

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIË

AVIS 33.914/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

ADVIES 33.914/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 24 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 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux", a donné le 14 octobre 2002 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 24 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 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld", heeft op 14 oktober 2002 het volgende advies gegeven :

Observations préalables

1. L'avis de la Banque centrale européenne, donné conformément aux dispositions de droit européen citées dans l'avis, en son paragraphe 2, a été émis le 30 septembre 2002.

Il n'élève pas d'objection à l'encontre des mesures projetées au regard des normes dont la Banque assure le contrôle.

Le texte de l'avis mériterait d'être annexé au document parlementaire de dépôt du projet de loi sur le bureau de la Chambre des représentants, en raison de son caractère informatif.

2. L'auteur de l'avant-projet a fait parvenir au Conseil d'Etat une table de concordance des dispositions transposant la directive 91/108/CEE, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE.

Cette table de concordance mériterait également d'être annexée au document parlementaire, afin d'éclairer le Parlement sur les limites qui lui sont assignées par la directive.

Observations particulières

Dispositif

Articles 10 et 13

Ces dispositions entendent transposer l'article 3, § 11, de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système

.../...

financier aux fins du blanchiment de capitaux, tel que remplacé par l'article 1^{er} de la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001, qui dispose que:

"Les Etats membres veillent en tout état de cause à ce que les établissements et les personnes relevant de la présente directive prennent des dispositions spécifiques et adéquates nécessaires pour faire face au risque accru de blanchiment de capitaux qui existe lorsqu'elle noue des relations d'affaires ou effectuent une transaction avec un client qui n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification («opérations à distance»). Ces dispositions garantissent que l'identité du client est établie, par exemple en demandant des pièces justificatives supplémentaires, des mesures additionnelles de vérification ou certification des documents fournis ou des attestations de confirmation de la part d'un établissement relevant de la présente directive ou en exigeant que le premier paiement des opérations soit effectué par un compte ouvert au nom du client auprès d'un établissement de crédit relevant de la présente directive. Les procédures de contrôle interne prévues à l'article 11, paragraphe 1, prennent spécifiquement en compte ces mesures."

Les dispositions examinées se limitent à prévoir que les organismes et personnes visées dans la loi "prennent les dispositions spécifiques et adéquates nécessaires pour faire face au risque accru de blanchiment de capitaux qui existe lorsqu'ils nouent des relations d'affaires ou effectuent une transaction avec un client qui n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification".

L'article 249 (ex-article 189), troisième alinéa, du Traité instituant les Communautés européennes dispose que:

"La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."

La transposition de la directive précitée ne peut se limiter à en reproduire le texte sans que ne soient précisées les dispositions spécifiques et adéquates qui devront être prises par les organismes et personnes visées. Le manque de précision de la disposition ne leur permet pas de déterminer avec certitude les obligations qui leur incombent.

.../...

LC

- 4 -

33.914/2

.../...

Le commentaire de l'article 10 de l'avant-projet précise à cet égard :

"(...) Il n'a pas paru indiqué de définir, de manière plus précise, dans la loi, les modalités d'identification spécifiques à respecter pour l'identification à distance compte tenu du caractère technique de cette matière, du caractère évolutif des techniques de commercialisation à distance et de la nécessité de s'adapter aux travaux en cours, sur ce point, dans des instances internationales et notamment au sein du GAFI. Ces modalités seront, en ce qui concerne les établissements de crédit et institutions financières, définies par les autorités de contrôle par voie de règlement soumis à l'approbation du Roi (voy. article 25 du projet de loi).".

Si une habilitation est donnée pour fixer, par voie réglementaire, les dispositions spécifiques et adéquates visées par la disposition, il conviendrait de le préciser expressément dans la disposition. Pour le surplus, il est renvoyé aux observations relatives à l'article 25 de l'avant-projet.

Articles 14 et 28

1. L'article 14 vise à interdire le paiement à un commerçant du prix d'une vente en espèces lorsque la valeur atteint ou excède 15.000 euros. L'article 28 prévoit que le Ministre qui a les Affaires économiques dans ses attributions pourra infliger au commerçant contrevenant une amende administrative dont le montant ne peut excéder 10 % des sommes indûment réglées en espèces, ni être supérieur à 1.250.000 euros.

Il est fait référence aux observations formulées sous l'article 26.

2. Les articles 14 et 28 de l'avant-projet, qui ont pour vocation de s'appliquer à tous les commerçants, ont un champ d'application beaucoup plus large que celui de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux, dans laquelle ils sont pourtant insérés. En effet, les articles 2, 2bis et 2ter de la loi ne visent pas tous les commerçants, mais seulement certaines catégories limitées.

Par ailleurs, l'article 10ter en projet ne trouve pas sa place dans le chapitre II relatif à l'identification des clients et l'organisation interne au niveau des organismes et des personnes visés aux articles 2 et 2bis. La disposition en projet doit donc faire l'objet d'un chapitre distinct.

Article 18

L'article 6, 3., de la directive dispose :

"Dans le cas des notaires et des membres des professions juridiques indépendantes mentionnées à l'article 2bis, point 5, les États membres peuvent désigner un organe d'autorégulation approprié de la profession concernée comme l'autorité à informer des faits visés au paragraphe 1, point a) et, dans ce cas, prévoient les formes appropriées de coopération entre cet organe et les autorités responsables de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

Les États membres ne sont pas tenus d'imposer les obligations prévues au paragraphe 1 aux notaires, aux membres des professions juridiques indépendantes, aux commissaires aux comptes, aux experts-comptables externes et aux conseillers fiscaux pour ce qui concerne les informations reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure."

Dès lors que le législateur applique aux avocats les facultés que lui ouvre l'article 6, 3., précité, de la directive, il ne paraît pas justifié de ne pas les étendre aux notaires.

D'une part, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi le Président de la Chambre nationale des notaires ne pourrait pas jouer le même rôle à l'égard des notaires que celui que le projet confie au bâtonnier pour les avocats.

D'autre part, dès lors que le projet fait usage de la faculté que lui ouvre l'article 6, 3., alinéa 2, de dispenser, dans certains cas, les avocats d'informer la cellule de traitement des informations financières, il ne paraît pas justifié de ne pas étendre cette faculté aux notaires lorsqu'ils se trouvent dans des situations similaires de secret

.../...

professionnel, notamment dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation du client.

Article 26

Cette disposition étend aux avocats le régime de sanctions administratives prévu par l'article 22 de la loi du 11 janvier 1993.

A ce sujet il est fait référence aux observations formulées par le Conseil d'Etat dans ses avis 21.598/2, donné le 1^{er} juillet 1992, sur le projet devenu la loi du 11 janvier 1993, précitée, et 25.944/2, donné le 15 mai 1997, sur un projet de loi modifiant la loi du 11 janvier 1993, précitée.

S'agissant d'infliger des sanctions ayant un caractère pénal au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les dispositions du projet soumettront les avocats au jugement exclusif des instances disciplinaires, si l'on excepte le pourvoi en cassation qui ne confère pas à la Cour de cassation le pouvoir de pleine juridiction. Pareille situation ne paraît pas compatible avec les garanties constitutionnelles qui doivent être accordées également à tous les citoyens faisant l'objet de poursuites ⁽¹⁾.

Observations finales de légistique

1. A l'article 3, le recours à des tirets est à éviter, l'identification des dispositions qu'ils comportent étant malaisée, tout spécialement en cas de modifications.

2. A l'article 4, 4°, il convient de préciser qu'il s'agit 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 placement.

⁽¹⁾ Sur le contrôle judiciaire des amendes administratives, voyez notamment les arrêts de la Cour d'arbitrage n° 22/99 du 24 février 1999, n° 32/99 du 17 mars 1999 et n° 128/99 du 7 décembre 1999, n° 153/2001 du 28 novembre 2001 et n° 56/2002 du 28 mars 2002.

3. Pour chaque article modifié, il convient d'indiquer les modifications encore en vigueur apportées par d'autres textes. En outre, lorsque l'on modifie un article qui n'existait pas dans le texte initial, il y a lieu de rappeler quelle disposition l'a inséré, même si le texte a été remplacé depuis. Aucune des phrases liminaires des articles de l'avant-projet ne fait mention des textes modifiant ou de la disposition qui a inséré l'article dans le texte initial. Il convient de compléter les phrases liminaires des articles par ces précisions ⁽²⁾.

⁽²⁾ Voyez, à ce sujet, la circulaire de légistique formelle - Recommandations et formules (<http://www.Raadvst-Consetat.be>).

Voorafgaande opmerkingen

1. De Europese Centrale Bank heeft haar advies, gegeven overeenkomstig de bepalingen van Europees recht aangehaald in punt 2 van dat advies, uitgebracht op 30 september 2002.

In het advies wordt, in het licht van de regels waarop de Bank toeziet, geen bezwaar geopperd tegen de voorgestelde maatregelen.

Het verdient aanbeveling de tekst van het advies, gelet op de informatieve aard ervan, te voegen bij het parlementair bescheid van indiening van het wetsontwerp bij het bureau van de Kamer van volksvertegenwoordigers.

2. De steller van het voorontwerp heeft de Raad van State een concordantietabel bezorgd betreffende de bepalingen die voorzien in de omzetting van richtlijn 91/108/EEG, gewijzigd bij richtlijn 2001/97/EG.

Het verdient aanbeveling die concordantietabel eveneens te voegen bij het parlementair bescheid, teneinde het parlement in te lichten over de perken waarbinnen het zich krachtens de richtlijn moet houden.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 10 en 13

Die bepalingen strekken ertoe artikel 3, lid 11, van richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, gewijzigd bij artikel 1 van richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001, om te zetten; dat artikel 3 bepaalt het volgende :

"De lidstaten zien er in elk geval op toe dat de onder deze richtlijn vallende instellingen en personen specifieke en adequate identificatiemaatregelen nemen ter

.../...

compensatie van het grotere witwasrisico dat ontstaat wanneer zakelijke betrekkingen of transacties worden aangegaan met een cliënt die niet fysiek aanwezig is ('transacties op afstand'). Die maatregelen strekken ertoe de identiteit van de cliënt vast te stellen, bijvoorbeeld door aanvullende bewijsstukken te verlangen, of aanvullende maatregelen om de overgelegde documenten te verifiëren of voor conform te waarmerken, dan wel een tot bevestiging strekkende verklaring van een onder deze richtlijn vallende instelling, ofwel door te eisen dat de eerste betaling van de transacties geschiedt op een rekening die op naam van de cliënt bij een onder deze richtlijn vallende kredietinstelling is geopend. Bij de in artikel 11, punt 1, bedoelde controleprocedures wordt specifiek met deze maatregelen rekening gehouden."

De onderzochte bepalingen beperken zich ertoe voor te schrijven dat de ondernemingen en personen genoemd in de wet "specifieke en passende identificatiemaatregelen (nemen) om tegemoet te komen aan het grotere witwasrisico dat ontstaat wanneer zakelijke betrekkingen of verrichtingen worden aangegaan met een cliënt die niet fysiek aanwezig is".

Artikel 249 (ex artikel 189), derde alinea, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap bepaalt :

"Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen."

De omzetting van de voornoemde richtlijn kan zich niet beperken tot het overnemen van de tekst ervan, zonder dat de specifieke en passende maatregelen worden gepreciseerd die de bedoelde ondernemingen en personen zullen moeten nemen. De bepaling is onvoldoende nauwkeurig, waardoor ze de hen opgelegde verplichtingen niet met zekerheid kunnen vaststellen.

In de commentaar op artikel 10 van het voorontwerp wordt in dat verband gesteld :

"(...) Het leek niet aangewezen om bij wet nadere regels uit te werken voor deze vereenzelviging op afstand aangezien dit een zeer technische materie is, de technieken voor verkoop op afstand in volle ontwikkeling zijn en een vlotte aanpassing mogelijk moet blijven aan de terzake lopende werkzaamheden van internationale instanties, inzonderheid van de FAG. Voor de kredietinstellingen en de financiële instellingen zullen deze concrete regels worden uitgewerkt door de toezichtsautoriteiten via reglementen die ter goedkeuring zullen worden voorgelegd aan de Koning (zie artikel 25 van het wetsontwerp)."

Indien bij wege van reglementen machtiging wordt verleend om de specifieke en passende maatregelen bedoeld bij die bepaling vast te stellen, moet zulks uitdrukkelijk worden voorgeschreven in die bepaling. Voor het overige wordt verwezen naar de opmerkingen betreffende artikel 25 van het voorontwerp.

Artikelen 14 en 28

1. Artikel 14 strekt ertoe te verbieden dat de prijs van een verkoop in contanten aan een handelaar wordt vereffend wanneer de waarde van het goed 15.000 euro of meer bedraagt. Artikel 28 schrijft voor dat de minister bevoegd voor economische zaken aan de handelaar die die bepaling niet naleeft een administratieve geldboete kan opleggen die niet meer mag bedragen dan 10 % van de ten onrechte in contanten betaalde sommen of dan 1.250.000 euro.

Er wordt verwezen naar de opmerkingen gemaakt onder artikel 26.

2. De werkingssfeer van de artikelen 14 en 28 van het voorontwerp, die bedoeld zijn om op alle handelaren toepassing te vinden, is veel ruimer dan die van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, waar ze nochtans worden ingevoegd. De artikelen 2, 2bis en 2ter van de wet hebben immers niet op alle handelaren betrekking, maar slechts op een beperkt aantal categorieën.

Bovendien hoort het ontworpen artikel 10ter niet te worden opgenomen in hoofdstuk II, dat de identificatie van de cliënten en de interne organisatie op het niveau van de in de artikelen 2 en 2bis beoogde ondernemingen en personen betreft. De ontworpen bepaling moet dus worden opgenomen in een onderscheiden hoofdstuk.

Artikel 18

Artikel 6, punt 3, van de richtlijn bepaalt :

"In het geval van de in artikel 2 bis, punt 5, bedoelde notarissen en onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen kunnen de lidstaten een passende zelfregulerende instantie van het desbetreffende beroep aanwijzen als de autoriteit die op de hoogte moet worden gesteld van de in lid 1, onder a), van dit artikel bedoelde feiten en stellen zij de passende vormen van samenwerking tussen deze instantie en de voor de bestrijding van het witwassen van geld verantwoordelijke autoriteiten vast.

De lidstaten zijn er niet toe gehouden de in lid 1 vervatte verplichtingen toe te passen op notarissen, onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs met betrekking tot de inlichtingen die zij van een van hun cliënten ontvangen of over een van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen dan wel in of in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen."

Aangezien de wetgever op de advocaten de mogelijkheid toepast die hem bij het voornoemde artikel 6, lid 3, van de richtlijn wordt geboden, lijkt het niet gerechtvaardigd die mogelijkheid niet uit te breiden tot de notarissen.

Enerzijds is het de Raad van State niet duidelijk waarom de voorzitter van de Nationale Kamer van Notarissen niet dezelfde rol kan spelen ten aanzien van de notarissen als die welke het ontwerp toevertrouwt aan de stafhouder ten aanzien van de advocaten.

Anderzijds, aangezien het ontwerp gebruik maakt van de mogelijkheid waarover het krachtens artikel 6, punt 3, tweede lid, beschikt om in bepaalde gevallen de advocaten vrij te stellen van de verplichting om de Cel voor Financiële Informatieverwerking in te lichten, lijkt het niet gerechtvaardigd die mogelijkheid niet uit te breiden tot de notarissen wanneer dezen zich bevinden in een soortgelijke situatie van beroepsgeheim, inzonderheid in de uitoefening van hun taak van verdediging of vertegenwoordiging van een cliënt.

Artikel 26

Die bepaling breidt de regeling inzake administratieve sancties vervat in artikel 22 van de wet van 11 januari 1993, uit tot de advocaten.

In dat verband wordt verwezen naar de opmerkingen die de Raad van State gemaakt heeft in zijn advies 21.598/2, gegeven op 1 juli 1992, over het ontwerp dat de voornoemde wet van 11 januari 1993 is geworden, en in zijn advies 25.944/2, gegeven op 15 mei 1997, over een ontwerp van wet tot wijziging van de voornoemde wet van 11 januari 1993.

In zoverre het gaat om het opleggen van sancties die volgens het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van strafrechtelijke aard zijn, zullen de bepalingen van het ontwerp erin voorzien dat de advocaten uitsluitend vóór tuchtrechtelijke instanties worden gebracht, met uitzondering dan van voorziening in cassatie, waarbij aan het Hof van Cassatie geen bevoegdheid met volle rechtsmacht wordt verleend. Een zodanige situatie lijkt niet bestaanbaar te zijn met de grondwettelijke garanties die gelijkelijk moeten worden toegekend aan alle burgers tegen wie vervolging is ingesteld ⁽¹⁾.

Slotopmerkingen van wetgevingstechnische aard

⁽¹⁾ Omtrent de rechterlijke controle op administratieve geldboeten, zie inzonderheid de arresten van het Arbitragehof nr. 22/99 van 24 februari 1999, nr. 32/99 van 17 maart 1999 en nr. 128/99 van 7 december 1999, nr. 153/2001 van 28 november 2001 en nr. 56/2002 van 28 maart 2002.

1. In artikel 3 moet het gebruik van gedachtestrepen worden gemeden, daar de identificatie van de erin vervatte bepalingen niet eenvoudig is, inzonderheid indien wijzigingen erin moeten worden aangebracht.

2. In artikel 4, 4°, moet worden gepreciseerd dat het gaat om de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs.

3. Voor ieder gewijzigd artikel moeten de nog van kracht zijnde wijzigingen worden aangegeven die door andere teksten zijn aangebracht. Wanneer men een artikel wijzigt dat in de oorspronkelijke tekst niet bestond, moet bovendien worden vermeld door welke bepaling het is ingevoerd, ook al is de tekst sedertdien vervangen. In geen enkele inleidende zin van de artikelen van het voorontwerp worden de teksten vermeld die het artikel hebben gewijzigd of van de bepaling die het artikel in de oorspronkelijke tekst heeft ingevoegd. In de inleidende zinnen van de artikelen moeten die preciseringen worden aangebracht ⁽²⁾.

⁽²⁾ Zie in dat verband de circulaire betreffende de wetgevingstechniek - aanbevelingen en modellen (<http://www.raadvst-consetat.be>).

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Madame
Mevrouw

J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Messieurs
de Heren

J. VAN COMPERNOLLE ,
B. GLANSDORFF,

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. M. JOASSART, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. M. JOASSART, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS