

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 33.891/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 23 juillet 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit", a donné le 18 septembre 2002 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 33.891/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 23 juli 2002 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 wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen", heeft op 18 september 2002 het volgende advies gegeven :

Observations générales

1. L'avant-projet de loi a essentiellement pour objet de transposer, en droit interne, d'une part, la directive 2000/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 modifiant la directive 2000/12/CE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et, d'autre part, la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (ci-après, la directive 2000/46/CE).

Il y a cependant lieu de noter que la transposition de ces directives ne sera complètement effectuée qu'à partir du moment où l'arrêté de la Commission bancaire et financière du 5 décembre 1995 concernant le règlement relatif aux fonds propres des établissements de crédit aura été adapté, pour tenir compte des règles énoncées à l'article 4, §§ 2 et 3 et à l'article 5, §§ 1^{er}, 2, 4 et 5, de la directive 2000/46/CE.

2. La loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds a été adoptée, sans tenir compte des exigences énoncées à l'article 3 de la directive 2000/46/CE en matière de remboursabilité. Dans un souci de clarté et de cohérence, l'adaptation du droit interne à ces exigences sera mieux assurée, sur le plan de la technique législative, par la modification de la loi, précitée, du 17 juillet 2002. C'est pourquoi, il est proposé d'insérer les règles énoncées aux articles 5ter et 5quater en projet (article 7 de l'avant-projet de loi) dans la loi, précitée, du 17 juillet 2002 plutôt que dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit. Dans cette optique, l'avant-projet de loi devra être présenté conjointement par le Ministre des Finances et par le Ministre de l'Economie.

Observations particulières

Dispositif

Article 3

Au 2°, il est préférable de remplacer les mots "les établissements de crédit exclusivement visés au point 2° de l'alinéa précédent" par les mots "les établissements de crédit ayant pour seule activité celle visée à l'alinéa 2, 2°".

Article 4

A l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, il est fait référence à la notion de "lien de contrôle". Cette notion pourrait être interprétée comme visant d'autres entités que celles visées à l'article 8, § 1^{er}, b), de la directive 2000/46/CE, telles que les sous-filiales de l'établissement de monnaie électronique. Dès lors, pour respecter la directive, il convient que l'article en projet mentionne directement les entités visées à l'article 8, précité, à savoir les filiales de l'établissement de monnaie électronique, la maison mère de celui-ci et les autres filiales de ladite maison mère.

A l'article 2, § 2, alinéa 1^{er}, 3°, en projet, afin de transposer plus fidèlement l'article 8, § 1^{er}, c), i), de la directive 2000/46/CE, les mots "dans une zone locale restreinte" doivent être remplacés par les mots "dans les mêmes locaux ou dans une autre zone locale restreinte".

Article 5

.../...

Dans la version française de l'article 3, § 1^{er}, 7°, en projet, il convient de remplacer le mot "personnes" par le mot "entreprises", conformément à l'article 1^{er}, § 3, b), iii), de la directive 2000/46/CE.

Dans la version néerlandaise, le terme "betaalmiddel" ne correspond pas au terme "betaalinstrument" utilisé à l'article 3 de l'avant-projet de loi (article 1^{er}, alinéa 2, 2°, en projet) et à la volonté de l'auteur de l'avant-projet de mettre l'accent sur la notion d'instrument de paiement qu'il distingue de la notion de "moyen de paiement".

Article 7

Dans la version française de l'article 5quater en projet, le mot "client" doit être omis.

Article 11

1. Dans l'article 64bis en projet :

- au 3°, outre la structure de gestion et le contrôle interne, il convient de mentionner les procédures administratives et comptables, conformément à ce qui est prévu à l'article 7 de la directive 2000/46/CE;
- au 4°, il y a lieu de viser les articles 34 à 39, compte tenu du fait que l'article 40 a été abrogé par la loi du 4 avril 1995 portant des dispositions finales et financières.

2. Selon l'article 64quater en projet,

"Les établissements de monnaie électronique ne peuvent détenir aucune participation dans une entreprise, sauf si celle-ci exerce des fonctions opération-

.../...

nelles ou d'autres fonctions accessoires liées à la monnaie électronique émise par l'établissement concerné."

Il convient de signaler que, dans ce domaine des participations, la directive transposée entend couvrir la monnaie électronique "émise ou distribuée" par l'établissement concerné (articles 1^{er}, § 5, alinéa 2, et 8, § 1^{er}, b). L'avant-projet restreint ainsi la capacité des établissements de monnaie électronique de détenir des participations au-delà de ce que la directive prévoit. Il convient de motiver cette formulation et de montrer qu'elle n'entrave pas la réalisation des objectifs visés par la directive.

3. Dans l'article 64quinquies en projet :

- dans la version française du paragraphe 1^{er}, il convient d'écrire "engagements financiers", conformément à ce qui est prévu à l'article 5, § 1^{er}, de la directive 2000/46/CE;
- le paragraphe 2 en projet ne transpose pas complètement les règles énoncées à l'article 5, § 3, de la directive 2000/46/CE. Selon cette disposition, "l'utilisation d'instruments dérivés conformément à la première phrase n'est admissible qu'à la condition que l'objectif poursuivi et, dans la mesure du possible, le résultat obtenu soient l'élimination totale des risques du marché". Il convient d'attirer l'attention du législateur sur le caractère essentiel de ce principe dans le cadre défini par la directive; pour cette raison, il est impératif d'ajouter cette règle dans le texte en projet.

Article 13

L'article 84bis en projet ne mentionne que les articles 64ter à 64quinquies. Etant donné que l'ensemble des dispositions du titre IV de la loi du 22 mars 1993, précitée, s'appliquent également aux établissements de monnaie électronique, il convient, de l'accord du fonctionnaire délégué, d'ajouter la mention de l'article 64bis, 1° à 3°.

Article 15

Si l'auteur de l'avant-projet souhaite renuméroter l'article 110bis devenant l'article 110bis², il lui incombe de modifier également l'article 110bis¹ en y remplaçant le mot "110bis" par le mot "110bis²".

Article 16

L'article 9 de la directive 2000/46/CE prévoit que si le respect des exigences énoncées par la même directive n'est pas assuré dans les six mois à compter du 27 avril 2002, les établissements de monnaie électronique concernés ne bénéficient plus de la reconnaissance mutuelle après cette date, soit après le 27 octobre 2002.

L'article 152quater en projet ne respecte pas cette échéance, étant donné qu'il se réfère à un délai de six mois à dater de son entrée en vigueur qui ne pourra avoir lieu qu'au moment de la publication de la présente loi en projet.

Article 17

1. L'article 64, 1°, alinéa 2, en projet, autorise les caisses d'épargne communales à fournir des services d'investissement consistant dans le placement d'émissions d'instruments financiers au sens de l'article 46, 1°, 4, de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements ¹.

Selon le fonctionnaire délégué, la référence à l'article 46, 1°, 4, de la loi du 6 avril 1995, précitée, vise à permettre le placement d'instruments financiers, à l'exclusion

(1) "Art. 46. : Pour l'application du présent livre et des arrêtés pris pour son exécution, il y a lieu d'entendre :
1° par service d'investissement: tout service cité ci-dessous, fourni à des tiers:
(...)
4. la prise ferme en ce qui concerne les émissions de tout ou partie des instruments financiers et/ou le placement de ces émissions;"

de toute prise ferme. Dans cette optique, le texte serait plus clair si l'on remplaçait les mots "la fourniture de services d'investissement consistant dans le placement d'émissions d'instruments financiers au sens de l'article 46, 1°, 4, de la loi, précitée, du 6 avril 1995" par les mots "la fourniture de services d'investissement consistant dans le placement d'émissions d'instruments financiers, à l'exclusion de toute prise ferme".

2. De l'accord du fonctionnaire délégué, la référence faite dans le même article 64, 1°, alinéa 2, en projet, à l'article 36 de la loi du 6 avril 1995, précitée, doit être adaptée, pour tenir compte notamment de l'abrogation de cette disposition par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (dont la date d'entrée en vigueur sera fixée par le Roi).

Article 18

Interrogé sur la portée de la modification envisagée, le fonctionnaire délégué a répondu que l'extension du régime d'opposabilité des conventions de compensation en faveur des autorités publiques visées à l'article 157, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, ne vaut que pour autant que les dispositions particulières qui leur sont applicables les autorisent à conclure de telles conventions ².

Cette extension du régime existant ne paraît pas critiquable en raison de la connexité des créances des entités concernées (cf. à cet égard, le commentaire de l'article 157, extrait des documents parlementaires, annexe IV) .

(2) La réponse précise est la suivante : "De door het gewijzigde art. 157 Bankwet beoogde doelstelling, met name het wegnemen van de rechtsonzekerheid die onder het gemeen recht bestaat over de efficiëntie van de beoogde schuldvergelijkingsovereenkomsten, geldt enkel voor zover de overheid of publiekrechtelijke instantie op grond van het op haar toepasselijke wettelijke en / of reglementaire regime, gerechtigd is om de beoogde schuldvergelijkingsovereenkomsten - evenals de verrichtingen die het voorwerp zijn van deze schuldvergelijkingsovereenkomsten - af te sluiten."

Sur le plan légistique, il y a lieu d'observer que la référence faite à l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire tient pour acquis que la modification apportée à cette disposition par l'article 19 de la loi du 15 juillet 1998 modifiant diverses dispositions légales en matière d'instruments financiers et de systèmes de compensation de titres, est entrée en vigueur. Or, le Roi n'a pas encore fixé l'entrée en vigueur de cette modification.

Algemene opmerkingen

1. Het voorontwerp strekt in wezen tot de omzetting in het intern recht van, enerzijds, richtlijn 2000/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2000 tot wijziging van richtlijn 2000/12/EG betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen en van, anderzijds, richtlijn 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfeconomisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld (hierna te noemen richtlijn 2000/46/EG).

Er behoort evenwel te worden opgemerkt dat die richtlijnen pas volledig zullen zijn omgezet zodra het besluit van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen van 5 december 1995 over het reglement op het eigen vermogen van de kredietinstellingen zal zijn aangepast om rekening te houden met de regels vervat in artikel 4, leden 2 en 3, en in artikel 5, leden 1, 2, 4 en 5, van richtlijn 2000/46/EG.

2. De wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen is aangenomen zonder rekening te houden met de vereisten van artikel 3 van richtlijn 2000/46/EG inzake terugbetaalbaarheid. Met het oog op de duidelijkheid en de coherentie zou de aanpassing van het interne recht aan die vereisten uit wetgevingstechnisch oogpunt beter gegarandeerd zijn als de voormelde wet van 17 juli 2002 zou worden gewijzigd. Om die reden wordt voorgesteld om de regels vervat in de ontworpen artikelen 5ter en 5quater (artikel 7 van het voorontwerp van wet) in te voegen in de voormelde wet van 17 juli 2002 in plaats van in de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen. In dat geval behoort het voorontwerp van wet zowel door de Minister van Financiën als door de Minister van Economie te worden ingediend.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3

In onderdeel 2° is het beter de woorden "de kredietinstellingen bedoeld in punt 2° van het vorige lid - en uitsluitend deze instellingen -" te vervangen door de woorden "de kredietinstellingen met als enige werkzaamheid die vermeld in het tweede lid, 2°".

Artikel 4

In het ontworpen artikel 2, § 2, eerste lid, 2°, wordt gewerkt met het begrip "controleverhouding". Dat begrip zou aldus kunnen worden geïnterpreteerd dat het ook slaat op andere entiteiten dan die waarvan sprake is in artikel 8, lid 1, b), van richtlijn 2000/46/EG, zoals de kleindochters van de instelling voor elektronisch geld. In navolging van de richtlijn, behoort in het ontworpen artikel bijgevolg rechtstreeks melding te worden gemaakt van de entiteiten waarvan in het voormelde artikel 8 sprake is, namelijk de dochterondernemingen van de instelling voor elektronisch geld, de moederonderneming van die instelling, en de andere dochterondernemingen van die moederonderneming.

Om artikel 8, lid 1, c), i), van richtlijn 2000/46/EG getrouwer om te zetten zouden in het ontworpen artikel 2, § 2, eerste lid, 3°, de woorden "een begrensde locatie" moeten worden vervangen door de woorden "hetzelfde pand of een andere begrensde locatie".

Artikel 5

.../...

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3, § 1, 7°, dient het woord "personnes" te worden vervangen door het woord "entreprises", overeenkomstig artikel 1, lid 3, b), iii), van richtlijn 2000/46/EG.

In de Nederlandse tekst van datzelfde artikel komt het woord "betaalmiddel" niet overeen met het woord "betaalinstrument", waarmee wordt gewerkt in artikel 3 van het voorontwerp van wet (ontworpen artikel 1, tweede lid, 2°), noch met de bedoeling van de steller van het voorontwerp om het concept betaalinstrument te gebruiken, dat volgens hem verschilt van het begrip "betaalmiddel".

Artikel 7

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 5quater dient het woord "client" te vervallen.

Artikel 11

1. In het ontworpen artikel 64bis :

- onderdeel 3°, dient, overeenkomstig hetgeen bepaald is in artikel 7 van richtlijn 2000/46/EG, naast de beleidsstructuur en de interne controle ook de administratieve en boekhoudkundige organisatie te worden vermeld;
- onderdeel 4°, behoort te worden verwezen naar de artikelen 34 tot 39, gelet op het feit dat artikel 40 is opgeheven bij de wet van 4 april 1995 houdende fiscale en financiële bepalingen.

2. Het ontworpen artikel 64quater luidt als volgt :

.../...

"De instellingen voor elektronisch geld mogen geen deelnemingen in andere ondernemingen bezitten, tenzij deze ondernemingen operationele of andere ondersteunende taken verrichten die in verband staan met het door de betrokken instelling uitgegeven geld". Er behoort te worden opgemerkt dat de omgezette richtlijn, wat deelnemingen betreft, betrekking heeft op het elektronisch geld dat door de betrokken instelling "uitgegeven of verspreid" is (artikel 1, lid 5, tweede alinea en artikel 8, lid 1, b). In het voorontwerp wordt aldus aan de mogelijkheid van de instellingen voor elektronisch geld om deelnemingen te bezitten een grotere beperking opgelegd dan in de richtlijn. Deze formulering dient gemotiveerd te worden en er moet worden aangetoond dat ze geen hinderpaal vormt voor het bereiken van de doelstellingen die in de richtlijn worden bepaald.

3. In het ontworpen artikel 64quinquies :

- behoort in de Franse versie van paragraaf 1 "engagements financiers" te worden geschreven, overeenkomstig hetgeen bepaald wordt in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2000/46/EG;
- worden in de ontworpen paragraaf 2 de regels die geformuleerd worden in artikel 5, lid 3, van richtlijn 2000/46/EG niet volledig omgezet. Volgens die bepaling "(mag) van de in de eerste zin bedoelde afgeleide instrumenten (...) uitsluitend gebruik worden gemaakt indien de volledige uitschakeling van marktrisico's wordt nagestreefd en zoveel mogelijk wordt bewerkstelligd". De aandacht van de wetgever behoort te worden gevestigd op het essentiële karakter van dat beginsel binnen het door de richtlijn bepaalde kader; om die reden moet die regel worden toegevoegd aan de ontworpen tekst.

Artikel 13

Het ontworpen artikel 84bis vermeldt alleen de artikelen 64ter tot 64quinquies. Aangezien alle bepalingen van titel IV van de voornoemde wet van 22 maart 1993 eveneens van toepassing zijn op de instellingen voor elektronisch geld, behoort ook artikel 64bis, 1° tot 3°, te worden vermeld. De gemachtigde ambtenaar is het daarmee eens.

Artikel 15

Indien de steller van het voorontwerp artikel 110bis wenst te vernummeren dat artikel 110bis² wordt, moet hij eveneens artikel 110bis¹ wijzigen door daarin het woord "110bis" te vervangen door het woord "110bis²".

Artikel 16

Artikel 9 van richtlijn 2000/46/EG stelt dat indien de naleving van de voorschriften vastgesteld in diezelfde richtlijn niet gegarandeerd wordt binnen zes maanden te rekenen vanaf 27 april 2002, de instellingen voor elektronisch geld niet langer in aanmerking komen voor wederzijdse erkenning na die termijn, namelijk na 27 oktober 2002.

Het ontworpen artikel 152quater houdt geen rekening met die termijn, aangezien het verwijst naar een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de inwerkingtreding ervan die pas kan plaatshebben vanaf de bekendmaking van deze ontworpen wet.

Artikel 17

1. Het ontworpen artikel 64, 1°, tweede lid machtigt de gemeentespaarkassen om beleggingsdiensten te verlenen bestaande in het plaatsen van uitgften van financiële instrumenten in de zin van artikel 46, 1°, 4, van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs ¹.

(1) "Art. 46 : Voor de toepassing van dit boek en zijn uitvoeringsbesluiten wordt verstaan onder :
1° beleggingsdienst: iedere hierna genoemde dienst die verricht wordt voor derden : (...)
4. de overname van uitgften van alle of bepaalde financiële instrumenten en/of het plaatsen van die uitgften;"

Volgens de gemachtigde ambtenaar beoogt de verwijzing naar artikel 46, 1°, 4, van de voornoemde wet van 6 april 1995 het plaatsen van financiële instrumenten mogelijk te maken, met uitzondering van elke overname. In dat opzicht zou de tekst duidelijker zijn als men de woorden "het verlenen van beleggingsdiensten bestaande in het plaatsen van uitgiften van financiële instrumenten in de zin van artikel 46, 1°, 4 van de voormelde wet van 6 april 1995" zou vervangen door de woorden "het verlenen van beleggingsdiensten bestaande in het plaatsen van uitgiften van financiële instrumenten, met uitzondering van elke overname".

2. De verwijzing in hetzelfde ontworpen artikel 64, 1°, tweede lid, naar artikel 36 van de voornoemde wet van 6 april 1995 moet worden aangepast teneinde inzonderheid rekening te houden met de opheffing van die bepaling bij de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (waarvan de datum van de inwerkingtreding door de Koning zal worden bepaald). De gemachtigde ambtenaar stemt hiermee in.

Artikel 18

Op de vraag wat de strekking is van de beoogde wijziging heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende geantwoord : "De door het gewijzigde art. 157 Bankwet beoogde doelstelling, met name het wegnemen van de rechtsonzekerheid die onder het gemeen recht bestaat over de efficiëntie van de beoogde schuldvergelijkingsovereenkomsten, geldt enkel voor zover de overheid of publiekrechtelijke instantie op grond van het op haar toepasselijke wettelijke en/of reglementaire regime, gerechtigd is om de beoogde schuldvergelijkingsovereenkomsten - evenals de verrichtingen die het voorwerp zijn van deze schuldvergelijkingsovereenkomsten - af te sluiten."

Deze uitbreiding van het bestaande stelsel lijkt niet voor kritiek vatbaar te zijn omwille van de connexiteit van de schuldvorderingen van de betrokken entiteiten (zie in dat verband de commentaar bij artikel 157, uittreksel uit de parlementaire stukken, bijlage IV).

Op wetgevingstechnisch vlak behoort te worden opgemerkt dat met de verwijzing naar artikel 1 van de wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetair beleidsinstrumentarium er van uitgegaan wordt dat de wijziging die is aangebracht in die bepaling bij artikel 19 van de wet van 15 juli 1998 tot wijziging van sommige wettelijke bepalingen inzake financiële instrumenten en effectenclearingstelsels, in werking getreden is. De Koning heeft de inwerkingtreding van die wijziging evenwel nog niet vastgesteld.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Madame
Mevrouw

P. VANDERNOOT,
M. BAGUET,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Messieurs
de Heren

F. DELPÉRÉE,
F. DEHOUSSE,

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

Madame
Mevrouw

A.-C. VAN GEERSDAELE,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

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. J. JAUMOTTE, conseiller d'Etat.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE, staatsraad.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS