

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS 31.153/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 31.153/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 12 janvier 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi modifiant le régime des incompatibilités applicable aux dirigeants d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement", a donné le 12 février 2001 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 12 januari 2001 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de onverenigbaarheidsregeling voor de leiders van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen", heeft op 12 februari 2001 het volgende advies gegeven :

Observations générales

I. Le pouvoir réglementaire, au niveau fédéral de l'Etat, ne peut, en vertu de la Constitution, être exercé que par le Roi sous réserve du contreseing d'un ministre.

Attribuer un pouvoir réglementaire à une commission administrative déroge à cette règle constitutionnelle.

Le projet recourt à l'approbation ministérielle pour satisfaire à la nécessité d'une relation de légitimité politique du règlement en question.

Ce palliatif n'est toutefois pas sans inconvénient :

1) C'est déjà par un dépassement du texte constitutionnel que l'on a admis l'attribution d'un pouvoir réglementaire aux ministres, seulement pour régler des questions de détail, telles que la forme de certains formulaires, les heures d'ouverture de bureaux de douane. On a parfois dérogé à ces limites, non sans échapper aux critiques.

Le règlement de la Commission bancaire et financière pourrait contenir des dispositions allant au-delà de ces limites. En ce cas, l'approbation ministérielle ne garantirait pas la légalité du règlement de la commission.

2) Il est, par ailleurs, peu heureux d'attribuer au même organe le pouvoir d'édicter des règles normatives, contraignantes et sanctionnées et le pouvoir de les appliquer aux cas d'espèce.

.../...

3) Le système de règlement de la Commission bancaire et financière fait échapper des dispositions normatives, publiées au Moniteur belge, à l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

Cette observation est d'autant plus importante que le projet examiné a pour objet de substituer à un système de règles d'incompatibilité un système qui confère un très large pouvoir d'appréciation à la Commission bancaire et financière.

II. Dans l'ensemble du projet, il convient de remplacer le mot "mandats" et l'expression "mandats exercés en dehors de l'établissement de crédit" par les mots "fonctions exercées en dehors de l'établissement de crédit, visé au paragraphe 1er".

Observations particulières

Dispositif

Article 2

Article 27 en projet

Paragraphe 1er

La possibilité d'exercer un mandat n'a pas de caractère exclusif. Pour éviter toute interprétation restrictive, il convient soit d'écrire "... exercer des

.../...

mandats d'administrateur ..." (le pluriel englobant le singulier) soit de préciser le sens de la disposition dans l'exposé des motifs.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 prévoit que l'établissement de crédit doit adopter des règles internes, en vue de :

"2° prévenir la survenance de conflits d'intérêts ainsi que les risques qui s'attachent à l'exercice de mandats."

Toutefois, les règles de prévention peuvent être transgressées, spécialement au niveau des risques encourus par l'exercice d'une fonction d'administrateur. Les règles internes des établissements de crédit doivent donc aussi permettre de mettre un terme à ces transgressions.

Mieux vaut écrire :

"2° prévenir la survenance et au besoin remédier aux conflits d'intérêts et aux risques qui s'attachent à l'exercice de mandats."

Paragraphe 3

1. Il serait plus logique que la première phrase de l'alinéa 1er fasse l'objet d'un nouvel alinéa 3.

.../...

2. Dans la première phrase de l'alinéa 1er (devenant l'alinéa 3), l'expression "représentation des intérêts" est ambiguë : elle peut, en effet, être interprétée comme visant non seulement le cas où l'établissement détient une participation dans le capital de la société commerciale, mais aussi celui où il n'en détient aucune, mais a néanmoins un intérêt à y occuper un siège d'administrateur. Si l'intention des auteurs du projet est limitée à la première hypothèse, il convient de lever cette ambiguïté en remplaçant ces termes par les termes "en représentation de l'établissement de crédit".

3. Le terme "initiative" ne traduit pas clairement l'intervention que l'on veut viser.

Selon les renseignements fournis par l'auteur du projet, il s'agit de permettre aux personnes qui participent à la direction effective de l'établissement de crédit de désigner un mandataire qui n'aura pas cette qualité.

La règle énoncée de manière impérative ("doivent" être exercés par) perd dès lors beaucoup de sa portée.

Le texte suivant est néanmoins proposé pour la première phrase de l'alinéa 1er (devenant l'alinéa 3) :

"Les mandats attribués en représentation d'une participation dans le capital ou en fonction des intérêts de l'établissement de crédit doivent être exercés par des personnes qui participent à la direction effective de

.../...

l'établissement de crédit ou par des personnes désignées par celles-ci."

4. L'alinéa 2, appelle in fine une correction grammaticale. Mieux vaut écrire :

"Les personnes qui participent ... ou encore d'une société patrimoniale dans laquelle de telles personnes ou leur famille détiennent dans le cadre ...".

Paragraphe 4

Mieux vaut écrire : "aux fins du contrôle de l'application (ou du respect) des dispositions prévues ...".

Article 5

L'article 70 en projet appelle les mêmes observations et propositions de texte (mutatis mutandis) que l'article 27 en projet figurant sous l'article 2.

Algemene opmerkingen

I. De regelgevende bevoegdheid op federaal niveau van de Staat kan krachtens de Grondwet alleen door de Koning worden uitgeoefend, met medeondertekening door een minister.

Wanneer een regelgevende bevoegdheid wordt toegekend aan een bestuurscommissie, wordt daarmee afgeweken van dat grondwettelijk voorschrift.

Om het reglement in kwestie politieke legitimiteit te verschaffen, bepaalt het ontwerp dat het door een minister moet worden goedgekeurd.

Dat lapmiddel roept echter enkele bezwaren op :

1) Reeds met het toekennen van een regelgevende bevoegdheid aan de ministers om loutere detailkwesties te regelen, zoals de vorm van sommige formulieren, de openingsuren van douanekantoren, is men verder gegaan dan wat de Grondwet eigenlijk toestaat. Soms zijn ook die grenzen overschreden, maar niet zonder dat daarop kritiek is geleverd.

Het reglement van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen zou bepalingen kunnen bevatten die verder gaan dan de genoemde grenzen. In dat geval vormt de goedkeuring door de minister geen waarborg voor de wettigheid van het reglement van de commissie.

.../...

2) Het is bovendien niet geraten aan hetzelfde orgaan zowel de bevoegdheid toe te kennen om normatieve en dwingende regels uit te vaardigen, op welker overtreding sancties zijn gesteld, als de bevoegdheid om ze concreet toe te passen.

3) De regeling waarbij gewerkt wordt met een reglement van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen heeft tot gevolg dat normatieve bepalingen, die bekendgemaakt worden in het Belgisch Staatsblad, niet voor advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State hoeven te worden voorgelegd.

Deze opmerking is des te belangrijker daar het onderzochte ontwerp ertoe strekt een regeling van onverenigbaarheden te vervangen door een regeling waarbij de Commissie van het Bank- en Financiewezen een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid krijgt.

II. In het hele ontwerp dient het woord "mandaten" en dienen de woorden "mandaten die buiten de kredietinstelling worden uitgeoefend" mutatis mutandis vervangen te worden door de woorden "functies buiten de kredietinstelling, bedoeld in paragraaf 1".

.../...

Bijzondere opmerkingenDispositiefArtikel 2Ontworpen artikel 27Paragraaf 1

De mogelijkheid om een mandaat uit te oefenen is niet exclusief bedoeld. Om restrictieve interpretaties te voorkomen behoort "... mandaten waarnemen als bestuurder ..." (waarbij het meervoud het enkelvoud omvat) te worden geschreven, of behoort de strekking van de bepaling nader te worden weergegeven in de memorie van toelichting.

Paragraaf 2

Paragraaf 2 bepaalt dat de kredietinstelling interne regels moet uitvaardigen om :

"2° te voorkomen dat belangenconflicten zouden optreden alsook risico's die gepaard gaan met de uitoefening van mandaten.".

Het is echter mogelijk dat die preventieve maatregelen niet in acht genomen worden, inzonderheid ten aanzien van de risico's die verbonden zijn aan de

.../...

uitoefening van een functie van bestuurder. De interne regels van de kredietinstellingen moeten het bijgevolg ook mogelijk maken een einde te maken aan die overtredingen.

Het zou beter zijn te schrijven :

"2° belangenconflicten en risico's die gepaard gaan met de uitoefening van mandaten te voorkomen en zo nodig te verhelpen".

Paragraaf 3

1. Het zou logischer zijn dat de eerste zin van het eerste lid opgenomen wordt in een nieuw derde lid.

2. In de eerste zin van het eerste lid (dat het derde lid wordt), is de formulering "waarbij de belangen (...) worden vertegenwoordigd" dubbelzinnig : ze kan immers zo worden uitgelegd dat ze niet alleen slaat op het geval dat de instelling deelneemt in het kapitaal van de handelsvennootschap, maar ook op het geval dat de instelling niet in het kapitaal deelneemt, maar er toch belang bij heeft om in die vennootschap een post van bestuurder te bekleden. Indien de stellers van het ontwerp alleen het eerste geval willen bedoelen, dient die dubbelzinnigheid te worden weggewerkt door de genoemde formulering te vervangen door de formulering "waarbij de kredietinstelling wordt vertegenwoordigd".

.../...

3. Uit de term "initiatief" blijkt niet duidelijk welk soort van bemoeiing wordt bedoeld.

Volgens de uitleg verstrekt door de steller van het ontwerp is het de bedoeling dat personen die deelnemen aan de effectieve leiding van de kredietinstelling een gemachtigde kunnen aanwijzen die die hoedanigheid niet heeft.

Zulks holt enigszins de als een dwingend voorschrift geformuleerde bepaling ("moeten worden waargenomen door) uit.

Voor de eerste zin van het eerste lid (dat het derde lid wordt) wordt evenwel de volgende redactie voorgesteld.

"De mandaten die worden toegewezen ter vertegenwoordiging van een deelname in het kapitaal of op grond van de belangen van de kredietinstelling, moeten uitgeoefend worden door personen die deelnemen aan de effectieve leiding van de kredietinstelling of door personen die door hen zijn aangewezen.".

4. In de Franse tekst behoort aan het einde van het tweede lid een grammaticale correctie te worden aangebracht. Men schrijve :

.../...

"Les personnes qui participent ... ou encore d'une société patrimoniale dans laquelle de telles personnes ou leur famille détiennent dans le cadre ...".

Paragraaf 4

Het zou beter zijn te schrijven : "met het oog op het toezicht op de toepassing (of de naleving) van de bepalingen van dit artikel".

Artikel 5

Bij het ontworpen artikel 70 dienen (mutatis mutandis) dezelfde opmerkingen en tekstvoorstellen te worden gemaakt als bij het ontworpen artikel 27, dat het onderwerp vormt van artikel 2.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. QUERTAINMONT,
P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,

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

B. GLANSDORFF,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

M. G. PIQUET, premier auditeur honoraire au Conseil d'Etat, a été appelé en consultation, en application de l'article 82 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973.

De H. G. PIQUET, ere-eerste auditeur bij de Raad van State, is bij toepassing van artikel 82 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973 ter raadpleging opgeroepen.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. P. BROUWERS, référendaire.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur afdelingshoofd. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. P. BROUWERS, referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIENARDY, conseiller d'Etat.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS