

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 38.482/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 27 mai 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 23 janvier 1991 relatif aux titres de la dette de l'État, fixant la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de diverses lois et abrogeant l'arrêté royal du 22 décembre 1995 relatif au contrôle des teneurs de comptes agréés pour la tenue des comptes de titres dématérialisés de l'État, des Communautés, des Régions, des provinces, des autorités locales ou des établissements publics", a donné le 23 juin 2005 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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.

### Portée du projet d'arrêté

Le projet d'arrêté a un double objet.

D'une part, il vise à mettre en oeuvre l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire en adaptant l'arrêté royal du 23 janvier 1991 relatif aux titres de la dette de l'État.

Cet article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1991, précitée, prévoit :

"Le Roi peut, pour l'application des articles 3 à 11, fixer des modalités concernant la délivrance et le retrait d'un agrément, l'organisation de la comptabilité des teneurs de comptes, le fonctionnement des comptes, les extraits et relevés qui doivent être délivrés aux titulaires de comptes-titres, les paiements par les teneurs de comptes des intérêts et capitaux échus des titres inscrits en compte, les données globales à communiquer par les teneurs de comptes à des fins statistiques ou de contrôle<sup>(1)</sup>, le contrôle de l'observation par les teneurs de comptes agréés des dispositions légales et réglementaires applicables et, sur la proposition de la banque nationale de Belgique, les modalités des rémunérations dues à celle-ci par les membres de système de compensation de titres."

En corollaire, le projet d'arrêté abroge l'arrêté du 22 décembre 1995 relatif au contrôle des teneurs de comptes agréés pour la tenue de comptes de titres dématérialisés de l'État, des Communautés, des Régions, des provinces, des autorités locales ou des établissements publics.

---

<sup>(1)</sup> Sur ce point, l'arrêté en projet ne prévoit aucune disposition particulière : ce sont celles de l'actuel article 49 de l'arrêté royal du 23 janvier 1991, précité, qui s'appliquent.

D'autre part, l'arrêté en projet fait entrer en vigueur les dispositions des lois suivantes :

- l'article 132, 1° et 2°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, de telle sorte que le Fonds des rentes - régi par l'arrêté-loi du 18 mai 1945 portant création d'un Fonds des rentes - ne sera plus investi de la mission de surveillance de l'observation des dispositions légales et réglementaires applicables à la conservation et à l'administration de valeurs mobilières;
- les articles 18, 22, 31 et 71 de la loi du 15 décembre 2004 relatif 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 de manière telle que la Commission bancaire, financière et des assurances (CBFA) puisse remplir le rôle qui lui est assigné en matière d'agrément des teneurs de comptes de titres dématérialisés et la Banque nationale de Belgique (BNB), en ce qui concerne la liquidation de ces titres;
- l'article 19 de la loi du 15 décembre 2004, précitée, et les articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 modifiant diverses dispositions légales en matière d'instruments financiers et de systèmes de compensation de titres de façon à permettre aux propriétaires des titres dématérialisés d'exercer leur demande en revendication auprès de la BNB compte tenu du rôle qui lui est dévolu en exécution de cet article 19 de la loi du 15 décembre 2004, précitée.

#### Observations générales

1. Le fonctionnaire délégué a décrit le contexte juridique de droit européen dans lequel s'insère le projet d'arrêté royal, en ces termes :

"La conservation et l'administration des valeurs mobilières pour le compte de clients sont des services d'investissement soumis à l'application de la directive 93/22/CEE du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et donc à l'agrément et au contrôle d'une «autorité compétente» avec application du «passport européen».

.../...

Cette directive laisse la possibilité de disposer de plusieurs autorités compétentes chargées de remplir chacune des fonctions prévues dans les différentes dispositions de la directive. Ainsi, en matière de teneurs de comptes, l'agrément était du ressort du Ministre des Finances et le contrôle du ressort du Fonds des Rentes.

Au moment des travaux parlementaires concernant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier, une nouvelle directive était en préparation : la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers, largement anticipée.

Le Législateur a voulu centraliser le contrôle du secteur financier dans le chef de la CBFA, à tout le moins en ce qui concerne le contrôle des teneurs de comptes pour les investisseurs puisque c'est elle qui dès le départ est chargée d'accorder l'agrément général d'activité de l'établissement financier et que la conservation de valeurs mobilières est un service qu'il peut rendre à ses clients. Charger également la CBFA du contrôle des teneurs de comptes découlait de cette centralisation de l'autorité compétente.

La nouvelle architecture juridique est donc bien conforme au droit européen et facilite les relations entre États en matière de contrôle de l'activité relative aux services d'investissement par l'unicité de l'autorité compétente en Belgique."

2. Il a été demandé au fonctionnaire délégué si l'avant-projet de loi portant suppression des titres au porteur pouvait avoir une incidence sur l'arrêté en projet. Sur ce point, le délégué a répondu :

"L'avant-projet de loi portant suppression des titres au porteur n'a aucune incidence sur le présent projet d'arrêté royal. Au contraire, cet AR est indispensable pour permettre la mise en place de la nouvelle architecture juridique qui servira à l'agrément et au contrôle des teneurs de comptes de titres dématérialisés du secteur public introduite par la loi du 15 décembre 2004. L'avant-projet de loi précité crée d'ailleurs un cadre juridique comparable à celui du secteur public pour la tenue de comptes de titres du secteur privé, encore inexistant, basé également sur l'unicité de l'autorité compétente : la CBFA."

L'arrêté en projet ne fait que régler la question de l'agrément des teneurs de comptes de titres dématérialisés. Il faut donc supposer que les dispositions de l'arrêté en projet sont celles qui vont s'appliquer dans le cadre de la mise en oeuvre de l'avant-projet de loi "portant suppression des titres au porteur" <sup>2</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Voir l'avis 38.401/2, donné le 1<sup>er</sup> juin 2005 et, plus particulièrement, l'observation générale 3

### Observations particulières

L'arrêté en projet modifie l'arrêté royal du 23 janvier 1991, précité, pour y régler les modalités d'agrément des teneurs de comptes de titres dématérialisés (articles 1<sup>er</sup> et 2 du projet), de l'organisation de leur comptabilité (article 6 du projet), du fonctionnement des comptes-titres (article 7 du projet), des paiements des intérêts et capitaux ainsi que des extraits et relevés (articles 4 et 8 du projet).

### Préambule

1. Une notice d'information concernant le projet d'arrêté royal a été jointe par son auteur à la demande d'avis adressée au Conseil d'État.

Pour rendre l'arrêté plus aisément intelligible, ce document mériterait d'être publié au Moniteur belge sous la forme d'un rapport au Roi et le commentaire consacré à chaque article gagnerait à y être plus développé; il sera ainsi possible d'omettre les considérants du préambule.

2. L'arrêté en projet apporte exécution à l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 2 janvier 1991, précitée, il y a donc lieu de compléter l'alinéa 2 du préambule en ce sens.

### Dispositif

#### Articles 1<sup>er</sup> et 2

(articles 36 et 37 en projet)

1.1. L'article 1<sup>er</sup> du projet (article 36 en projet) organise un premier régime d'agrément qui s'applique à toutes les personnes morales de droit belge ainsi qu'aux succursales établies en Belgique de personnes morales constituées conformément au droit d'un État étranger.

.../...

L'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition prévoit que ces institutions doivent, avant d'entamer leurs activités de détention de comptes de titres dématérialisés pour compte de tiers, disposer d'un agrément de la CBFA.

Or, l'article 71 de la loi du 15 décembre 2004, précitée, - que l'article 10, 2°, du projet d'arrêté met en vigueur concomitamment à sa date de publication - dispose que :

"Les institutions agréées par application de l'arrêté ministériel du 24 janvier 1994 portant agrément général, octroyé par catégorie d'établissements, pour la tenue de compte de titres dématérialisés de la dette publique, qui tombent dans le champ d'application de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1991, sont de plein droit agréées jusqu'à ce que la Commission bancaire, financière et des assurances prenne une autre décision."

Il convient que l'auteur veille à une bonne articulation de l'application dans le temps de ces deux dispositions.

1.2. L'article 12 de la loi du 2 janvier 1991, précitée, que l'arrêté en projet exécute prévoit que le Roi fixe les modalités concernant la délivrance et le retrait d'agrément. Le projet ne prévoit rien en ce qui concerne la suspension ou la révocation de l'agrément. Il doit être complété sur ce point.

1.3. À l'article 36 en projet, alinéa 4, il est inutile de prévoir que la décision de la CBFA doit être motivée, cette obligation résultant de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

1.4. Invité à justifier le régime de rejet implicite de la demande d'agrément en qualité de teneurs de comptes instauré par l'article 36 en projet, alinéa 4, le fonctionnaire délégué a répondu ce qui suit :

"En matière d'agrément d'entreprises d'investissement de droit belge, si l'on se réfère à l'art. 122, 7° de la loi du 2 août 2002, quant il n'est pas statué par la CBFA dans les délais prescrits, le recours est traité comme s'il y avait eu rejet de la demande.

La même logique est suivie dans le projet d'arrêté royal."

Seule la loi - et non un arrêté royal comme le fait le projet à l'examen - peut déroger aux principes consacrés par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La dernière phrase de l'article 36 en projet, alinéa 4, doit en conséquence être omise.

1.5. Le régime d'agrément est actuellement réglé par les articles 36, 37 et 39 de l'arrêté royal du 23 janvier 1991, précitée, qui portent sur les conditions d'agrément, les pièces que doit au moins comporter le dossier de demande d'agrément et le refus d'agrément.

Dans le régime que prévoit l'article 1<sup>er</sup> du projet, plus aucune disposition n'indique les pièces à transmettre dans le dossier de demande d'agrément.

Dans un souci de transparence, la question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de maintenir une énumération des pièces que doit contenir le dossier de demande introduit auprès de la CBFA.

2.1. L'article 2 de l'arrêté en projet (article 37 en projet) organise un deuxième régime d'agrément qui s'applique aux personnes morales visée par le premier régime mais qui sont "autres qu'un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une succursale établie en Belgique d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement étrangère".

Il semble que ce faisant l'arrêté en projet organise un régime qui vienne se superposer au premier - prévu par l'article 1<sup>er</sup> du projet - en exigeant de ces personnes morales des conditions supplémentaires à remplir.

Ces conditions sont :

- aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup>, des conditions prévues par la loi du 6 avril 1995 relative au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements (portant sur le capital initial, les détenteurs de capital, les dirigeants, l'organisation et l'administration centrale, les fonds propres minimums, les modifications dans la structure du capital, la direction et les dirigeants, certaines interdictions, les coefficients réglementaires ainsi que les informations périodiques et les règles comptables);
- aux termes de l'alinéa 2, des conditions ne s'appliquant qu'aux succursales établies en Belgique de personnes morales constituées conformément au droit d'un État étranger.

2.2. Invité à préciser la portée de l'article 37 en projet et son caractère juridiquement admissible, le fonctionnaire délégué a apporté les éléments de réponse suivants :

"L'article 12 de la loi du 2 janvier 1991 autorise le Roi, pour l'application des articles 3 à 11, à fixer les modalités concernant la délivrance et le retrait d'un agrément.

Il y a plusieurs catégories de teneurs de comptes et l'objectif est, pour chacune de celles-ci, d'offrir aux détenteurs de titres dématérialisés des garanties similaires.

Rien, dans l'article 12, n'empêche le Roi de prendre des mesures spécifiques selon la catégorie de teneurs de comptes pour atteindre cet objectif, sinon c'est la crédibilité même du système de tenue des comptes qui est mise en jeu.

Comme la réglementation relative aux teneurs de comptes doit être considérée comme la réglementation fonctionnelle de cette activité sur le territoire belge, il faut aussi appréhender ces règles avec les règles prudentielles générales applicables aux dépositaires (principalement les établissements de crédit, les entreprises d'investissements et les dépositaires centraux de titres) qui continuent à s'appliquer sans restriction .

1) Pour les personnes morales visées à l'article 3, § 2, 1° et 3° autres que celles énumérées par l'art. 37, alinéa premier, il faut à tout le moins qu'elles remplissent certaines conditions de base comme celles applicables à l'agrément des entreprises d'investissement (références à la loi du 6 avril 1995). Il s'agit en réalité d'empêcher que n'importe quelle personne morale n'offre le service de conservation de titres dématérialisés sans au moins satisfaire à une assimilation minimale à une entreprise d'investissement soumise au contrôle de la CBFA.

.../...

2) Le système actuel a une portée territoriale illimitée. Il est cependant impossible d'obliger des établissements situés à l'étranger de demander un agrément et surtout d'assurer leur contrôle. Dans le nouveau système, la portée est donc limitée au territoire belge. La détention de titres dématérialisés d'origine belge à l'étranger et par l'intermédiaire d'un dépositaire à l'étranger n'est plus soumise à agrément, même si elle est exercée à l'attention d'un client belge.

Par contre, une société étrangère peut offrir à ses clients le service de la conservation et de l'administration de ses titres en Belgique.

D'où, dans le cas de sociétés étrangères non soumises au droit belge ou ne bénéficiant pas du passeport européen, l'obligation de se conformer à certaines règles spécifiques que l'on retrouve à l'art. 37, alinéa 2, pour assurer le détenteur de titres d'une garantie équivalente à celui qu'il obtiendrait d'un établissement de droit belge."

L'interprétation des termes "modalités concernant la délivrance d'un agrément" proposée par le fonctionnaire délégué paraît admissible compte tenu du contexte.

2.3. La question se pose de savoir si l'auteur du projet entend les conditions du deuxième régime d'agrément comme se superposant à celles du premier qui constituerait en quelque sorte ainsi le régime de base de l'agrément.

Selon les explications du fonctionnaire délégué, les deux dispositions doivent être partiellement combinées. Le système mis en place doit, dès lors, être mieux articulé afin de faire apparaître précisément comment se combinent les articles 1<sup>er</sup> et 2 du projet.

2.4. En ce qui concerne l'article 37 en projet, alinéa 2, le Conseil d'État s'interroge quant à la portée de certaines dispositions :

- aux termes de l'alinéa 2, 1°, l'institution doit "prouver que l'autorité d'origine qui est compétente pour délivrer l'agrément pour détenir des titres, leur a octroyé un pareil agrément" : ne serait-il pas préférable de prévoir que l'institution fournit une copie de l'agrément qui lui a été octroyé par l'autorité compétente ou copie de toute pièce tenant lieu d'agrément ?

- aux termes de l'alinéa 2, 2°, les possibilités d'échange d'informations entre la CBFA et les autorités compétentes de l'état du droit duquel relève l'institution, n'entravent pas l'exercice "d'un contrôle adéquat" : ne conviendrait-il pas de préciser ce qu'il faut entendre par "contrôle adéquat" ?
- aux termes de l'alinéa 2, 3°, l'institution doit pouvoir "prouver à l'aide d'un avis juridique, motivé et documenté, émanant d'un juriste compétent en la matière" qu'en cas de liquidation, faillite ou de procédure similaire sur ses biens, la loi applicable permet la revendication du montant des titres dématérialisés : qui va apprécier que l'avis juridique est motivé et documenté et émane d'un juriste compétent en la matière ?

Ces questions doivent trouver réponse afin d'encadrer le rôle de la CBFA, a fortiori s'il s'agit de conditions d'agrément.

### Article 11

Le fonctionnaire délégué a été invité à vérifier et à justifier les effets dans le temps de cette disposition.

Il a répondu ce qui suit :

"Les articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 modifiant la loi du 2 janvier 1991 visent des dispositions relatives aux sûretés financières. Le Roi détermine leur entrée en vigueur. Alors que celle-ci était envisagée, les travaux qui donneront naissance à la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 étaient en cours. Cette directive est transposée par la loi du 15 décembre 2004. Comme les dispositions prévues aux articles 23 et 24 s'avéraient fragmentaires par rapport à l'ensemble des mesures à prendre, il a été jugé utile d'attendre la nouvelle loi de transposition afin de livrer des mesures complètes en cette matière de sûretés.

C'est la raison pour laquelle il est prévu que ces deux articles produisent leurs effets à la date de publication de la loi du 15 décembre 2004.

L'entrée en vigueur de l'art. 19 de la loi du 15 décembre 2004 à la date de publication du présent projet ne nuit pas à l'effet rétroactif des dispositions des articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 à la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 décembre 2004.

.../...

L'art. 19 permet de donner une nouvelle rédaction complète de l'art. 4 de la loi du 2 janvier 1991, modifié à plusieurs reprises, et de donner à la BNB en tant que système de compensation sa nouvelle dénomination d' »organisme de liquidation » au sens de la loi du 2 août 2002 .

Il n'en reste pas moins que l'article 4 actuel de la loi du 2 janvier 1991 prévoit bien le rôle de système de compensation de la BNB, ce qui est d'ailleurs l'arrête dorsale du système de titres dématérialisés. Donc les articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 trouvent à s'appliquer dans le cadre des sûretés quand bien même l'art. 4 précité nouveau n'est pas encore entré en vigueur."

À défaut d'habilitation légale expresse, un arrêté réglementaire ne peut emporter d'effet rétroactif qu'à titre exceptionnel lorsque cette rétroactivité est nécessaire notamment à la continuité du service public ou à la régularisation d'une situation de fait ou de droit et pour autant qu'elle respecte les exigences de la sécurité juridique et les droits individuels.

L'auteur du projet doit être en mesure de justifier que ces conditions sont remplies.

-----

La chambre était composée de

|           |              |                       |
|-----------|--------------|-----------------------|
| Messieurs | Y. KREINS,   | président de chambre, |
|           | J. JAUMOTTE, | conseillers d'État,   |
| Mesdames  | M. BAGUET,   |                       |
|           | B. VIGNERON, | greffier.             |

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

-----

ADVIES 38.482/2

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

-----

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 27 mei 2005 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 januari 1991 betreffende de effecten van de staatsschuld, tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van sommige bepalingen van verschillende wetten, en tot opheffing van het koninklijk besluit van 22 december 1995 betreffende het toezicht op de instellingen die erkend zijn om rekeningen van gedematerialiseerde effecten van de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de Provincies, de plaatselijke overheden of de openbare instellingen bij te houden", heeft op 23 juni 2005 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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.

#### Strekking van het ontwerpbesluit

Het ontwerp heeft een tweeledig doel.

Enerzijds strekt het ertoe uitvoering te geven aan artikel 12, eerste lid, van de wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetair beleidsinstrumentarium door het koninklijk besluit van 23 januari 1991 betreffende de effecten van de staatsschuld aan te passen.

Dit artikel 12, eerste lid, van de voormelde wet van 2 januari 1991 bepaalt :

"De Koning kan, voor de toepassing van de artikelen 3 tot 11, regels vaststellen voor de toekenning en de intrekking van een vergunning, voor het bijhouden van rekeningen, de organisatie van de boekhouding van die instellingen, de functionering van de effectenrekeningen, de afgifte van de rekeningoverzichten en de opgaven aan de houders van de effectenrekeningen, de betalingen door de instellingen die rekeningen bijhouden van de vervallen interesten en kapitalen van op rekening geboekte effecten, de globale gegevens die de instellingen die rekeningen bijhouden, moeten mededelen voor statistische of controledoeleinden <sup>1</sup>, het toezicht op de naleving door de erkende instellingen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn en, op voorstel van de Nationale Bank van België, de regels voor de vergoeding aan haar verschuldigd door de leden van haar effectenclearingstelsel."

---

<sup>(1)</sup> Op dat punt voorziet het ontworpen besluit in geen enkele bijzondere bepaling : de bepalingen van het huidige artikel 49 van het voormelde koninklijk besluit van 23 januari 1991 zijn het die van toepassing zijn.

Als logisch gevolg daarvan heft het ontwerp-besluit het besluit op van 22 december 1995 betreffende het toezicht op de instellingen die erkend zijn om rekeningen van gedematerialiseerde effecten van de Staat, de gemeenschappen, de gewesten, de provincies, de plaatselijke overheden of de openbare instellingen bij te houden.

Anderzijds doet het ontworpen besluit de bepalingen van de volgende wetten in werking treden :

- artikel 132, 1° en 2°, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, zodat het Rentenfonds, waarop de besluit-wet van 18 mei 1945 tot oprichting van een Rentenfonds van toepassing is, niet meer de taak zal hebben toezicht te houden op de naleving van de wets- en verordeningsbepalingen die van toepassing zijn op de bewaarneming en het beheer van effecten;
- de artikelen 18, 22, 31 en 71 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, zodat de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA) de rol kan vervullen die haar is toegekend inzake erkenning van de instellingen die rekeningen van gedematerialiseerde effecten bijhouden en de Nationale Bank van België (NBB), wat de vereffening van die effecten betreft;
- artikel 19 van de voormelde wet van 15 december 2004 en de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juli 1998 tot wijziging van sommige wettelijke bepalingen inzake financiële instrumenten en effectenclearingstelsels, zodat de eigenaars van gedematerialiseerde effecten bij de NBB hun terugvordering kunnen instellen, gelet op de rol die deze bank is toegewezen ter uitvoering van dit artikel 19 van de voormelde wet van 15 december 2004.

### Algemene opmerkingen

1. De gemachtigde ambtenaar heeft de juridische context van Europees recht waarin het ontwerp van koninklijk besluit past, omschreven als volgt :

"La conservation et l'administration des valeurs mobilières pour le compte de clients sont des services d'investissement soumis à l'application de la directive 93/22/CEE du Conseil concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières et donc à l'agrément et au contrôle d'une «autorité compétente» avec application du «passeport européen».

Cette directive laisse la possibilité de disposer de plusieurs autorités compétentes chargées de remplir chacune des fonctions prévues dans les différentes dispositions de la directive. Ainsi, en matière de teneurs de comptes, l'agrément était du ressort du Ministre des Finances et le contrôle du ressort du Fonds des Rentes.

Au moment des travaux parlementaires concernant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier , une nouvelle directive était en préparation : la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers, largement anticipée.

Le Législateur a voulu centraliser le contrôle du secteur financier dans le chef de la CBFA , à tout le moins en ce qui concerne le contrôle des teneurs de comptes pour les investisseurs puisque c'est elle qui dès le départ est chargée d'accorder l'agrément général d'activité de l'établissement financier et que la conservation de valeurs mobilières est un service qu'il peut rendre à ses clients. Charger également la CBFA du contrôle des teneurs de comptes découlait de cette centralisation de l'autorité compétente.

La nouvelle architecture juridique est donc bien conforme au droit européen et facilite les relations entre États en matière de contrôle de l'activité relative aux services d'investissement par l'unicité de l'autorité compétente en Belgique."

2. Aan de gemachtigde ambtenaar is de vraag gesteld of het voorontwerp van wet houdende afschaffing van de effecten aan toonder een weerslag kan hebben op het ontworpen besluit. Op dat punt heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende geantwoord :

"L'avant-projet de loi portant suppression des titres au porteur n'a aucune incidence sur le présent projet d'arrêté royal. Au contraire, cet AR est indispensable pour permettre la mise en place de la nouvelle architecture juridique qui servira à l'agrément et au contrôle des teneurs de comptes de titres dématérialisés du secteur public introduite par la loi du 15 décembre 2004. L'avant-projet de loi précité crée d'ailleurs un cadre juridique comparable à celui du secteur public pour la tenue de comptes de titres du secteur privé, encore inexistant, basé également sur l'unicité de l'autorité compétente : la CBFA."

Het ontworpen besluit regelt slechts de kwestie van de erkenning van de instellingen die gedematerialiseerde effecten bijhouden. Er moet dus van worden uitgegaan dat de bepalingen van het ontworpen besluit die zijn welke zullen worden toegepast in het kader van de implementatie van het voorontwerp van wet "houdende afschaffing van de effecten aan toonder" <sup>2</sup>.

### Bijzondere opmerkingen

Het ontworpen besluit wijzigt het voormelde koninklijk besluit van 23 januari 1991 om daarin de nadere regels vast te leggen voor de erkenning van de instellingen die rekeningen van gedematerialiseerde effecten bijhouden (artikelen 1 en 2 van het ontwerp), voor de organisatie van hun boekhouding (artikel 6 van het ontwerp), voor de werking van effectenrekeningen (artikel 7 van het ontwerp), voor het uitbetalen van interesten en kapitalen, alsmede voor uittreksels en opgaven (artikelen 4 en 8 van het ontwerp).

### Aanhef

1. De indiener van het ontwerp van koninklijk besluit heeft bij de aan de Raad van State gerichte adviesaanvraag een informatieve notitie gevoegd over het ontwerp van koninklijk besluit.

Om het besluit bevattelijker te maken, zou dit stuk moeten worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad in de vorm van een verslag aan de Koning en verdient het aanbeveling de commentaar die aan elk artikel wordt gewijd erin uit te breiden; zodoende zal het mogelijk zijn de overwegingen uit de aanhef weg te laten.

2. Het ontworpen besluit geeft uitvoering aan artikel 12, eerste lid, van de voormelde wet van 2 januari 1991; het tweede lid van de aanhef dient dus in die zin te worden aangevuld.

---

<sup>(2)</sup> Zie advies 38.401/2, gegeven op 1 juni 2005, meer bepaald algemene opmerking 3.

### Dispositief

#### Artikelen 1 en 2

(ontworpen artikelen 36 en 37)

1.1. Artikel 1 van het ontwerp (ontworpen artikel 36) voorziet in een eerste erkenningsstelsel dat van toepassing is op alle rechtspersonen naar Belgisch recht, alsmede op de in België gevestigde bijkantoren van rechtspersonen opgericht naar het recht van een vreemde Staat.

Het eerste lid van die bepaling schrijft voor dat die instellingen, alvorens zij hun werkzaamheden inzake het bijhouden van rekeningen van gedematerialiseerde effecten voor derden aanvatten, moeten beschikken over een vergunning van de CBFA.

Artikel 71 van de voormelde wet van 15 december 2004, dat bij artikel 10, 2°, van het ontwerpbesluit in werking wordt gesteld op de datum van bekendmaking van dat besluit, bepaalt evenwel :

"De instellingen, erkend met toepassing van het ministerieel besluit van 24 januari 1991 houdende algemene, per categorie van instellingen, verleende vergunning voor het bijhouden van rekeningen van gedematerialiseerde effecten van overheidsschuld, die binnen de toepassing vallen van artikel 3 van de wet van 2 januari 1991 verkrijgen van rechtswege een vergunning tot de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen een andere beslissing neemt."

De indiener van het ontwerp dient erop, toe te zien dat de toepassing in de tijd van beide bepalingen goed op elkaar wordt afgestemd.

1.2. Artikel 12 van de voormelde wet van 2 januari 1991, waaraan het ontworpen besluit uitvoering geeft, bepaalt dat de Koning de regels vaststelt voor de toekenning en de intrekking van een vergunning. Het ontwerp bepaalt niets omtrent de schorsing of de herroeping van de vergunning. Het moet op dat punt worden aangevuld.

1.3. In het ontworpen artikel 36, vierde lid, heeft het geen zin te bepalen dat de beslissing van de CBFA moet worden gemotiveerd, daar deze beslissing voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijk motivering van de bestuurshandelingen.

.../...

1.4. De gemachtigde ambtenaar is gevraagd om rechtvaardiging van de regeling voor impliciete verwerping van de aanvraag om te worden erkend als instelling die rekeningen bijhoudt, ingevoerd bij het ontworpen artikel 36, vierde lid; hij heeft het volgende geantwoord :

"En matière d'agrément d'entreprises d'investissement de droit belge, si l'on se réfère à l'art. 122, 7° de la loi du 2 août 2002, quant il n'est pas statué par la CBFA dans les délais prescrits, le recours est traité comme s'il y avait eu rejet de la demande.

La même logique est suivie dans le projet d'arrêté royal."

Alleen de wet - en niet een koninklijk besluit zoals in het voorliggende ontwerp - kan afwijken van de beginselen neergelegd in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijk motivering van de bestuurshandelingen.

De laatste zin van het ontworpen artikel 36, vierde lid, moet bijgevolg vervallen.

1.5. Het vergunningsstelsel wordt thans geregeld door de artikelen 36, 37 en 39 van het voormelde koninklijk besluit van 23 januari 1991, die betrekking hebben op de vergunningsvoorwaarden, de stukken die het dossier met de vergunningsaanvraag op zijn minst moet bevatten, en de weigering om de vergunning te verlenen.

De regeling waarin artikel 1 van het ontwerp voorziet, bevat geen enkele bepaling meer omtrent welke stukken dienen te worden toegezonden in het dossier met de vergunningsaanvraag.

Ter wille van de doorzichtigheid rijst de vraag of het niet verkieslijk zou zijn een opsomming te handhaven van de stukken die het bij de CBFA ingediende aanvraagdossier moet bevatten.

2.1. Artikel 2 van het ontworpen besluit (ontworpen artikel 37) voorziet in een tweede vergunningsregeling die van toepassing is op de rechtspersonen bedoeld in de eerste regeling, maar "die geen kredietinstelling, beleggingsonderneming of een in België gevestigd bureau van een buitenlandse kredietinstelling of beleggingsonderneming zijn".

Het laat zich aanzien dat het ontworpen besluit dusdoende voorziet in een regeling die komt bovenop de eerste - waarin artikel 1 van het ontwerp voorziet - door te eisen dat die rechtspersonen aan nog meer voorwaarden voldoen.

Die voorwaarden zijn de volgende :

- luidens het eerste lid, de voorwaarden bepaald in de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs (met betrekking tot aanvangskapitaal, aandeelhouders of vennoten, leiding, organisatie en hoofdbestuur, minimum eigen vermogen, wijzigingen in de kapitaalstructuur, leiding en leiders, verbodsbepalingen, reglementaire coëfficiënten en periodieke informatieverstrekking en boekhoudregels);
- luidens het tweede lid, voorwaarden die alleen van toepassing zijn op de bijkantoren in België van rechtspersonen opgericht naar het recht van een vreemde Staat.

2.2. Toen de gemachtigde ambtenaar gevraagd is om de strekking te preciseren van het ontworpen artikel 37, alsmede de juridische aanvaardbaarheid ervan nader toe te lichten, heeft hij het volgende antwoord gegeven :

"L'article 12 de la loi du 2 janvier 1991 autorise le Roi, pour l'application des articles 3 à 11, à fixer les modalités concernant la délivrance et le retrait d'un agrément.

Il y a plusieurs catégories de teneurs de comptes et l'objectif est, pour chacune de celles-ci, d'offrir aux détenteurs de titres dématérialisés des garanties similaires.

Rien, dans l'article 12, n'empêche le Roi de prendre des mesures spécifiques selon la catégorie de teneurs de comptes pour atteindre cet objectif, sinon c'est la crédibilité même du système de tenue des comptes qui est mise en jeu.

Comme la réglementation relative aux teneurs de comptes doit être considérée comme la réglementation fonctionnelle de cette activité sur le territoire belge, il faut aussi appréhender ces règles avec les règles prudentielles générales applicables aux dépositaires (principalement les établissements de crédit, les entreprises d'investissements et les dépositaires centraux de titres) qui continuent à s'appliquer sans restriction .

.../...

1) Pour les personnes morales visées à l'article 3, § 2, 1° et 3° autres que celles énumérées par l'art. 37, alinéa premier, il faut à tout le moins qu'elles remplissent certaines conditions de base comme celles applicables à l'agrément des entreprises d'investissement (références à la loi du 6 avril 1995). Il s'agit en réalité d'empêcher que n'importe quelle personne morale n'offre le service de conservation de titres dématérialisés sans au moins satisfaire à une assimilation minimale à une entreprise d'investissement soumise au contrôle de la CBFA.

2) Le système actuel a une portée territoriale illimitée. Il est cependant impossible d'obliger des établissements situés à l'étranger de demander un agrément et surtout d'assurer leur contrôle. Dans le nouveau système, la portée est donc limitée au territoire belge. La détention de titres dématérialisés d'origine belge à l'étranger et par l'intermédiaire d'un dépositaire à l'étranger n'est plus soumise à agrément, même si elle est exercée à l'attention d'un client belge.

Par contre, une société étrangère peut offrir à ses clients le service de la conservation et de l'administration de ses titres en Belgique.

D'où, dans le cas de sociétés étrangères non soumises au droit belge ou ne bénéficiant pas du passeport européen, l'obligation de se conformer à certaines règles spécifiques que l'on retrouve à l'art. 37, alinéa 2, pour assurer le détenteur de titres d'une garantie équivalente à celui qu'il obtiendrait d'un établissement de droit belge."

De door de gemachtigde ambtenaar voorgestelde interpretatie van de woorden "modalités concernant la délivrance d'un agrément" lijkt aanvaardbaar, gelet op de context.

2.3. De vraag rijst of bij de steller van het ontwerp de bedoeling voorzit om de voorwaarden van de tweede vergunningsregeling te laten komen bovenop die van de eerste regeling, die aldus als het ware de basisvergunningsregeling zou vormen.

Volgens de uitleg van de gemachtigde ambtenaar moeten beide bepalingen gedeeltelijk in onderling verband worden gelezen. Het ingevoerde systeem moet bijgevolg beter worden gestructureerd, om duidelijk te maken hoe de artikelen 1 en 2 van het ontwerp samenhangen.

2.4. In verband met het ontworpen artikel 37, tweede lid, heeft de Raad van State bedenkingen bij de strekking van sommige bepalingen :

- luidens het tweede lid, 1°, moet de instelling "(aantonen) dat de autoriteit van het land van herkomst die bevoegd is voor het verlenen van een vergunning om effecten in bewaring te nemen, (haar) een dergelijke vergunning verleend heeft" : zou het niet verkieslijk zijn te bepalen dat de instelling een afschrift bezorgt van de vergunning die haar door de bevoegde overheid is verleend of een afschrift van elk stuk dat als zodanig kan gelden?
- luidens het tweede lid, 2°, vormen de mogelijkheden om informatie uit te wisselen tussen de CBFA en de bevoegde overheden van de Staat onder het recht waarvan de instelling ressorteert, geen beletsel voor de uitoefening van "een passend toezicht" : dient niet te worden gepreciseerd wat onder "passend toezicht" dient te worden verstaan?
- luidens het tweede lid, 3°, moet de instelling "aan de hand van een met redenen omkleed en gedocumenteerd juridisch advies van een ter zake bevoegde jurist, (kunnen) aantonen" dat in geval van vereffening, faillissement of een soortgelijke procedure met betrekking tot haar goederen", de geldende wet terugvordering mogelijk maakt van het bedrag aan gedematerialiseerde effecten : wie zal oordelen of het juridisch advies met redenen is omkleed en gedocumenteerd en uitgaat van een ter zake bevoegde jurist?

Deze vragen moeten worden beantwoord om de rol van de CBFA te bepalen, zeker als het gaat om vergunningsvoorwaarden.

### Artikel 11

De gemachtigde ambtenaar is verzocht om de gevolgen van deze bepaling in de tijd na te gaan en te rechtvaardigen.

Hij heeft het volgende geantwoord :

"Les articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 modifiant la loi du 2 janvier 1991 visent des dispositions relatives aux sûretés financières. Le Roi détermine leur entrée en vigueur. Alors que celle-ci était envisagée, les travaux qui donneront naissance à la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 étaient en cours. Cette directive est transposée par la loi du 15 décembre 2004. Comme les dispositions prévues aux articles 23 et 24 s'avéraient fragmentaires par rapport à l'ensemble des mesures à prendre, il a été jugé utile d'attendre la nouvelle loi de transposition afin de livrer des mesures complètes en cette matière de sûretés.

C'est la raison pour laquelle il est prévu que ces deux articles produisent leurs effets à la date de publication de la loi du 15 décembre 2004.

L'entrée en vigueur de l'art. 19 de la loi du 15 décembre 2004 à la date de publication du présent projet ne nuit pas à l'effet rétroactif des dispositions des articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 à la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 décembre 2004.

L'art. 19 permet de donner une nouvelle rédaction complète de l'art. 4 de la loi du 2 janvier 1991, modifié à plusieurs reprises, et de donner à la BNB en tant que système de compensation sa nouvelle dénomination d' »organisme de liquidation » au sens de la loi du 2 août 2002 .

Il n'en reste pas moins que l'article 4 actuel de la loi du 2 janvier 1991 prévoit bien le rôle de système de compensation de la BNB, ce qui est d'ailleurs l'arrête dorsale du système de titres dématérialisés. Donc les articles 23 et 24 de la loi du 15 juillet 1998 trouvent à s'appliquer dans le cadre des sûretés quand bien même l'art. 4 précité nouveau n'est pas encore entré en vigueur."

Bij ontstentenis van een uitdrukkelijke, door de wet verleende machtiging, kan een verordeningsbesluit slechts bij uitzondering terugwerkende kracht hebben, wanneer deze terugwerkende kracht noodzakelijk is inzonderheid voor de continuïteit van de openbare dienstverlening of voor de regularisatie van een feitelijke of rechtelijke situatie en voorzover ze de vereisten inzake rechtszekerheid en individuele rechten in acht neemt.

De steller van het ontwerp moet kunnen aantonen dat aan die voorwaarden is voldaan.

-----

De kamer was samengesteld uit

|           |              |                  |
|-----------|--------------|------------------|
| de Heren  | Y. KREINS,   | kamervoorzitter, |
|           | J. JAUMOTTE, | staatsraden,     |
| Mevrouwen | M. BAGUET,   |                  |
|           | B. VIGNERON, | griffier.        |

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS