRANGE, audi-
teur. De nota van het Coördina-
tiebureau werd opgesteld en toe-
gelicht door Mevr. G. JOTTRAND,
adjunct-referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandai-
se a été vérifiée sous le contrôle
de M. P. LIENARDY.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. P. LIENARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS