

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 36.738/2

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 10 mars 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "modifiant, en matière de procédures d'insolvabilité, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances", a donné le 16 mars 2004 l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

"De hoogdringendheid wordt gemotiveerd door het feit dat :

- de Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen moest worden omgezet vóór 20 april 2003;
- intussen de Europese Commissie het Europees Hof van Justitie heeft gevat omwille van de niet-omzetting van de voormelde richtlijn;
- de Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen moet worden omgezet vóór 5 mei 2004,".

En ses articles 22 à 30, l'avant-projet modifie plusieurs autres lois à des fins étrangères à la transposition des directives mentionnées dans la motivation de l'urgence. En ce qui concerne ces articles, l'urgence n'est pas dûment motivée.

En ce qui concerne les autres articles, la motivation de l'urgence ne prête guère à discussion, au moins dans la mesure où l'avant-projet vise à transposer dans l'ordre interne d'une part, une directive (DIR 2001/17/CE) dont le délai de transposition était déjà expiré au moment où le Conseil d'État a été saisi de la demande d'avis et, d'autre part, une directive (DIR 2001/24/CE) dont le délai de transposition expire le 5 mai 2004.

Compte tenu du nombre important d'affaires dont est saisie la section de législation, des délais qui lui sont imposés, ainsi que du nombre d'avis donnés pendant le délai octroyé pour l'examen du présent avant-projet ⁽¹⁾, il n'en reste pas moins qu'en lui soumettant ainsi in extremis un texte législatif d'une telle ampleur (133 pages), l'auteur de l'avant-projet la contraint de facto à se limiter à un examen nécessairement superficiel des innombrables règles qu'il comporte.

C'est ainsi que le délai insuffisant qui lui est imparti pour s'assurer, notamment, de la correction de la transposition des directives précitées contraint à en privilégier le contrôle a posteriori par la Commission et la Cour de Justice, encore que pareille modalité de contrôle nuise à la sécurité juridique indissociable de l'impératif de prévisibilité que recherchent les agents économiques.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi 2 avril 2003, 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 ci-après.

Intitulé

Le chapitre III intitulé "Dispositions modificatives" modifie plusieurs autres lois que celles indiquées dans l'intitulé de l'avant-projet. L'intitulé de l'avant-projet doit être revu en conséquence.

La même observation vaut pour l'article 2.

⁽¹⁾ Dans le délai octroyé pour l'examen du présent avant-projet, la II^{ème} chambre de législation a donné quatorze avis. L'ensemble de la section de législation en a donné trente-et-un.

Dispositif

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de l'avant-projet dispose que "la présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution" et le commentaire de cet article dans l'exposé des motifs est ainsi rédigé :

"Conformément à l'article 83 de la Constitution, l'article 1^{er} du présent projet précise la matière qu'il entend régler.

Compte tenu de leur objet, et plus précisément en ce que le présent projet touche à la compétence des cours et tribunaux qui relève de l'organisation judiciaire, les dispositions du présent projet doivent être adoptées selon la procédure prévue par l'article 77 de la Constitution.

Même si l'ensemble des dispositions du présent projet ne relèvent pas toutes de l'article 77 de la Constitution, suivant en cela la position du Conseil d'État en la matière (voy. avis n° L 25.557/2 du 15 décembre 1997 rendu en ce qui concerne le projet de Code des sociétés), il a été estimé préférable de maintenir les dispositions tombant dans le champ d'application des articles 77 et 78 de la Constitution dans un texte unique." ⁽²⁾

Si, comme l'estime l'auteur de l'avant-projet, les dispositions de celui-ci constituent un ensemble à ce point indissociable qu'il ne saurait être scindé en deux textes, l'article 1^{er} doit néanmoins être revu pour les distinguer selon qu'elles règlent une matière visée à l'article 77 ou 78 de la Constitution.

⁽²⁾ Si ce choix n'est pas en soi critiquable, il ne se conçoit cependant pas de ne suivre l'avis précité que dans certaines seulement de ses conclusions; le passage de l'avis auquel il est fait référence est en effet le suivant :
"Si un projet de loi contenant le Code des sociétés était rédigé, celui-ci réglerait nécessairement des matières visées aux articles 77 et 78 de la Constitution. Compte tenu de la nature même de l'opération de codification, il s'imposerait alors de maintenir l'ensemble des dispositions du Code des sociétés dans un instrument unique dont certains articles seront soumis à la procédure d'adoption applicable aux matières visées à l'article 77 de la Constitution et les autres articles, à celle applicable aux matières visées à l'article 78 de la Constitution. [Dans le même sens, cf. avis du Conseil d'État, L. 24.111/AG/2/V du 11 septembre 1995 (chambre des vacations) et du 10 octobre 1995 (assemblée générale) sur un projet de loi "modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers"]. Une disposition liminaire indiquerait les articles du projet qui règlent une matière visée à l'article 77 d'une part, et, d'autre part, les articles qui règlent une matière visée à l'article 78."

Article 4

(Article 3, 1^{er}, 8°, en projet)

1. Au 8°, les mesures d'assainissement sont définies comme étant :

"(...) les mesures destinées à préserver ou à rétablir la situation financière d'un établissement de crédit et susceptibles d'affecter les droits préexistants des tiers".

De deux choses l'une;

- soit ces mesures sont celles visées aux points a), b) et c); dans ce cas, la définition contenue dans la première phrase est inutile;
- soit les mesures d'assainissement comprennent d'autres mesures que celles énumérées aux points a), b) et c); dans ce cas, elles doivent être expressément énumérées pour satisfaire à la prescription comprise à la fin de la définition des "mesures d'assainissement" prévue à l'article 2 de la directive 2001/24/CE ("y compris les mesures qui comportent la possibilité d'une suspension des paiements, d'une suspension des mesures d'exécution ou d'une réduction des créances").

La même observation vaut pour le paragraphe 1^{er}, 9°, en projet.

2. Le Conseil d'État n'aperçoit pas le motif de reprendre parmi ces mesures la désignation d'un commissaire spécial, celle-ci n'étant pas, par elle-même, "susceptible d'affecter les droits préexistants des tiers".

3. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'expliquer en quoi la suspension ou l'interdiction des activités pourraient être considérées comme des mesures d'assainissement.

À défaut, la mention de la CBFA dans plusieurs autres dispositions de l'avant-projet (par exemple l'article 4, 10°, de l'avant-projet, le nouvel article 109/5, en projet) deviendra superflue.

Article 11

(109/1, en projet)

Par parallélisme avec les derniers mots de cette disposition, il serait souhaitable de terminer la première phrase par les mots "y compris leurs succursales situées à l'étranger".

La même observation vaut pour l'article 109/8, en projet.

Article 11

(109/3, en projet)

1. C'est en conformité avec l'article 4 de la directive 2001/24/CE que cette disposition du projet invite la CBFA à informer les autorités de contrôle étrangères, non seulement de la décision de mettre en œuvre une "mesure d'assainissement", mais encore des "effets concrets" de cette décision.

Le Conseil d'État s'interroge sur le sens de ces termes. Le mot "concret" appelle-t-il, au-delà d'informations générales sur les effets de ladite mesure, des précisions quant aux résultats prévisibles de leur application dans le cas de l'établissement en cause et de ses créanciers ? Le Conseil d'État ne dispose pas des éléments - s'il en existe - qui permettraient de prolonger cette réflexion.

La même observation vaut encore notamment pour les articles 109/7 et 109/10, en projet.

2. Il serait sans doute heureux, par ailleurs, de supprimer le mot "jugé" à la dernière ligne du premier alinéa du même article, afin de ne pas susciter l'idée que, selon les auteurs de l'avant-projet, la CBFA pourrait discrétionnairement apprécier l'opportunité de recourir à tel ou tel moyen de communication.

La même observation vaut notamment encore pour les articles 109/7 et 109/10, en projet.

Article 11

(109/5, en projet)

Même si cette disposition précise judicieusement (en présence d'une lacune apparente de la directive 2001/24/CE à ce sujet) que le délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la première publication effectuée à la diligence des autorités d'assainissement belges, il conviendrait, pour opérer une transposition complète, de préciser que les publications en cause doivent être faites "dans les meilleurs délais et par les voies les plus appropriées".

L'alinéa 2, 1°, devrait viser, pour être conforme à la directive, l'"objet" et la base juridique de la décision prise.

Le Conseil d'État se pose toutefois encore, à propos de cette disposition, une question analogue à celle qu'il a soulevée à propos de l'article 109/3, en projet. Que faut-il entendre par le mot "susceptible" ? Faut-il le comprendre de façon générale et abstraite, ou bien l'obligation de publicité ne jouera-t-elle que si, dans le cas de l'espèce, les droits des tiers risquent in concreto d'être affectés (cf. le commentaire de l'article) ?

Article 11

(109/6, en projet)

1. Les définitions du "domicile" et de la "résidence", dans le commentaire des articles, utilisent des concepts propres au droit belge. Dans le délai qui lui a été imparti, le Conseil d'État n'a pas pu vérifier les acceptions vraisemblablement reçues, déjà, de ces termes en droit communautaire. Le Conseil d'État comprend mal, en tous cas, le mot "subsidièrement" à la dernière ligne du premier alinéa de ce commentaire.

La même observation vaut notamment aussi pour l'article 109/15, en projet.

2. Si telle est bien l'intention, il faudrait mieux faire apparaître que le paragraphe 2 s'applique, comme le paragraphe 1^{er}, en cas d'octroi d'un sursis provisoire.

.../...

3. Suivant le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, les créances des créanciers établis dans un autre État membre bénéficient "du même traitement" que celles susceptibles d'être déclarées par des créanciers belges. Cette disposition a été introduite pour énoncer, à propos des mesures d'assainissement, une règle correspondant à celle que pose l'article 16 de la directive 2001/24/CE à propos de la seule procédure de liquidation (règle transposée à l'article 109/15, en projet).

Dans le même esprit, ne conviendrait-il pas de préciser, comme le fait l'article 16 de la directive, que ces créances bénéficient aussi du "même rang" que les créances correspondantes susceptibles d'être déclarées par des créanciers belges ?

4. Le même alinéa enchaîne que

"À cette fin, les créances présentées par des créanciers de même nature doivent être considérées comme des créances équivalentes."

Le commentaire de l'article 109/15, en projet, transposant l'article 16 de la directive 2001/24/CE et contenant la même précision s'appuie, pour justifier celle-ci, sur l'exemple des créances fiscales : si, dans un État membre, un impôt existe qui ne correspond à aucune catégorie d'impôt existant en Belgique, il faudra, "à défaut d'une (telle) correspondance, prendre en compte le fait qu'il s'agit d'une créance fiscale et l'assimiler, quant au rang, aux créances fiscales de l'État (belge)".

On constate donc tout d'abord que l'article 109/6, en projet (tout comme l'article 109/15, en projet) énonce comme une règle générale ("doivent être considérées... ") ce que le commentaire des articles présente comme une solution subsidiaire ("à défaut de correspondance... "). Dans tous les cas, l'identité du créancier l'emporterait, à titre de critère, sur la nature de la créance elle-même.

En tout état de cause, le Conseil d'État doute que la "nature" du créancier puisse être retenue comme critère, général ou subsidiaire. N'est-il pas en effet des cas - et le fisc en est sans doute un exemple - dans lesquels un même créancier peut, en la même "nature", être titulaire de créances régies, notamment quant au rang, par des règles différentes ?

.../...

Article 11

(109/7, en projet)

Cet article évoque le cas de l'État membre où l'établissement de crédit a "également" une succursale sans avoir énoncé au préalable que l'hypothèse visée est celle où ledit établissement a une succursale en Belgique. La rédaction de l'article devrait être revue en ce sens.

Article 11

(109/12, en projet)

Le mot "autre", avant les mots "sûreté réelle" est superflu.

Article 11

(109/16, en projet)

Cette disposition transpose l'article 12 de la directive 2001/24/CE.

En ce qui concerne l'article 12, paragraphe 2, de la directive, le commentaire de l'article en projet apparaît cependant critiquable sur deux points.

Il expose d'abord erronément que la permission, prévue à l'article 12, paragraphe 2 de la directive, de poursuivre le cas échéant l'exploitation malgré le retrait de l'agrément, serait, pour les États membres, une simple faculté.

L'affirmation qu'une telle continuation ne pourrait avoir lieu en cas de faillite de l'établissement ne paraît, par ailleurs, pas compatible avec le même paragraphe de la directive, qui envisage explicitement cette continuation en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation.

Article 11

(109/17, en projet)

Transposant l'article 11, paragraphe 2 de la directive 2001/24/CE, l'article 109/17, en projet, se borne à énoncer que la dissolution d'un établissement de crédit ne fait pas obstacle à l'application ultérieure des mesures "prudentielles" visées à l'article 57 § 1^{er} de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, le commentaire de l'article exposant qu'il ne se concevrait pas, en revanche, qu'un établissement en liquidation se voie encore octroyer le bénéfice d'un concordat judiciaire.

Le Conseil d'État rappelle l'observation qu'il a faite sous l'article 4 du projet, à propos de la possibilité de qualifier les mesures prévues à l'article 57 de la loi du 22 mars 1993, précitée, de "mesures d'assainissement" et doit relever, pour le surplus, que, quelle que soit sa pertinence, le commentaire susdit relatif au concordat judiciaire, lequel constitue incontestablement une telle mesure, méconnaît l'article 11, paragraphe 2 de la directive.

Il paraît donc y avoir lieu de revoir la disposition en projet.

Article 11

(109/23, en projet)

Au paragraphe 1^{er} de cette disposition, comme au paragraphe 2, ne convient-il pas de mentionner, au lieu des articles 17, 18 et 20 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, les articles 17 à 20 de cette loi, et d'y mentionner aussi, comme au paragraphe 2 encore, l'article 1167 du Code civil ?

Article 11

(109/25, en projet)

À l'alinéa 2, l'expression "la langue de la région linguistique" ne convient pas à la Région de Bruxelles-Capitale (cf. le commentaire de l'article).

Article 11

(109/26 en projet)

Au paragraphe 2, compte tenu du texte clair de l'article 28, 3°, de la directive 2001/24/CE, le mot "néanmoins" qui peut prêter à confusion, doit être omis.

Article 11

(109/27, en projet)

Le Conseil d'État suggère de rédiger ainsi la fin de l'alinéa 2 de cet article :

"que l'inscription soit obligatoire ou résulte de l'initiative des personnes visées à l'alinéa 1^{er}".

Article 13

En ce qui concerne la définition des "mesures d'assainissement", la mention des mesures visées aux articles 26 et 44 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance peut sans doute ici se comprendre dans la limite exposée au commentaire de l'article (ce commentaire appuyant - a contrario - l'observation formulée par le Conseil d'État sous l'article 4 à propos des mesures "prudentielles" en matière bancaire).

Article 18

Le Conseil d'État renvoie, mutatis mutandis, aux diverses observations faites ci-avant à propos des dispositions correspondantes de l'avant-projet relatives aux établissements de crédit.

Il s'interroge par ailleurs sur la formulation de l'article 18 (48/16, § 1^{er}, en projet) : eu égard au caractère "absolu" du privilège reconnu à l'article 10, paragraphe 1, a), de la directive 2001/17/CE relative aux établissements d'assurance, l'expression "tenir compte", est-elle adéquate, et l'exception prévue à l'alinéa 2 in fine de l'article est-elle admissible ?

Observations finales

1. Absence de texte coordonné

Le Conseil des ministres a décidé, lors de sa séance du 5 mars 2004, que l'avant-projet pouvait

"(...) être envoyé pour avis au Conseil d'État, qui sera demandé en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, (...) étant entendu que, conformément au point E de la circulaire du 25 mai 2000 relative aux procédures de dépôt d'un projet de loi, l'avant-projet sera complété par un résumé et un texte coordonné des articles à modifier".

Ce texte coordonné ne figure pas parmi les documents joints à la demande d'avis.

2. Transposition de la directive 2001/24/CE

a) Le Conseil d'État n'a pu vérifier, dans le délai qui lui était imparti, si l'article 32 de la directive énonce bien une règle de droit commun, comme le signale le tableau de concordance joint à l'avant-projet.

b) Le tableau de concordance indique, sans autre précision, que le droit commun transpose l'article 10, paragraphe 2, de la directive. Cet article énumère plus d'une dizaine de thèmes que la législation de l'État membre d'origine doit en particulier régler. Dès lors que le tableau de concordance a pour objet de permettre aux parlementaires d'apprécier la mesure de la transposition en droit belge de la directive, il serait judicieux de relever, à leur intention, les dispositions du droit interne qui règlent ces différents aspects de la liquidation.

.../...

c) Le tableau de concordance signale que l'article 34, paragraphe 1^{er} de la directive serait transposé par l'article 34 de l'avant-projet. Celui-ci ne comporte cependant que trente-et-un articles et le Conseil d'État n'y a relevé aucune disposition visant à transposer ledit article de la directive (à tout le moins l'article 34, paragraphe 1, alinéa 2).

3. Transposition de la directive européenne 2001/17/CE

a) Il y a lieu, dans la mention des dispositions qui transposent l'article 18 de la directive, de remplacer le paragraphe 4 de l'article 48/12 de la loi du 9 juillet 1975, précitée, par un paragraphe 3, l'article 48/12 ne comportant, en effet, que trois paragraphes.

b) Une observation similaire à celle formulée concernant la transposition de l'article 10 de la directive, vaut pour la mention faite, dans le tableau de concordance, en ce qui concerne la transposition de l'article 9, paragraphe 2 de la directive.

c) Le tableau de concordance fait référence pour la transposition de l'article 29 de la directive et du paragraphe 9 de l'annexe de la directive à des dispositions du droit interne qui sont abrogées depuis le 1^{er} janvier 2004. Il y a lieu de les remplacer par un renvoi identique à celui opéré dans le tableau de concordance afférent à la transposition de la directive européenne 2001/24/CE à propos de son article 33 à savoir une mention aux articles 74 à 77 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. QUERTAINMONT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	B. GLANSDORFF,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 36.738/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 maart 2004 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging, betreffende insolventieprocedures, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen en van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen", heeft op 16 maart 2004 het volgende advies gegeven :

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996 en vervangen bij de wet van 2 april 2003, 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 met de adviesaanvraag als volgt :

"De hoogdringendheid wordt gemotiveerd door het feit dat :

- de Richtlijn 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen moest worden omgezet vóór 20 april 2003;
- intussen de Europese Commissie het Europees Hof van Justitie heeft gevat omwille van de niet-omzetting van de voormelde richtlijn;
- de Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen moet worden omgezet vóór 5 mei 2004,".

De artikelen 22 tot 30 van het voorontwerp wijzigen verscheidene andere wetten, om andere redenen dan met het oog op de omzetting van de richtlijnen vermeld in de motivering van het spoedeisende karakter van de adviesaanvraag. Dat spoedeisende karakter is, wat die artikelen betreft, niet deugdelijk met redenen omkleed.

Wat de overige artikelen betreft, staat de motivering van het spoedeisende karakter geenszins ter discussie, althans in zoverre het voorontwerp ertoe strekt in de interne rechtsorde enerzijds een richtlijn (Richtl. 2001/17/EG) om te zetten waarvan de omzettingstermijn reeds was verstreken toen de Raad van State om een advies daaromtrent is gevraagd, en anderzijds een richtlijn (Richtl. 2001/24/EG) waarvan de omzettingstermijn verstrijkt op 5 mei 2004.

Gelet op het grote aantal zaken die aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd, op de haar opgelegde termijnen en op het aantal adviezen verstrekt binnen de termijn die wordt toegemeten voor het onderzoek van het onderhavige voorontwerp ⁽¹⁾, verplicht de steller van dat voorontwerp, door haar aldus in extremis een dermate omvangrijke wettekst (133 bladzijden) voor te leggen, haar niettemin de facto ertoe zich te beperken tot een noodzakelijkerwijs oppervlakkig onderzoek van het enorme aantal regels die het voorontwerp bevat.

Bijgevolg moet de afdeling Wetgeving vanwege de ontoereikende termijn waarover ze beschikt om onder meer na te gaan of de voornoemde richtlijnen correct worden omgezet, zich verlaten op de controle achteraf door de Commissie en het Hof van Justitie, ofschoon een zodanige vorm van controle nadelig is voor de rechtszekerheid, die onlosmakelijk verbonden is met het vereiste van voorzienbaarheid, dat de economische actoren nastreven.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, 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 deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

⁽¹⁾ De tweede kamer wetgeving heeft binnen de termijn toegemeten voor het onderzoek van het onderhavige voorontwerp veertien adviezen verstrekt. De afdeling wetgeving in haar geheel heeft eenendertig adviezen verstrekt.

Opschrift

Hoofdstuk III, met als opschrift "Wijzigingsbepalingen", wijzigt verscheidene andere wetten dan die welke worden vermeld in het opschrift van het voorontwerp. Het opschrift van het voorontwerp moet dienovereenkomstig worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 2.

Dispositief

Artikel 1

Artikel 1 van het voorontwerp bepaalt : "Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet". De commentaar op dit artikel 1 in de memorie van toelichting luidt als volgt:

"Overeenkomstig artikel 83 van de Grondwet, preciseert artikel 1 van het voorliggend ontwerp welke aangelegenheid in dit ontwerp wordt geregeld.

Gezien de materie die in dit wetsontwerp wordt behandeld, en inzonderheid het feit dat geraakt wordt aan de bevoegdheden van de hoven en rechtbanken waardoor het domein van de rechterlijke organisatie wordt betreden, dient de procedure van artikel 77 van de Grondwet te worden gevolgd om de bepalingen van dit ontwerp vast te stellen.

Niet alle bepalingen van het voorliggend wetsontwerp vallen echter onder artikel 77 van de Grondwet. In navolging van het standpunt van de Raad van State terzake (zie advies nr. L25.557/2 van 15 december 1997 wat het ontwerp van het Wetboek van vennootschappen betreft) werd er dan ook de voorkeur aan gegeven

om alle bepalingen in eenzelfde wettekst te bundelen, ongeacht of zij in het toepassingsgebied van de artikel 77 of van artikel 78 van de Grondwet vallen." ⁽²⁾

Zelfs indien, zoals de steller van het voorontwerp van oordeel is, de bepalingen ervan een dermate onlosmakelijk verbonden geheel vormen dat het niet in twee teksten kan worden gesplitst, moet artikel 1 worden herzien, waarbij een onderscheid wordt gemaakt naargelang de bepalingen een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 of in artikel 78 van de Grondwet regelen.

Artikel 4

(ontworpen artikel 3, § 1, 8°)

1. In onderdeel 8° worden de saneringsmaatregelen als volgt gedefinieerd:

"(...) de maatregelen die bestemd zijn om de financiële positie van een kredietinstelling in stand te houden of te herstellen en van dien aard zijn dat zij de bestaande rechten van derden kunnen aantasten".

⁽²⁾ Die keuze is op zich niet laakbaar, maar er kan niet worden aanvaard dat slechts enkele van de conclusies van het voornoemde advies worden gevolgd; de passage in het advies waarnaar verwezen wordt, luidt immers als volgt :
"Indien een wetsontwerp houdende het Wetboek van vennootschappen wordt opgesteld, zou het noodgedwongen aangelegenheden regelen zoals bedoeld in de artikelen 77 en 78 van de Grondwet. Gelet op de aard zelf van het codificeren, zal het in voorkomend geval noodzakelijk zijn om alle bepalingen van het Wetboek van vennootschappen in één enkel instrument te behouden waarvan voor sommige artikelen de goedkeuringsprocedure toepasselijk op de aangelegenheden bedoeld in artikel 77 van de Grondwet wordt gevolgd, en voor de overige artikelen de goedkeuringsprocedure toepasselijk op de aangelegenheden bedoeld in artikel 78 van de Grondwet. [Zie, in diezelfde zin, advies van de Raad van State, L. 24.111/AG/2/V van 11 september 1995 (vakantiekamer) en van 10 oktober 1995 (algemene vergadering) betreffende een wetsontwerp "tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen".] In een inleidende bepaling zouden dan enerzijds de artikelen van het ontwerp worden aangegeven die een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 regelen, en anderzijds de artikelen die een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 regelen."

Van tweeën één :

- ofwel zijn het de maatregelen waarvan sprake is in de punten a, b en c; in dat geval is de definitie vervat in de eerste zin overbodig;
- ofwel zijn er naast de maatregelen opgesomd in de punten a, b en c nog andere saneringsmaatregelen; in dat geval moeten ze uitdrukkelijk opgesomd worden, overeenkomstig het bepaalde aan het eind van de definitie van de "saneringsmaatregelen" in artikel 2 van richtlijn 2001/24/EG ("met inbegrip van maatregelen die opschorting van de betaling, opschorting van executiemaatregelen of verlaging van de schuldvorderingen mogelijk maken").

Dezelfde opmerking geldt voor de ontworpen paragraaf 1, 9°.

2. De Raad van State ziet niet in waarom onder die maatregelen de aanstelling van een speciaal commissaris moet worden vermeld, daar die aanstelling op zich niet "van dien aard is dat zij de bestaande rechten van derden kan aantasten".

3. De steller van het voorontwerp dient uit te leggen in welk opzicht de schorsing of het verbod tot uitoefening van activiteiten als saneringsmaatregelen kunnen worden beschouwd.

Indien dat niet gebeurt, is de vermelding van de CBFA in verscheidene andere bepalingen van het voorontwerp (bijvoorbeeld artikel 4, 10°, van het voorontwerp, het nieuwe ontworpen artikel 109/5) overbodig.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/1)

Uit het oogpunt van parallellisme met de laatste woorden van die bepaling zou het wenselijk zijn de eerste zin te eindigen met de woorden ", daaronder begrepen hun bijkantoren gevestigd in het buitenland".

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 109/8.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/3)

1. Deze bepaling van het ontwerp schrijft in overeenstemming met artikel 4 van richtlijn 2001/24/EG voor dat de CBFA de buitenlandse controleautoriteiten in kennis stelt, niet alleen van de beslissing om een "saneringsmaatregel" ten uitvoer te leggen, maar ook van de "concrete gevolgen" van die beslissing.

De Raad van State vraagt zich af hoe die bewoordingen begrepen moeten worden. Worden onder het woord "concreet", naast algemene inlichtingen omtrent de gevolgen van die maatregel, preciseringen verstaan inzake de te voorziene resultaten van de toepassing ervan in het geval van de kredietinstelling in kwestie en van haar schuldeisers ? De Raad van State beschikt niet over de nodige gegevens - gesteld dat ze bestaan - om die bedenkingen uit te diepen.

Dezelfde opmerking geldt onder meer voor de ontworpen artikelen 109/7 en 109/10.

2. Het zou bovendien wellicht verkieslijk zijn aan het slot van het eerste lid van datzelfde artikel de woorden "dienstig geachte" te vervangen door het woord "dienstige", om te voorkomen dat de indruk wordt gewekt dat volgens de stellers van het voorontwerp de CBFA eigenmachtig zou kunnen oordelen of het opportuun is deze of gene manier van kennisgeving aan te wenden.

Dezelfde opmerking geldt onder meer voor de ontworpen artikelen 109/7 en 109/10.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/5)

Ook al preciseert deze bepaling terecht (terwijl richtlijn 2001/24/EG ter zake duidelijk in gebreke blijft) dat de termijn om beroep in te stellen pas aanvangt zodra de eerste bekendmaking ten verzoeken van de Belgische saneringsautoriteiten verricht is, behoort met het oog op een volledige omzetting eraan toegevoegd te worden dat de desbetreffende bekendmakingen "zo spoedig mogelijk via de meest geschikte kanalen" dienen te geschieden.

.../...

Conform de richtlijn moet in het tweede lid, 1°, sprake zijn van het onderwerp en van de rechtsgrondslag van de genomen beslissing.

De Raad van State vraagt zich in verband met die bepaling evenwel af, naar analogie van de vraag die is gerezen in verband met het ontworpen artikel 109/3, wat verstaan moet worden onder "kunnen worden aangetast". Moet het woord "kunnen" in die context op algemene en abstracte wijze worden begrepen, of geldt het vereiste van bekendmaking alleen indien in die casuspositie de rechten van derden in concreto kunnen worden aangetast (zie de commentaar op dit artikel) ?

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/6)

1. De definities van de "woonplaats" en van de "verblijfplaats" in de commentaar op de artikelen bevatten concepten eigen aan het Belgisch recht. De Raad van State heeft binnen de hem toegemeten termijn de betekenis die die termen in het gemeenschapsrecht kennelijk reeds hebben verkregen, niet kunnen nagaan. Het is de Raad van State hoe dan ook niet duidelijk wat wordt bedoeld met de woorden "in bijkomende orde" aan het slot van de eerste alinea in die commentaar.

Dezelfde opmerking geldt onder meer voor het ontworpen artikel 109/15.

2. Als zulks wel degelijk de bedoeling is, zou duidelijker moeten blijken dat paragraaf 2, net als paragraaf 1, van toepassing is in het geval dat een voorlopige opschorting van betaling wordt verleend.

3. Volgens paragraaf 2, eerste lid, krijgen de schuldvorderingen van de schuldeisers die gevestigd zijn in een andere Lid-Staat "dezelfde behandeling" als de schuldvorderingen die Belgische schuldeisers kunnen aangeven. Deze bepaling is opgenomen om inzake de saneringsmaatregelen een regel te stellen die overeenstemt met de regel gesteld in artikel 16 van richtlijn 2001/24/EG louter in verband met de liquidatieprocedure (regel omgezet in het ontworpen artikel 109/15).

.../...

Zou in dezelfde gedachtengang, zoals in artikel 16 van de richtlijn, niet moeten worden gepreciseerd dat die schuldvorderingen ook "dezelfde rangindeling" krijgen als soortgelijke schuldvorderingen die door Belgische schuldeisers kunnen worden aangegeven ?

4. Hetzelfde lid bepaalt verder :

"Daartoe worden de schuldvorderingen van soortgelijke schuldeisers als gelijkwaardig beschouwd."

De commentaar op het ontworpen artikel 109/15, dat artikel 16 van richtlijn 2001/24/EG omzet, en waarin dezelfde precisering is vervat steunt, om deze te rechtvaardigen, op het voorbeeld van de fiscale vorderingen: indien in een Lid-Staat een belasting bestaat die niet overeenstemt met enige belastingcategorie in België, zal "als er (...) geen soortgelijke belastingcategorie bestaat, (moeten worden) nagegaan of het om een fiscale schuldvordering gaat en zo ja, (of ze) qua rang (wordt) gelijkgesteld met de fiscale schuldvorderingen van de (Belgische) Staat".

In de eerste plaats kan dus worden vastgesteld dat het ontworpen artikel 109/6 (net als het ontworpen artikel 109/15) als algemene regel stelt ("worden ... beschouwd) wat in de commentaar bij de artikelen wordt voorgesteld als een subsidiaire oplossing ("als er ... geen soortgelijke belastingcategorie bestaat"). De identiteit van de schuldeiser zou, als criterium, hoe dan ook zwaarder wegen dan de schuldvordering zelf.

De Raad van State betwijfelt in elk geval dat de "aard" van de schuldeiser kan worden gehanteerd als criterium, of het nu een algemeen of een subsidiair is. De vraag kan immers worden gesteld of er geen gevallen zijn - de fiscus is daar ongetwijfeld een voorbeeld van - waarin eenzelfde schuldeiser, van "soortgelijke" aard, schuldvorderingen kan bezitten waarvoor, inzonderheid wat de rang ervan betreft, verschillende regels gelden.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/7)

Dit artikel brengt het geval ter sprake van de Lid-Staat waar de kredietinstelling "eveneens" een bijkantoor heeft zonder vooraf te hebben gesteld dat bedoeld wordt op het geval waarin de genoemde instelling een bijkantoor heeft in België. De redactie van het artikel zou in die zin moeten worden herzien.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/12)

Het woord "andere" voor de woorden "zakelijke zekerheid" is overbodig.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/16)

Deze bepaling zet artikel 12 om van richtlijn 2001/24/EG.

In verband met artikel 12, lid 2, van de richtlijn, blijkt de commentaar op het ontworpen artikel evenwel op twee punten voor kritiek vatbaar .

In de eerste plaats wordt verkeerdelijk gesteld dat de toelating waarin artikel 12, lid 2, van de richtlijn voorziet, om in voorkomend geval de exploitatie voort te zetten ondanks de intrekking van de vergunning, voor de Lid-Staten slechts een mogelijkheid zou zijn.

De bewering dat een zodanige voortzetting van de activiteiten niet zou kunnen voor een faillietverklarde instelling lijkt bovendien niet bestaanbaar met hetzelfde lid van de richtlijn, dat uitdrukkelijk voorziet in die voortzetting van activiteiten in het geval dat een liquidatieprocedure is geopend.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/17)

Bij de omzetting van artikel 11, lid 2, van richtlijn 2001/24/EG bepaalt het ontworpen artikel 109/17 zich ertoe te stellen dat de ontbinding van een kredietinstelling er niet aan in de weg staat dat achteraf de "bedrijfseconomische" maatregelen worden genomen vermeld in artikel 57, § 1, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, waarbij in de commentaar op het artikel wordt gesteld dat het daarentegen niet denkbaar is dat een instelling die in vereffening is nog aanspraak zou kunnen maken op een gerechtelijk akkoord.

De Raad van State memoreert de opmerking die hij heeft gemaakt onder artikel 4 van het ontwerp over de mogelijkheid om de maatregelen waarin artikel 57 van de voormelde wet van 22 maart 1993 voorziet, te bestempelen als "saneringsmaatregelen" en moet er voor het overige op wijzen dat de bovenvermelde commentaar betreffende het gerechtelijk akkoord, die een zodanige maatregel ontegensprekelijk is, ongeacht wat de relevantie ervan is, artikel 11, lid 2, van de richtlijn schendt.

Het laat zich dus aanzien dat de ontworpen bepaling dient te worden herzien.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/23)

Zouden in paragraaf 1 van deze bepaling, zoals in paragraaf 2, in plaats van de artikelen 17, 18 en 20, niet de artikelen 17 tot 20 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 moeten worden vermeld, en zou, eveneens zoals in paragraaf 2, artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek niet moeten worden vermeld ?

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/25)

In het tweede lid is de uitdrukking "de taal van het taalgebied" niet geschikt voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (cf. de commentaar op het artikel).

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/26)

In paragraaf 2 dient het woord "echter", dat tot verwarring kan leiden, te vervallen, gelet op de duidelijke tekst van artikel 28, 3°, van richtlijn 2001/24/EG.

Artikel 11

(ontworpen artikel 109/27)

De Raad van State stelt voor het slot van het tweede lid van dit artikel te redigeren als volgt :

"ongeacht of de inschrijving verplicht is dan wel voortvloeit uit het initiatief van de personen vermeld in het eerste lid".

Artikel 13

Wat de definitie van de "saneringsmaatregelen" betreft, kan de vermelding van de maatregelen bedoeld in de artikelen 26 en 44 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen hier wellicht worden begrepen binnen de perken gesteld in de commentaar op het artikel (deze commentaar ondersteunt - a contrario - de door de Raad van State gemaakte opmerking onder artikel 4 over de "bedrijfseconomische" maatregelen inzake het bankwezen).

Artikel 18

De Raad van State verwijst, mutatis mutandis, naar de verschillende hierboven gemaakte opmerkingen in verband met de overeenstemmende bepalingen van het voorontwerp betreffende de kredietinstellingen.

De Raad plaatst bovendien vragen bij de formulering van artikel 18 (ontworpen artikel 48/16, § 1) : is de uitdrukking "rekening houden", gelet op het "absolute" karakter van het voorrecht dat wordt verleend in artikel 10, lid 1, a), van richtlijn 2001/17/EG betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen, geschikt en is de uitzondering waarin het tweede lid, in fine, van het artikel voorziet, aanvaardbaar ?

Slotopmerkingen

1. Ontbreken van een gecoördineerde tekst

De Ministerraad heeft tijdens zijn vergadering van 5 maart 2004 besloten dat het voorontwerp mocht

"(...) être envoyé pour avis au Conseil d'État, qui sera demandé en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, (...) étant entendu que, conformément au point E de la circulaire du 25 mai 2000 relative aux procédures de dépôt d'un projet de loi, l'avant-projet sera complété par un résumé et un texte coordonné des articles à modifier".

Die gecoördineerde tekst komt niet voor bij de stukken die bij de adviesaanvraag zijn gevoegd.

2. Omzetting van richtlijn 2001/24/EG

a) De Raad van State heeft binnen de hem toegemeten termijn niet kunnen nagaan of artikel 32 van de richtlijn wel een regel van gemeen recht vaststelt, zoals wordt vermeld in de bij het voorontwerp gevoegde concordantietabel.

b) De concordantietabel vermeldt, zonder andere precisering, dat het gemeen recht artikel 10, lid 2, van de richtlijn omzet. Dat artikel noemt meer dan een tiental onderwerpen op die de wetgeving van de Lid-Staat van herkomst in het bijzonder moet regelen. Aangezien de concordantietabel tot doel heeft de parlementsleden in de mogelijkheid te stellen de mate van de omzetting van de richtlijn in het Belgische recht te beoordelen, zou het zinvol zijn, te hunner attentie, te wijzen op de bepalingen van het interne recht die deze verschillende aspecten van de vereffening regelen.

c) De concordantietabel vermeldt dat artikel 34, lid 1, van de richtlijn zou worden omgezet door artikel 34 van het voorontwerp. Dit ontwerp bevat evenwel slechts eenendertig artikelen en de Raad van State heeft er geen enkele bepaling in gevonden die ertoe strekt het genoemde artikel van de richtlijn om te zetten (op zijn minst artikel 34, paragraaf 1, tweede lid).

3. Omzetting van de Europese richtlijn 2001/17/EG

a) In de opnoeming van de bepalingen die artikel 18 van de richtlijn omzetten, dient paragraaf 4 van artikel 48/12 van de voormelde wet van 9 juli 1975 vervangen te worden door een paragraaf 3, daar artikel 48/12 immers slechts drie paragrafen bevat.

b) Een soortgelijke opmerking als die welke is gemaakt over de omzetting van artikel 10 van de richtlijn, geldt voor de vermelding, in de concordantietabel, inzake de omzetting van artikel 9, lid 2, van de richtlijn.

c) De concordantietabel verwijst voor de omzetting van artikel 29 van de richtlijn en van punt 9 van de bijlage bij de richtlijn, naar bepalingen van het interne recht die sedert 1 januari 2004 zijn opgeheven. Zij dienen vervangen te worden door eenzelfde verwijzing als die welke voorkomt in de concordantietabel met betrekking tot de omzetting van de Europese richtlijn 2001/24/EG in verband met artikel 33 ervan, te weten een verwijzing naar de artikelen 74 tot 77 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. QUERTAINMONT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	B. GLANSDORFF,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS