

SV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 38.137/2

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 février 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif au statut des organismes de liquidation et des organismes assimilés à des organismes de liquidation", a donné le 7 mars 2005 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du 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, le projet appelle les observations ci-après.

Formalité préalable

Le préambule du projet vise notamment les avis de la Banque nationale de Belgique et de la Banque centrale européenne, sans toutefois en mentionner la date. C'est sous réserve de l'accomplissement de cette formalité que le présent avis est donné.

Fondement juridique

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise à donner exécution aux articles 23 et 41, 2°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

Après avoir défini, dans son paragraphe 1^{er}, les organismes et succursales qui peuvent, en tant qu'organismes de liquidation, assurer des services de liquidation pour des transactions effectuées sur un marché réglementé belge ou assurer de tels services, à partir du territoire belge, pour des transactions effectuées sur un marché réglementé étranger, le paragraphe 2 de l'article 23 de la loi du 2 août 2002, précitée, prévoit que :

"§ 2. La CBFA est chargée du contrôle prudentiel des organismes de liquidation agréés en qualité de dépositaire central en vertu de l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967 précité ainsi que de ceux désignés par le Roi en vue d'assurer la liquidation des transactions sur valeurs mobilières dématérialisées en vertu de l'article 468 du Code des sociétés. Le Roi, sur avis de la CBFA et de la BNB, définit :

1° sans préjudice des articles 33 et suivants, les règles relatives au contrôle prudentiel, y compris les mesures de redressement, exercé par la CBFA sur les organismes visés au § 1^{er} autres que des établissements de crédit établis en Belgique;

.../...

- 2° les exigences minimales en matière d'organisation, de fonctionnement, de situation financière, de contrôle interne et de gestion des risques qui sont applicables aux organismes visés au § 1^{er} autres que des établissements de crédit établis en Belgique."

Le paragraphe 7, ajouté à l'article 23, précité, par l'article 29 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers dispose, quant à lui, comme suit :

"Pour l'application des §§ 2 à 6 et des sections 8 et 9 du présent chapitre, sont assimilés à des organismes de liquidation les organismes établis en Belgique dont l'activité consiste à assurer, en tout ou en partie, la gestion opérationnelle de services fournis par des organismes de liquidation visés au § 1^{er}, y compris lorsque ces derniers sont des établissements de crédit établis en Belgique. Le Roi désigne, sur avis de la BNB et de la CBFA, les organismes qui tombent dans le champ d'application du présent alinéa.

Les organismes visés à l'alinéa 1^{er} sont tenus de se faire agréer par la CBFA. Sur avis de la BNB et de la CBFA, le Roi règle notamment, tant sur base consolidée que sur base non consolidée, les conditions et la procédure de l'agrément et du maintien de l'agrément de ces organismes par la CBFA, y compris les conditions auxquelles les personnes qui assurent la gestion effective et les personnes qui détiennent une participation importante, doivent satisfaire.

Sur avis de la BNB et de la CBFA, le Roi peut, dans le respect des obligations internationales de la Belgique, appliquer totalement ou partiellement les règles visées aux alinéas 1^{er} et 2 aux organismes établis à l'étranger dont l'activité consiste à assurer, en tout ou en partie, la gestion opérationnelle de services fournis par des organismes de liquidation visés au § 1^{er} qui sont établis en Belgique, y compris lorsque ces derniers sont des établissements de crédit établis en Belgique."

Par ailleurs, l'article 41, 2°, de la loi du 2 août 2002, précitée, précise que :

"Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 euros à 10.000 euros ou d'une de ces peines seulement :

(....) ;

- 2° ceux qui contreviennent aux dispositions arrêtées en application des articles (...) 23 et désignées par le Roi dans les arrêtés en question ;".

2. C'est sur la base des pouvoirs que ces dispositions de la loi du 2 août 2002, précitée, attribuent au Roi que :

- le chapitre II du projet définit les conditions d'agrément des organismes de droit belge assimilés à des organismes de liquidation ;
- le chapitre III du projet rend applicables aux organismes de liquidation autres que des établissements de crédit établis en Belgique, ainsi qu'aux organismes assimilés à des organismes de liquidation, diverses dispositions de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit qui déterminent des conditions d'exercice de leur activité ;
- les chapitres IV et V du projet comportent respectivement des dispositions relatives au "contrôle des organismes de liquidation et des organismes assimilés à des organismes de liquidation" et aux "mesures exceptionnelles et sanctions", en rendant applicables aux organismes de liquidation et assimilés, les articles 46 à 56 et, pour partie, 57 de la loi du 22 mars 1993, précitée, c'est-à-dire les dispositions qui, dans cette loi du 22 mars 1993, règlent le contrôle de la CBFA, le contrôle révisoral, la radiation de l'agrément et les mesures exceptionnelles ;
- le chapitre VI étend le champ d'application des chapitres II à V du projet d'arrêté aux organismes assimilés à des organismes de liquidation qui opèrent en Belgique sous forme de succursales d'organismes étrangers ;
- le chapitre VII organise des mesures transitoires.

3.1. L'article 23 de la loi du 2 août 2002, précitée, habilite, en ses paragraphes 2 et 7, le Roi à :

- d'une part, en ce qui concerne les organismes de liquidation autres que des établissements de crédit établis en Belgique, définir les règles relatives au contrôle prudentiel exercé par la CBFA ainsi que les exigences minimales en matière d'organisation, de fonctionnement, de situation financière, de contrôle interne et de gestion des risques;

.../...

- d'autre part, pour les organismes assimilés à des organismes de liquidation que désigne le Roi, régler les conditions et la procédure de l'agrément et du maintien de l'agrément de ces organismes par la CBFA, y compris les conditions auxquelles doivent satisfaire les personnes qui assurent la gestion effective et les personnes qui détiennent une participation importante.

3.2. Dès lors que ces habilitations confèrent au Roi le pouvoir de prendre des règles régissant les organismes visés par la loi du 2 août 2002, précitée, il appartient au Roi d'exercer Lui-même ce pouvoir, c'est-à-dire de régler de manière claire et explicite la matière dans l'arrêté en projet et non de rendre applicables, par simple renvoi, aux organismes de liquidation et assimilés qui ne sont pas des établissements de crédit, des dispositions d'une législation qui concerne spécifiquement les établissements de crédit, à savoir la loi du 22 mars 1993, précitée.

3.3. Par ailleurs, le renvoi à des dispositions de la loi du 22 mars 1993, précitée, tel qu'il est opéré dans certains articles du projet, excède l'habilitation conférée au Roi même en tenant compte de son caractère fort large.

Il en va, notamment, ainsi de l'article 14 du projet qui rend applicable l'article 24 de la loi du 22 mars 1993, précitée, aux organismes qu'il vise. En effet, aux termes de cet article 24, le président du tribunal de commerce, statuant comme en référé, peut prendre les mesures prévues à l'article 8, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition ; il peut, de même, prononcer l'annulation de certaines délibérations d'assemblée générale. Or, s'agissant de confier une nouvelle compétence au président du tribunal de commerce, une telle disposition relève du seul législateur.

En exécution de ce même article 24, la CBFA peut suspendre l'exercice de certains droits de vote ou ordonner la cession de droits d'associé, voire le séquestre de ces droits aux frais du détenteur. Il est douteux que l'habilitation de l'article 23, § 2, de la loi du 2 août 2002, précitée, permette au Roi de confier à la CBFA des pouvoirs de coercition aussi étendus.

D'autre part, l'article 27 du projet prévoit que

"Sans préjudice des sections 8 et 9 du chapitre II de la loi du 2 août 2002, les dispositions qui sanctionnent pénalement le non-respect des dispositions de la loi du 22 mars 1993 déclarées applicables par le présent arrêté, sont d'application".

Or, les sections 8 et 9 du chapitre II de la loi du 2 août 2002, précitée, règlent précisément le "Contrôle par la CBFA" (articles 33 à 37) et les "Sanctions pénales" (articles 38 à 43). De même, en application de l'article 41, 2°, de cette loi,

"Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 euros à 10.000 euros ou d'une de ces peines seulement :

1° (...);

2° ceux qui contreviennent aux dispositions arrêtées en application des articles (...), 23 et désignées par le Roi dans les arrêtés en question;"

Dès lors que le régime des sanctions pénales est ainsi réglé par la loi du 2 août 2002, précitée, et que l'article 41, 2°, de cette même loi détermine de manière expresse les sanctions pénales applicables à ceux qui contreviennent aux dispositions arrêtées notamment en application de l'article 23 de cette même loi et qui sont désignées par le Roi dans les arrêtés en question, le Roi ne peut, en outre, sous le couvert des habilitations qui lui sont conférées par les articles 23 et 41, 2°, susvisés, déclarer également applicables aux organismes de liquidation et aux organismes y assimilés, celles des dispositions de la loi du 22 mars 1993, précitée, qui auraient aussi pour objet de sanctionner pénalement le non-respect des dispositions de cette même loi du 22 mars 1993 par ailleurs déclarées applicables par l'arrêté en projet aux organismes de liquidation et aux organismes y assimilés. Outre l'absence d'habilitation à cet effet, une telle façon de procéder reviendrait en effet à superposer deux régimes de sanctions pénales pour les mêmes faits, ce qui ne peut se concevoir.

3.4. Enfin, le procédé de renvoi à des articles de la loi du 22 mars 1993, précitée, soulève les objections suivantes :

a) Il aboutit à appliquer, aux organismes visés par la loi du 2 août 2002, précitée, une série de dispositions de la loi du 22 mars 1993, précitée, et, de manière automatique, les modifications dont elles pourraient faire l'objet par la suite. Ce faisant,

.../...

le procédé de référence peut soulever des problèmes de compatibilité de normes : une disposition d'application compatible au moment où elle est rendue applicable, peut en effet ne plus l'être une fois modifiée.

b) L'arrêté en projet rend applicables certaines dispositions de la loi du 22 mars 1993, précitée qui, à leur tour, habilitent le Roi à prendre des mesures d'exécution, notamment lorsque la CBFA est en défaut d'établir le règlement de certaines obligations, comme c'est le cas de l'article 27, § 2, alinéa 3 de cette loi. Un tel procédé conduit à compliquer considérablement la législation applicable aux organismes visés par les paragraphes 2 et 7, alinéa 2, de l'article 23 de la loi du 2 août 2002, précitée, nuisant en conséquence à sa lisibilité et partant à la sécurité juridique pour les entreprises du secteur concerné.

c) Dès lors que la loi du 22 mars 1993, précitée, est, pour certains de ses articles, rendue applicable en vertu de l'arrêté en projet à d'autres organismes que ceux initialement visés par cette loi, le Conseil d'État ne peut que réitérer les observations qu'il avait formulées ¹ à l'égard de l'avant-projet (devenu la loi du 22 mars 1993, précitée).

d) Le renvoi dans un arrêté réglementaire à des dispositions de nature législative entraîne également une confusion au regard de la hiérarchie des normes qui ne facilitera pas la tâche du juge appelé à statuer sur une éventuelle exception d'illégalité.

3.5. En conclusion, l'avant-projet doit être fondamentalement revu en intégrant dans l'arrêté le dispositif des règles de la loi du 22 mars 1993, précitée, que l'auteur de l'avant-projet entend rendre applicables, tout en demeurant dans les limites de l'habilitation donnée au Roi.

4. En plusieurs de ces dispositions, le projet d'arrêté royal attribue un pouvoir réglementaire à la CBFA. C'est notamment le cas des articles 10, § 10, 13 et 22, en projet.

(1) Voir l'avis 21.755/2, donné le 29 octobre 1992, sur un avant-projet de loi relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit à propos notamment des articles 24, 34, 44, 46, 53, 54 et 55 de la loi du 22 mars 1993, précitée, rendus applicables par le projet d'arrêté aux organismes de liquidation et assimilés (Doc. parl., Sénat, session 1992-1993, n° 616/2, p. 9).

À cet égard, de deux choses l'une :

a) Ou l'objet de ces dispositions est d'attribuer un pouvoir réglementaire à la CBFA dans les mêmes matières que celles visées à l'article 64 de la loi 2 août 2002, précitée, qui énonce, en son alinéa 1^{er},

"Dans les domaines relevant de ses compétences, la CBFA peut prendre des règlements complétant les dispositions légales ou réglementaires concernées sur des points d'ordre technique".

Dans cette hypothèse, ces dispositions sont inutiles et doivent être omises sauf à supposer, en ce qui concerne spécifiquement l'article 10, § 10, susvisé, que l'objectif poursuivi par la disposition est d'ajouter à la procédure d'adoption des règlements de la CBFA fixée par l'article 49, § 3, de la loi du 2 août 2002, précitée, la consultation préalable de la BNB. Si tel est le cas, l'article 10, § 10, serait maintenu et rédigé comme suit :

"§ 10. Pour la définition des règles d'application des obligations visées au présent article, les règlements pris par la CBFA conformément à l'article 64 de la loi du 2 août 2002, le sont après avis de la BNB".

b) Ou ces dispositions visent à conférer à la CBFA un pouvoir réglementaire dans des matières autres que celles visées à l'article 64, alinéa 1^{er}, susvisé.

Dans ce cas, le procédé est inadmissible ², s'agissant d'attribuer, par arrêté royal, un nouveau pouvoir réglementaire à la CBFA dans des matières nouvelles sans habilitation expresse pour ce faire ³.

(2) Voir également l'avis 35.085/2, donné le 20 mars 2003, sur un projet devenu l'arrêté royal du 31 mars 2003 relatif à la déclaration des transactions portant sur des instruments financiers et à la conservation des données.

(3) Quant à l'attribution d'un pouvoir réglementaire par le législateur à des autorités dénuées de responsabilité politique, voir notamment l'avis 21.755/2, précité, l'avis 31.153/2, donné le 12 février 2001, sur un avant-projet devenu la loi du 3 mai 2002 modifiant le régime des incompatibilités applicable aux dirigeants d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement (Doc. parl., Chambre, session 2001-2002, n° 1570/1) et l'avis 37.325/2, donné le 30 juin 2004, sur un avant-projet devenu la loi du 14 février 2005 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et l'article 10 de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de cette loi (Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, n° 1440/1).

En ce qui concerne le pouvoir d'accorder des dérogations individuelles attribué à la CBFA par les articles 22, alinéa 3 et 26, alinéa 2, en projet, le Conseil d'État réitère de même les observations qu'il a faites à l'égard du procédé ⁴.

5. Selon l'article 28 du projet,

"Les chapitres II à V sont applicables aux organismes assimilés à des organismes de liquidation qui opèrent en Belgique sous forme de succursales d'organismes étrangers.

Les organismes visés à l'alinéa 1^{er} doivent en outre satisfaire aux conditions suivantes :

- 1° ils sont soumis dans leur État d'origine à un régime de contrôle jugé adéquat par la CBFA ;
- 2° les possibilités d'échange d'informations entre la CBFA et les autorités compétentes ou autres instances pertinentes de l'État du droit duquel ils relèvent, n'entravent pas l'exercice d'un contrôle adéquat au sens du présent arrêté."

Les organismes assimilés à des organismes de liquidation étant, aux termes de l'article 1^{er}, 5°, du projet, ceux "qui ont été désignés par le Roi en application de l'article 23, § 7, de la loi du 2 août 2002", le Conseil d'État n'aperçoit pas clairement si cet article 28 concerne d'autres organismes ni, si tel est le cas, quel en serait le fondement légal.

6. L'article 29, alinéa 1^{er}, du projet prévoit, au titre des mesures transitoires,

"Jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions arrêtées en application de l'article 13 du présent arrêté, les règles prévues par l'arrêté d'exécution de l'article 43 de la loi du 22 mars 1993 sont applicables aux organismes de liquidation et aux organismes assimilés à des organismes de liquidation, tant sur base consolidée que sur base non consolidée".

⁽⁴⁾ Voir l'avis 21.755/2, précité (observation générale III).

Les alinéas 2 et 3 de la même disposition prévoient respectivement des conditions supplémentaires et, "dans des cas spéciaux", la possibilité pour la CBFA d'y déroger - après avis de la BNB - de même que celle de déroger à l'extension du champ d'application de l'arrêté visé à l'alinéa 1^{er}.

Outre que l'arrêté en question doit être identifié avec sa date et son intitulé exact, il serait utile, au vu de la complexité du système transitoire ainsi mis en place pour une période en principe courte dans le temps, que l'auteur du projet explique la portée de la disposition dans le Rapport au Roi dès lors qu'elle vise l'une des conditions d'exercice de l'activité des organismes de liquidation et assimilés.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	J.-C. SCHOLSEM,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.137/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 februari 2005 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "houdende het statuut van de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen", heeft op 7 maart 2005 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, 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 ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaand vormvereiste

In de aanhef van het ontwerp wordt onder meer verwezen naar de adviezen van de Nationale Bank van België en van de Europese Centrale Bank, evenwel zonder vermelding van de datum van die adviezen. Dit advies wordt verstrekt onder het voorbehoud dat aan dit vormvereiste wordt voldaan.

Rechtsgrond

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe uitvoering te verlenen aan de artikelen 23 en 41, 2°, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

Artikel 23, § 1, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 bepaalt welke instellingen en bijkantoren als vereffening instellingen diensten van vereffening mogen verstrekken met betrekking tot transacties op een Belgische gereguleerde markt of, op Belgisch grondgebied, zodanige diensten verstrekken mogen met betrekking tot transacties op een buitenlandse gereguleerde markt. Paragraaf 2 van datzelfde artikel bepaalt :

"§ 2. De CBFA is belast met het prudentieel toezicht op de vereffening instellingen die als centrale depositaris erkend zijn krachtens voornoemd koninklijk besluit nr. 62 van 10 november 1967 alsook op de instellingen aangeduid door de Koning om de dienst van vereffening met

.../...

betrekking tot verrichtingen in gedematerialiseerde effecten te verstrekken krachtens artikel 468 van het Wetboek van vennootschappen. Op advies van de CBFA en de NBB bepaalt de Koning :

- 1° onverminderd de artikelen 33 en volgende, de regels inzake het prudentieel toezicht, inclusief de herstelsmaatregelen, van de CBFA op de instellingen bedoeld in § 1 die geen in België gevestigde kredietinstellingen zijn;
- 2° de minimumvereisten inzake organisatie, werking, financiële positie, interne controle en risicobeheer die van toepassing zijn op de instellingen bedoeld in § 1 die geen in België gevestigde kredietinstellingen zijn."

Paragraaf 7, die aan het voornoemde artikel 23 is toegevoegd bij artikel 29 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, bepaalt zijnerzijds :

"Voor de toepassing van de §§ 2 tot 6 en de afdelingen 8 en 9 van dit hoofdstuk worden gelijkgesteld met vereffeningsinstellingen : de in België gevestigde instellingen waarvan het bedrijf bestaat uit het gehele of gedeeltelijke operationele beheer van in § 1 bedoelde diensten van vereffeningsinstellingen, ook wanneer deze laatste in België gevestigde kredietinstellingen zijn. De Koning duidt, op advies van de NBB en de CBFA, de instellingen aan die in het toepassingsgebied vallen van dit lid.

De in het eerste lid bedoelde instellingen dienen een vergunning van de CBFA te verkrijgen. Op advies van de NBB en de CBFA regelt de Koning inzonderheid, zowel op geconsolideerde als niet-geconsolideerde basis, de voorwaarden en de procedure voor de vergunning en handhaving van de vergunning van deze instellingen door de CBFA, met inbegrip van de voorwaarden waaraan de personen die de effectieve leiding waarnemen en de personen die een belangrijke deelneming hebben, moeten voldoen.

Op advies van de NBB en de CBFA kan de Koning, met naleving van de internationale verplichtingen van België, de in het eerste en tweede lid opgenomen regeling geheel of gedeeltelijk toepassen op in het buitenland gevestigde instellingen waarvan het bedrijf bestaat uit het gehele of gedeeltelijke operationele beheer van diensten van in België gevestigde vereffeningsinstellingen bedoeld in § 1, ook wanneer deze laatste in België gevestigde kredietinstellingen zijn."

Voorts bepaalt artikel 41, 2°, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 :

"Worden gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot één jaar en een geldboete van 50 euro tot 10.000 euro of met één van deze straffen alleen :

(...);

- 2° zij die inbreuk plegen op de bepalingen die zijn vastgesteld met toepassing van de artikelen (...) 23 en door de Koning in de betrokken besluiten zijn aangeduid;"

.../...

2. Het is op basis van de bevoegdheden die deze bepalingen van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 aan de Koning verlenen, dat :

- hoofdstuk II van het ontwerp de voorwaarden voor het verkrijgen van een vergunning door de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen naar Belgisch recht vaststelt;
- hoofdstuk III van het ontwerp verscheidene bepalingen van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, die voorwaarden voor de uitoefening van hun activiteit vaststellen, toepasselijk verklaart op de vereffeningsinstellingen die geen in België gevestigde kredietinstellingen zijn, alsmede op de instellingen gelijkgesteld met vereffeningsinstellingen;
- de hoofdstukken IV en V van het ontwerp respectievelijk bepalingen bevatten betreffende het "toezicht op de vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen" en "uitzonderlijke maatregelen en sancties", waarbij op de vereffeningsinstellingen en daarmee gelijkgestelde instellingen de artikelen 46 tot 56 en deels artikel 57 van de voornoemde wet van 22 maart 1993 toepasselijk worden verklaard, dat wil zeggen bepalingen die in die wet van 22 maart 1993 het toezicht door de CBFA regelen, het revisoraal toezicht, de intrekking van een vergunning en uitzonderingsmaatregelen;
- hoofdstuk VI de werkingssfeer van de hoofdstukken II tot V van het ontwerpbesluit uitbreidt tot de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen die zijn opgericht als bijkantoren in België van buitenlandse instellingen;
- hoofdstuk VII voorziet in overgangsmaatregelen.

3.1. Artikel 23, §§ 2 en 7, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 machtigt de Koning om :

- enerzijds voor de vereffeningsinstellingen die geen in België gevestigde kredietinstellingen zijn, de regels te bepalen inzake het prudentieel toezicht uitgeoefend door de CBFA, alsmede de minimumvereisten inzake organisatie, werking, financiële positie, interne controle en risicobeheer;

.../...

- anderzijds voor de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen die de Koning aanwijst, de voorwaarden en de procedure te regelen voor de vergunning en handhaving van de vergunning van deze instellingen door de CBFA, met inbegrip van de voorwaarden waaraan de personen die de effectieve leiding waarnemen en de personen die een belangrijke deelneming hebben, moeten voldoen.

3.2. Aangezien die machtigingen de Koning bevoegdheid verlenen om regels vast te stellen met betrekking tot de instellingen bedoeld in de voornoemde wet van 2 augustus 2002, moet Hij die bevoegdheid zelf uitoefenen, m.a.w. moet Hij de aangelegenheid duidelijk en expliciet regelen in het ontworpen besluit, in plaats van bepalingen van een wetgeving die specifiek de kredietinstellingen betreft, te weten de voornoemde wet van 22 maart 1993, bij wege van een simpele verwijzing toepasselijk te verklaren op de vereffeningsinstellingen en op de daarmee gelijkgestelde instellingen die geen kredietinstellingen zijn.

3.3. Bovendien gaat de verwijzing, in een aantal artikelen van het ontwerp, naar bepalingen van de voornoemde wet van 22 maart 1993 de aan de Koning verleende machtiging te buiten, zelfs indien ermee rekening wordt gehouden dat die machtiging behoorlijk ruim is.

Zulks geldt inzonderheid voor artikel 14 van het ontwerp, dat artikel 24 van de voornoemde wet van 22 maart 1993 toepasselijk verklaart op de erin bedoelde instellingen. Naar luid van dat artikel 24 kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, rechtsprekend zoals in kort geding, immers de maatregelen nemen die worden genoemd in artikel 8, eerste lid, van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen; hij kan eveneens de nietigverklaring uitspreken van sommige besluiten van een algemene vergadering. Aangezien echter een nieuwe bevoegdheid moet worden verleend aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, moet een zodanige bepaling door de wetgever worden vastgesteld.

Ter uitvoering van datzelfde artikel 24 kan de CBFA de uitoefening van bepaalde stemrechten schorsen en kan ze de overdracht van aandelen die vennoten in hun bezit hebben of zelfs het sekwesteren van die aandelen bevelen op kosten van de bezitter ervan. Het valt te betwijfelen of de machtiging vervat in artikel 23, § 2, van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 de Koning toestaat een dermate ruime dwangbevoegdheid te verlenen aan de CBFA.

Bovendien bepaalt artikel 27 van het ontwerp :

"Onverminderd de afdelingen 8 en 9 van hoofdstuk II van de wet van 2 augustus 2002, zijn de bepalingen die de niet-naleving van de in dit besluit van toepassing verklaarde bepalingen van de wet van 22 maart 1993 bestraffen van toepassing."

De afdelingen 8 en 9 van hoofdstuk II van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 regelen echter bepaaldelijk het "Toezicht door de CBFA" (de artikelen 33 tot 37) en de "Strafsancties" (de artikelen 38 tot 43). Tevens worden met toepassing van artikel 41, 2°, van die wet

"(...) gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot één jaar en een geldboete van 50 euro tot 10.000 euro of met één van deze straffen alleen :

1° (...);

2° zij die inbreuk plegen op de bepalingen die zijn vastgesteld met toepassing van de artikelen (...) 23 en door de Koning in de betrokken besluiten zijn aangeduid;".

Aangezien het stelsel van strafmaatregelen aldus geregeld wordt door de voormelde wet van 2 augustus 2002 en vermits artikel 41, 2°, van diezelfde wet uitdrukkelijk de strafmaatregelen bepaalt toepasselijk op degenen die zich niet houden aan de bepalingen welke onder meer ingevolge artikel 23 van diezelfde wet worden vastgesteld en die door de Koning in de betrokken besluiten worden aangewezen, mag de Koning bovendien, onder de dekmantel van de machtigingen die hem door de voornoemde artikelen 23 en 41, 2°, worden verleend, niet op de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen mede toepasselijk verklaren die bepalingen van de meergenoemde wet van 22 maart 1993 welke ook ten doel zouden hebben het strafrechtelijk bestraffen van schending van de bepalingen van diezelfde wet van 22 maart 1993, welke overigens door het ontworpen besluit toepasselijk worden

.../...

verklaard op de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen. Bovendien het ontbreken van een machtiging daartoe zou een dergelijke werkwijze er immers op neerkomen dat voor dezelfde feiten twee stelsels van strafmaatregelen elkaar overlappen, wat niet aanvaardbaar is.

3.4. Ten slotte doet de werkwijze waarbij verwezen wordt naar artikelen van de genoemde wet van 22 maart 1993 de volgende bezwaren rijzen :

a) Ze leidt ertoe dat op de instellingen waarop de voornoemde wet van 2 augustus 2002 betrekking heeft, een reeks bepalingen van de genoemde wet van 22 maart 1993 worden toegepast, alsmede, op automatische wijze, de wijzigingen die in het vervolg in deze bepalingen zouden kunnen worden aangebracht. Daardoor kan het werken met verwijzingen problemen van verenigbaarheid van rechtregels meebrengen: een bepaling die verenigbaar is op het ogenblik waarop ze van toepassing wordt verklaard, kan immers misschien niet meer verenigbaar zijn zodra ze gewijzigd is.

b) Bij het ontworpen besluit worden sommige bepalingen van de voormelde wet van 22 maart 1993 van toepassing verklaard, die op hun beurt de Koning machtigen uitvoeringsmaatregelen te nemen, onder meer wanneer de CBFA geen reglement vaststelt ter uitvoering van sommige verplichtingen, zoals het geval is met artikel 27, § 2, derde lid, van deze wet. Een dergelijke werkwijze maakt de wetgeving die van toepassing is op de instellingen bedoeld in artikel 23, §§ 2 en 7, tweede lid, van de genoemde wet van 2 augustus 2002 veel ingewikkelder, wat bijgevolg de leesbaarheid ervan schaadt en dus ook de rechtszekerheid voor de ondernemingen van de betrokken sector.

c) Daar de voormelde wet van 22 maart 1993, wat sommige van zijn artikelen betreft krachtens het ontworpen besluit toepasselijk wordt gemaakt op andere instellingen dan die waarop die wet oorspronkelijk doelde, kan de Raad van State alleen maar de opmerkingen herhalen die hij over het voorontwerp (dat de meergenoemde wet van 22 maart 1993 geworden is) had gemaakt ¹.

(1) Zie advies 21.755/2, gegeven op 29 oktober 1992, over een voorontwerp van wet op het statuut en de controle van de kredietinstellingen, inzonderheid in verband met de artikelen 24, 34, 44, 46, 53, 54 en 55 van de genoemde wet van 22 maart 1993, die bij het ontwerp van besluit van toepassing zijn verklaard op de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen (Gedr. St., Senaat, zitting 1992-1993, nr. 616/2, blz. 9).

d) De verwijzing in een verordeningbesluit naar bepalingen van wetgevende aard leidt eveneens tot verwarring ten aanzien van de hiërarchie van de normen, wat de taak van de rechter die zich moet uitspreken over een eventuele exceptie van onwettigheid niet zal vergemakkelijken.

3.5. De slotsom is dat het voorontwerp grondig moet worden herzien door in het besluit die voorschriften van de genoemde wet van 22 maart 1993 op te nemen, die de steller van het voorontwerp van toepassing wenst te verklaren, zonder de grenzen van de aan de Koning verleende machtiging te overschrijden.

4. In verschillende bepalingen van het ontwerp van koninklijk besluit wordt aan de CBFA verordenende bevoegdheid verleend. Dit is inzonderheid het geval met de ontworpen artikelen 10, § 10, 13 en 22.

In dit verband staan twee mogelijkheden open :

a) Ofwel bestaat de strekking van deze bepalingen erin verordenende bevoegdheid te verlenen aan de CBFA in dezelfde aangelegenheden als die welke bedoeld worden in artikel 64 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, eerste lid :

"In de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd is, kan de CBFA reglementen vaststellen ter aanvulling van de betrokken wettelijke of reglementaire bepalingen betreffende technische punten".

In dat geval zijn deze bepalingen nutteloos en dienen ze achterwege te worden gelaten, behalve, wat specifiek het voormelde artikel 10, § 10, betreft, indien het met de bepaling nagestreefde oogmerk erin bestaat naast de procedure voor de goedkeuring van de reglementen van de CBFA, een procedure die is vastgesteld bij artikel 49, § 3, van de genoemde wet van 2 augustus 2002, het voorafgaande advies van de NBB op te leggen. Indien dit het geval is, zou artikel 10, § 10, worden behouden en als volgt geredigeerd worden :

"§10. Voor het bepalen van de toepasselijke regels betreffende de verplichtingen bedoeld in dit artikel, worden de conform artikel 64 van de wet van 2 augustus 2002 door de CBFA vastgestelde reglementen bepaald na advies van de NBB".

.../...

b) Ofwel strekken deze bepalingen ertoe aan de CBFA een verordenende bevoegdheid te verlenen in andere aangelegenheden dan die welke worden bedoeld in het bovengenoemde artikel 64, eerste lid.

In dat geval is deze werkwijze onaanvaardbaar ², omdat het erom gaat bij koninklijk besluit een nieuwe verordenende bevoegdheid te verlenen aan de CBFA in nieuwe aangelegenheden, zonder uitdrukkelijke machtiging daartoe ³.

Wat betreft de bevoegdheid om individuele afwijkingen toe te kennen die aan de CBFA wordt verleend bij de ontworpen artikelen 22, derde lid, en 26, tweede lid, herhaalt de Raad van State eveneens de opmerkingen die hij in verband met deze werkwijze heeft gemaakt ⁴.

5. Artikel 28 van het ontwerp bepaalt het volgende :

"Hoofdstukken II tot V zijn van toepassing op met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen die zijn opgericht als bijkantoren in België van buitenlandse instellingen.

(2) Zie eveneens advies 35.085/2, gegeven op 20 maart 2003, over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 31 maart 2003 over de melding van transacties in financiële instrumenten en over de bewaring van gegevens.

(3) Wat betreft de toekenning door de wetgever van verordenende bevoegdheid aan overheden zonder politieke verantwoordelijkheid, zie inzonderheid het voormelde advies 21.755/2, advies 31.153/2, gegeven op 12 februari 2001, over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 3 mei 2002 tot wijziging van de onverenigbaarheidsregeling voor de leiders van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (Gedr. St., Kamer, zitting 2001-2002, nr. 1570/1) en advies 37.325/2, gegeven op 30 juni 2004, over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 14 februari 2005 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, en artikel 10 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van deze wet (Gedr. St., Kamer, zitting 2004-2005, nr. 1440/1).

(4) Zie het voormelde advies 21.755/2 (algemene opmerking III).

De in het eerste lid bedoelde instellingen dienen bovendien aan de volgende voorwaarden te voldoen :

- 1° zij zijn in hun Staat van herkomst onderworpen aan een toezichtsregeling die door de CBFA toereikend wordt gevonden;
- 2° de mogelijkheden tot informatie-uitwisseling tussen de CBFA en de bevoegde overheden of andere relevante instanties van de Staat onder wiens recht de instelling ressorteert, vormen geen beletsel voor een passend toezicht in de zin van dit besluit."

Daar de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen naar luid van artikel 1, 5°, van het ontwerp de instellingen zijn "die door de Koning zijn aangeduid met toepassing van artikel 23, § 7, van de wet van 2 augustus 2002", is het de Raad van State niet duidelijk of dat artikel 28 betrekking heeft op andere instellingen, noch, indien dit het geval is, wat de rechtsgrond ervan zou zijn.

6. Artikel 29, eerste lid, van het ontwerp voorziet in het volgende, bij wijze van overgangsbepalingen :

"Tot de inwerkingtreding van de uitvoeringsbepalingen van artikel 13 van dit besluit, zijn de regels bedoeld in het uitvoeringsbesluit van artikel 43 van de wet van 22 maart 1993, van toepassing op de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen, op geconsolideerde en niet-geconsolideerde basis."

Het tweede en derde lid van dezelfde bepaling voorzien respectievelijk in bijkomende voorwaarden en, "in bijzondere gevallen", in de mogelijkheid voor de CBFA om ervan af te wijken - na advies van de NBB - alsmede in de mogelijkheid om af te wijken van de uitbreiding van het toepassingsgebied van het in het eerste lid genoemde besluit.

Niet alleen moeten de datum en het precieze opschrift van het bewuste besluit worden aangegeven, maar het zou ook nuttig zijn, gelet op de complexiteit van de overgangsregeling die aldus wordt ingesteld voor een periode die in principe kort zal zijn, dat de steller van het ontwerp de strekking van de bepaling zou uitleggen in het verslag aan de Koning, doordat deze bepaling betrekking heeft op een van de voorwaarden voor de uitoefening van de activiteit van de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	J.-C SCHOLSEM,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS