AW

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 42.436/2
DU 28 MARS 2007

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 6 mars 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "étendant la liste des participants à des systèmes de règlement-titres visés à l'article 2, § 2, de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres", a donné l'avis suivant :

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

I. Portée du projet

1. La directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 mai 1998, concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres [1] (ci-après la directive 98/26/CE) poursuit l'objectif de réduire les risques, dit "systémiques", résultant de la participation à des systèmes assurant l'exécution de paiements ou d'opérations sur titres. Dans cette perspective, elle tend à réduire les risques liés à l'insolvabilité ou à la liquidation d'un participant à un tel système. Elle s'emploie à cet effet à résoudre les problèmes juridiques liés de manière spécifique aux situations en question [2].

La directive 98/26/CE tend plus précisément à garantir la sécurité des ordres de transfert portant sur une somme d'argent et des ordres de transférer la propriété de titres ou de droits sur des titres (article 2, sous a), premier tiret, et article 2, sous i), de la directive 98/26/CE).

---

(1) JO L 166, p. 45.

(2) Considérants 1, 2 et 4 du préambule de la directive 98/26/CE; voir aussi communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, JO C 255, p. 1.

.../...

Conformément à son objectif, la directive 98/26/CE établit des règles communes protégeant les intervenants en cas d'insolvabilité ou de liquidation d'un participant aux systèmes susmentionnés. Ainsi,

- les ordres de transfert introduits avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un participant et les éventuelles compensations qui s'ensuivent ne peuvent être affectés par cette procédure (article 3, paragraphe 1, de la directive 98/26/CE);

- les ordres de transfert ne peuvent pas être retirés une fois qu'ils sont entrés dans le système de règlement (article 5 de la directive 98/26/CE);

- les garanties constituées en faveur d'un système par un participant, ne sont pas affectées par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre ce dernier (article 9 de la directive 98/26/CE).

Pour l'application de la directive, il faut entendre notamment par "participant", les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les organismes publics et les organes qui procurent des comptes de règlement par lesquels les ordres de transfert sont liquidés (article 2, sous b), alinéa 1er, article 2, sous d) et article 2, sous f), de la directive 98/26/CE).

2. Une loi du 28 avril 1999 [3] a transposé la directive susmentionnée. L'article 2, § 2, de cette loi précise à qui cette loi est applicable conformément aux dispositions rappelées ci-dessus.

L'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE prévoit néanmoins que, si un système exécute seulement des ordres d'opérations sur titres, au sens de l'article 2, sous i), second tiret de la même directive, les États membres peuvent décider que les entreprises, non visées a priori par ladite directive, mais qui prennent néanmoins

---

(3) Loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

part à un tel système, peuvent être considérées comme des "institutions" au sens de l'article 2, sous b), de la même directive.

L'enjeu d'une telle extension consiste à faire bénéficier les entreprises en question de la protection offerte par les dispositions matérielles de la directive. En effet, les entreprises en question qui seraient qualifiées d'institution au sens de l'article 2, sous b), de la directive 98/26/CE, seraient, en vertu de l'article 2, sous f), de la même directive, reconnues comme "participant" au système concerné pour l'application des articles 3, 7 et 9 de la même directive.

L'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE est facultatif. La plupart des États membres se sont abstenus de le mettre en œuvre.

II. Examen du projet

Préambule

1. À l'alinéa 1er, le visa consacré à la loi du 28 avril 1999, précitée, doit être rédigé comme suit :

"Vu la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, notamment l'article 2, § 1er, b), modifié par les arrêtés royaux des 18 août 1999, 20 décembre 2000, 22 décembre 2003 et 5 mars 2006, l'article 2, § 2, modifié par l'arrêté royal du 22 décembre 2000 et l'article 2, § 5, 2/ ;".

2. À l'alinéa 3, la référence à la consultation du Conseil d'État doit viser l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnée le 12 janvier 1973, puisque la consultation a été demandée sur cette base et non sur le fondement de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2/.

3. À l'alinéa 4, le préambule du projet vise l'avis de la Banque Nationale de Belgique (ci-après : la BNB). Il ressort des explications fournies par un des délégués du ministre que la BNB a été consultée sur l'existence d'un risque systémique dont la constatation est indispensable, en vertu de l'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE pour étendre la protection qui découle de celle-ci aux entreprises non financières.

Cet avis est fondé sur les articles 8 et 12 de la loi 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque Nationale. Comme l'admet le délégué, ces dispositions n'imposent toutefois aucune consultation de la BNB sur des avant-projets d'arrêtés en matière de règlement-titres. Par conséquent, il n'y a pas lieu de se référer à son avis dans le préambule de l'arrêté en projet.

4. À l'alinéa 5, il n'y a pas lieu de viser l'avis de la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après : la CBFA). Aucune disposition n'imposait en l'espèce sa consultation. Selon un des délégués du ministre, elle n'a d'ailleurs donné aucun avis.

5. À l'alinéa 6, le préambule du projet vise l'avis de la Banque centrale européenne (ci-après : BCE) qui a été donné le 5 juillet 2006. La question se pose de savoir si cette mention doit être maintenue.

Il convient de rappeler que la section de législation invite les auteurs du projet à viser la consultation de la Commission européenne lorsque celle-ci est requise [4].

---

(4) Avis 27.309/4, donné le 11 mars 1998, sur un projet d'arrêté royal concernant le cahier des charges pour le service de téléphonie vocale et la procédure relative à l'attribution des licences individuelles; avis 27.381/4, donné le 18 mars 1998, sur un projet d'arrêté royal relatif aux conditions d'installation et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications; avis 30.139/4, donné le 4 décembre 2000, sur un projet d'arrêté ministériel relatif à l'établissement et la mise en service de stations radioélectriques par des radioamateurs; avis 32.777/2, donné le 27 mars 2002, sur un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 2 juin 1999 contenant les normes de sécurité à respecter dans les stades de football.

Cette pratique doit être étendue à la consultation de la BCE lorsque celle-ci est obligatoire.

La référence à l'avis de la BCE n'appelle donc aucune observation.

Dispositif

Article 1er (nouveau)

Conformément à l'article 11, paragraphe 1, alinéa 2, de la directive 98/26/CE, il y a lieu de mentionner dans un article 1er (nouveau) que l'arrêté en projet participe à la mise en œuvre de cette directive [5].

Article 1er
(devenant article 2)

1. Dans un souci de clarté juridique et de conformité aux usages de la légistique, il convient de rédiger la phrase liminaire comme suit :

"L'article 2, § 2, de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, modifié par l'arrêté royal du 20 décembre 2000, est complété par l'alinéa suivant :".

2. Le rapport au Roi précédant le projet justifie le risque systémique en application de l'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE.

---

(5) Avis 38.636/2/V, donné le 18 juillet 2005, sur un projet d'arrête royal portant modification de l'article 2 de la loi du 28 avril 1999 visant à transposer la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant la caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et publiant la liste des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres régis par le droit belge.

La disposition en projet limite aussi l'extension en cause à toute personne morale "participant directement" à un système de règlement-titres, dans le prolongement de la distinction opérée par l'article 2, sous f) et g), de la directive susmentionnée.

Le projet cantonne enfin l'extension aux participations à un "des systèmes de règlement-titres visés à l'article 2, § 1er, b), de la loi du 28 avril 1999". Il s'aligne ainsi sur les précisions figurant à l'article 2, sous b), alinéa 2, et i), second tiret, de la directive 98/26/CE.

Le projet appelle toutefois des observations sur deux points :

- la question de savoir si l'extension projetée est suffisamment encadrée (point 3 ci-après);

- la référence aux "catégories visées à l'article 2, § 2, de la loi du 28 avril 1999", précitée (point 4 ci-après).

3.1. Dans son avis du 5 juillet 2006, la BCE relève que la directive 98/26/CE instaure une protection juridique étendue et qu'elle devrait par conséquent couvrir seulement les paiements et les ordres de transfert de participants qui, par leur nature, leurs activités ou leurs statuts, méritent le bénéfice d'une telle protection. Dans ce contexte, la BCE note qu'en vertu de l'article 2, sous b), alinéa 1er, de la directive 98/26/CE, les bénéficiaires normaux des règles protectrices qu'elle institue sont les autorités publiques ou des entités assujetties à un régime de contrôle. Pour des raisons de stabilité financière et de protection contre les risques systémiques, la BCE considère que toute personne morale appelée à bénéficier de l'extension de la protection découlant de la directive susmentionnée en vertu de l'article 2, sous b), alinéa 2, devrait, au préalable, être soumise à des conditions comparables à celles imposées par le système de règlement des opérations sur titres aux autorités publiques ou aux entités soumises à un contrôle pour être acceptées comme participants directs et conserver cette qualité. En outre, la BCE estime que les autorités nationales devraient s'assurer que l'extension est seulement accordée à des personnes morales non susceptibles de nuire à la réputation et à la stabilité financière du système de règlement concerné.

Or, la disposition en projet inclut parmi les participants "toute (...) personne morale" participant directement à un système de règlement-titres, sans autre condition. De plus, la loi du 28 avril 1999, précitée, ne définit pas les systèmes visés et les règles minimales des accords constituant ceux-ci. Elle s'est ainsi écartée du cadre tracé par la directive 98/26/CE. La section de législation l'avait déjà observé dans son avis 28.723/2, donné le 18 janvier 1999, sur le projet devenu la loi en question. De surcroît, cette loi n'organise pas davantage une procédure spécifique de reconnaissance des systèmes satisfaisant aux critères établis par la directive [6].

Par ailleurs, l'examen des mesures nationales de transposition de la directive 98/26/CE révèle qu'en Grande-Bretagne, le Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999 soumet la participation d'autres entreprises à un système de règlement des opérations sur titres à la décision d'une autorité (article 8). En revanche, et moyennant le respect des conditions directement reprises de l'article 2, sous b), alinéa 2 de la directive 98/26/CE, une loi grand-ducale du 12 janvier 2001 (article 34-2) [7] procède d'office à l'assimilation d'autres entreprises aux participants classiques aux systèmes de règlement. La Suède incorpore aussi d'emblée les "autres personnes morales" à la liste des "participants" (article 8 de l'Act on systems for settlement of obligations on the financial market) [8]. Le projet examiné est donc comparable aux législations luxembourgeoise et suédoise. Toutefois, l'agrément des systèmes de règlement fait l'objet, au Grand-duché de Luxembourg, d'une législation plus étoffée qu'en Belgique (articles 34 et suivants).

---

(6) Sur ces constats, voir également : Commission, "Study into the Transposition by Member States of directive 98/26/EEC – Final report", p. 54 (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/transposition-dir-98-26/main_en.pdf).

(7) Loi du 12 janvier 2001 portant transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et complétant la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

(8) Lag om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden, SFS 1999 : 1309.

.../...

3.2. Un des délégués du ministre observe néanmoins que les systèmes de règlement-titres, comme Euroclear Bank, sont soumis à la surveillance ("oversight") de la BNB. Ces systèmes définissent leurs règles de fonctionnement sous le contrôle de la BNB. Elle contrôle ainsi les conditions d'accès qui sont imposées par les systèmes à leurs participants, notamment sur le plan de la solvabilité ; elle surveille ensuite l'application de ces règles.

La surveillance de la BNB est fondée sur l'article 8, alinéas 1er et 2, de la loi du 22 février 1998, précitée. Les articles 22 et 23 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers précisent la compétence de la BNB sur les systèmes de règlement et de compensation de titres pour les transactions conclues sur les marchés réglementés.

En pratique, des banques centrales ont élaboré, en collaboration avec l'International Organization of Securities Commissions (IOSCO), des recommandations à suivre par les systèmes de règlement des opérations sur titres. Ces recommandations comportent notamment des critères d'accès minimaux. Dans le prolongement de ces recommandations, la BCE et le Comité européen des régulateurs de marchés de valeurs mobilières ont adopté des normes de compensation et de règlement des opérations sur titres (Standards for Securities Clearing and settlement) approfondissant et renforçant les recommandations susmentionnées.

En fait, la BNB exerce son contrôle sur la base des critères ci-dessus. Elle peut adresser des recommandations aux systèmes de règlement qu'elle contrôle. Ces recommandations ne sont pas contraignantes, mais la BNB pourrait, au besoin, en assurer la publication. Une telle publication étant susceptible d'avoir de lourdes conséquences, son effet dissuasif ne peut être sous-estimé.

La CBFA exerce enfin un contrôle prudentiel sur les systèmes en cause en vertu des articles 22 et 23, susmentionnés, de la loi du 2 août 2002.

3.3. Même si, dans le prolongement de l'avis 28.723/2, précité, il y a lieu de regretter le caractère trop succinct de l'encadrement normatif, le Gouvernement a pu considérer que les réserves de la BCE étaient rencontrées par le contexte décrit ci-dessus.

Dans l'état des informations à la disposition de la section de législation, il y a donc lieu de conclure que l'ouverture des systèmes de règlement à "tout autre personne morale" n'apparaît pas incompatible avec l'objectif poursuivi par la directive 98/26/CE.

Néanmoins, la BCE ayant mis en doute l'aptitude du projet à préserver la stabilité financière des systèmes de règlement concernés, il est recommandé que le Gouvernement rencontre ces objections dans le rapport au Roi, afin de satisfaire pleinement à l'obligation découlant de l'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE, en vertu duquel l'État membre qui met en oeuvre cette disposition doit justifier sa décision au regard des risques systémiques.

4. L'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE subordonne l'application de ses dispositions aux participants non financiers à la condition spécifique "qu'au moins trois participants (au) système (de règlement-titres) entrent dans les catégories visées au premier alinéa". Cet alinéa énumère les "institutions" concourant aux systèmes de paiement et de règlement. Il découle de ce renvoi que l'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE exige qu'au moins trois participants au système soient un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, un organisme public ou une entreprise contrôlée, opérant sous garantie de l'État, ou encore un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ayant son siège social hors du territoire de la Communauté.

Le texte en projet subordonne, pour sa part, l'extension aux établissements non financiers à la condition qu'au moins trois participants au système en question entrent dans "l'une des catégories visées à l'article 2, § 2 de la loi du 28 avril 1999". Or, l'article 2, § 2, inclut, dans la notion de participant, les organes de règlement au sens de l'article 2, sous d), de la directive 98/26/CE. Les travaux préparatoires de cette disposition le confirment pour autant que de besoin [9].

L'inclusion des organes de règlement parmi les participants résulte de l'article 2, sous f), de la directive susmentionnée et ne pose pas en soi de problème.

---

(9) Doc. parl., Chambre, 1998-1999, n/ 1-1999, p. 6.

En revanche, la référence faite, globalement, dans le projet à toutes les catégories de participants visées à l'article 2, § 2, de la loi est incompatible avec les termes, plus restrictifs, de l'article 2, sous b), alinéa 2, de la directive 98/26/CE. Elle permettrait en effet d'appliquer l'extension à des systèmes comptant seulement un organe de règlement et deux "institutions" plutôt que trois au minimum.

On objecterait vainement que l'article 2, sous a), de la directive 98/26/CE empêcherait d'appliquer les garanties qu'elle comporte à des systèmes ainsi composés. En effet, comme cela a déjà été observé, la loi ne mentionne pas la définition du système figurant dans cet article.

De l'accord d'un des délégués du ministre, il convient, dès lors, de limiter la référence de la disposition en projet à l'article 2, § 2, alinéa 1er, de la loi.

5. La disposition en projet ne s'insère pas harmonieusement dans l'article 2, § 2, de la loi. Il serait souhaitable de préciser qu'"est encore considéré comme participant, toute autre personne morale prenant directement part à l'un des systèmes de règlement-titres (...)".

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. GILLIAUX, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON Y. KREINS

AW

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.436/2
VAN 28 MAART 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 6 maart 2007 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 uitbreiding van de lijst van de deelnemers aan effectenafwikkelingssystemen zoals bedoeld in artikel 2, § 2, van de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen", heeft 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.

I. Strekking van het ontwerp

1. Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen [1] (hierna te noemen richtlijn 98/26/EG) beoogt de zogeheten "systeemrisico's" als gevolg van deelneming aan systemen van uitvoering van betalingen of effectentransacties. In het licht daarvan strekt de richtlijn ertoe de risico's verbonden aan de insolventie of aan de liquidatie van een deelnemer aan een zodanig systeem te beperken. Te dien einde beoogt ze de juridische problemen die specifiek verbonden zijn aan die situaties op te lossen [2].

Richtlijn 98/26/EG beoogt meer bepaald de veiligheid te garanderen van de overboekingsopdrachten betreffende een geldbedrag en van de opdrachten tot het overboeken van rechten op of de belangen in effecten (artikel 2, a), eerste streepje, en artikel 2, i), van richtlijn 98/26/EG).

---

(1) PB L 166, blz. 45.

(2) Overwegingen 1, 2 en 4 van de aanhef van richtlijn 98/26/EG; zie ook de mededeling van de Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement over het Europees verbintenissenrecht, PB C 255, blz. 1.

Richtlijn 98/26/EG legt overeenkomstig haar strekking gemeenschappelijke regels vast ter bescherming van de interveniënten in geval van insolventie of liquidatie van een deelnemer aan de voornoemde systemen. Ze schrijft aldus voor dat :

- overboekingsopdrachten ingevoerd vóór het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend ten aanzien van een deelnemer, alsmede eventuele daaruit voortvloeiende verrekeningen niet worden aangetast door die procedure (artikel 3, lid 1, van richtlijn 98/26/EG);

- een overboekingsopdracht niet mag worden herroepen zodra hij is ingevoerd in het afwikkelingssysteem (artikel 5 van richtlijn 98/26/EG);

- de zakelijke zekerheden die door een deelnemer gesteld zijn ten gunste van een systeem, niet worden aangetast door door het openen van een insolventieprocedure van die deelnemer (artikel 9 van richtlijn 98/26/EG).

Voor de toepassing van de richtlijn moeten onder "deelnemer" onder meer verstaan worden de kredietinstellingen, de beleggingsondernemingen, de overheidsinstanties en de lichamen die afwikkelingsrekeningen beschikbaar stellen via welke overboekingsopdrachten worden afgewikkeld (artikel 2, b), eerste alinea, artikel 2, d), en artikel 2, f), van richtlijn 98/26/EG).

2. De voornoemde richtlijn is omgezet bij een wet van 28 april 1999 [3]. Artikel 2, § 2, van die wet bepaalt op welke personen die wet van toepassing is overeenkomstig de hierboven aangehaalde bepalingen.

Artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG bepaalt evenwel dat indien een systeem uitsluitend effectentransacties als bedoeld in artikel 2, i), tweede streepje, van dezelfde richtlijn uitvoert, de lidstaten kunnen bepalen dat ondernemingen waarvoor die richtlijn a priori niet geldt maar die niettemin in dat systeem deelnemen,

---

(3) De wet van 28 april 1999 houdende omzetting van richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen.

beschouwd kunnen worden als "instellingen" in de zin van artikel 2, eerste alinea, b), van diezelfde richtlijn.

Een zodanige uitbreiding strekt ertoe dat die ondernemingen de bescherming kunnen genieten die de materiële bepalingen van de richtlijn bieden. De desbetreffende ondernemingen die zouden worden aangemerkt als een instelling in de zin van artikel 2, b), van richtlijn 98/26/EG zouden krachtens artikel 2, f), van diezelfde richtlijn voor de toepassing van de artikelen 3, 7 en 9 van dezelfde richtlijn immers erkend worden als een "deelnemer" aan het betrokken systeem.

Artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG is facultatief. De meeste lidstaten hebben dat artikel niet ten uitvoer gelegd.

II. Onderzoek van het ontwerp

Aanhef

1. In het eerste lid moet de verwijzing naar de voornoemde wet van 28 april 1999 als volgt worden gesteld :

"Gelet op de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, inzonderheid op artikel 2, § 1, b), gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 18 augustus 1999, 20 december 2000, 22 december 2003 en 5 maart 2006, op artikel 2, § 2, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 22 december 2000, en op artikel 2, § 5, 2/;".

2. In het derde lid moet worden vermeld dat het advies van de Raad van State gegeven is met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, daar het advies is aangevraagd op deze basis, en niet op de voet van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/.

3. In het vierde lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar het advies van de Nationale Bank van België (hierna te noemen : de NBB). Uit de toelichtingen verstrekt door één van de gemachtigden van de minister blijkt dat de NBB is geraadpleegd omtrent het bestaan van een systeemrisico, waarvan de constatering krachtens artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG onotbeerlijk is opdat de bescherming voortvloeiend uit deze richtlijn kan worden uitgebreid tot niet-financiële instellingen.

Dat advies is gebaseerd op de artikelen 8 en 12 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België. Zoals de gemachtigde erkent, leggen die bepalingen evenwel geenszins de verplichting op dat de NBB geraadpleegd wordt omtrent voorontwerpen van besluit met betrekking tot effectenafwikkeling. Bijgevolg is er geen grond om in de aanhef van het ontwerpbesluit te verwijzen naar dat advies.

4. Er is geen grond om in het vijfde lid te verwijzen naar het advies van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (hierna te noemen : de CBFA). Geen enkele bepaling schreef de raadpleging van de Commissie immers voor. Volgens één van de gemachtigden van de minister heeft ze trouwens geen enkel advies verstrekt.

5. In het zesde lid van de aanhef van het ontwerp wordt verwezen naar het advies van de Europese Centrale Bank (hierna te noemen : de ECB), dat is verstrekt op 5 juli 2006. De vraag rijst of die vermelding behouden moet blijven.

Er moet aan herinnerd worden dat de afdeling wetgeving de stellers van het ontwerp verzoekt te verwijzen naar de raadpleging van de Europese Commissie indien zulks vereist is [4]. Deze werkwijze moet worden uitgebreid tot de raadpleging van de ECB wanneer deze verplicht is.

---

(4) Advies 27.309/4, op 11 maart 1998 verstrekt omtrent een ontwerp van koninklijk besluit betreffende het bestek van toepassing op de spraaktelefoondienst en de procedure inzake de toekenning van individuele vergunningen; advies 27.381/4, op 18 maart 1998 verstrekt omtrent een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken; advies 30.139/4, op 4 december 2000 verstrekt omtrent een ontwerp van ministerieel besluit betreffende het aanleggen en het doen werken van radio-elektrische stations door radioamateurs; advies 32.777/2, op 27 maart 2002 verstrekt omtrent een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 2 juni 1999 houdende de in voetbalstadions na te leven veiligheidsnormen.

De verwijzing naar het advies van de ECB geeft dus geen aanleiding tot opmerkingen.

Dispositief

Artikel 1 (nieuw)

Overeenkomstig artikel 11, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG moet in een (nieuw) artikel 1 worden vermeld dat het ontwerpbesluit meewerkt aan de tenuitvoerlegging van deze richtlijn [5].

Artikel 1
(dat artikel 2 wordt)

1. Met het oog op de juridische duidelijkheid en de overeenstemming met de gebruiken op het gebied van de wetgevingstechniek dient de inleidende zin als volgt te worden geredigeerd :

"Artikel 2, § 2, van de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 20 december 2000, wordt aangevuld als volgt :".

2. In het verslag aan de Koning voorafgaand aan het ontwerp wordt het systeemrisico verantwoord met toepassing van artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG.

(5) Advies 38.636/2/V, op 18 juli 2005 verstrekt omtrent een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van artikel 2 van de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en houdende bekendmaking van de lijst van de betalings- en effectenafwikkelingssystemen die geregeld worden door het Belgisch recht.

De ontworpen bepaling beperkt de uitbreiding in kwestie ook tot iedere rechtspersoon die "rechtstreeks deelneemt" aan een effectenafwikkelingssysteem, in het verlengde van het onderscheid dat wordt gemaakt in artikel 2, f) en g), van de voornoemde richtlijn.

Tot slot beperkt het ontwerp de uitbreiding tot de deelnemingen aan één van de "effectenafwikkelingssystemen zoals bedoeld in artikel 2, § 1, b), van de wet van 28 april 1999". Aldus sluit het aan bij de preciseringen opgenomen in artikel 2, b), tweede alinea, en i), tweede streepje, van richtlijn 98/26/EG.

Omtrent twee punten geeft het ontwerp evenwel aanleiding tot opmerkingen :

- de vraag of de voorgenomen uitbreiding voldoende omlijst is (punt 3 hierna);

- de verwijzing naar de "categorieën als bedoeld in artikel 2, § 2 van de (voornoemde) wet van 28 april 1999" (punt 4 hierna).

3.1. De ECB merkt in haar advies van 5 juli 2006 op dat richtlijn 98/26/EG een uitgebreide juridische bescherming invoert en dat ze bijgevolg alleen betrekking zou moeten hebben op de betalingen en de overboekingsopdrachten van deelnemers die door hun aard, hun activiteiten of hun statuten het voordeel van een zodanige bescherming verdienen. De ECB merkt in die context op dat krachtens artikel 2, b), eerste alinea, van richtlijn 98/26/EG de normale begunstigden van de beschermende regelgeving die de richtlijn invoert de overheidsinstanties of lichamen onderworpen aan een toezichtsregeling zijn. Om redenen van financiële stabiliteit en van bescherming tegen systeemrisico's is de ECB van oordeel dat iedere rechtspersoon die krachtens artikel 2, b), tweede alinea, van de richtlijn het voordeel kan genieten van de uitbreiding van de bescherming voortvloeiend uit die richtlijn, vooraf zou moeten voldoen aan voorwaarden vergelijkbaar met die welke door het effectenafwikkelingssysteem worden opgelegd aan de overheidsinstanties of lichamen onderworpen aan een toezichtsregeling, opdat ze als directe deelnemer kunnen worden aanvaard en die hoedanigheid kunnen behouden. De ECB is voorts van oordeel dat de nationale autoriteiten zich ervan moeten vergewissen dat de uitbreiding alleen wordt toegestaan aan rechtspersonen die niet van die aard zijn dat ze de reputatie en de financiële stabiliteit van het desbetreffende afwikkelingssysteem kunnen schaden.

In de ontworpen bepaling wordt onder de deelnemers echter onder meer "elke (...) rechtspersoon" begrepen die rechtstreeks deelneemt aan een effectenafwikkelingssyteem, zonder dat nadere voorwaarden worden gesteld. Bovendien geeft de voornoemde wet van 28 april 1999 geen definitie van de bedoelde systemen en van de minimale regels van de overeenkomsten waarin deze bestaan. Zij wijkt aldus af van het kader uitgestippeld door richtlijn 98/26/EG. De afdeling wetgeving had zulks reeds opgemerkt in haar advies 28.723/2, dat op 18 januari 1999 verstrekt is omtrent het ontwerp dat de desbetreffende wet is geworden. Bovendien organiseert deze wet evenmin een sprecifieke procedure van erkenning van de systemen die voldoen aan de criteria vastgelegd in de richtmijn [6].

Voorts blijkt uit onderzoek naar de nationale maatregelen van omzetting van richtlijn 98/26/EG dat in Groot-Brittannië de Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999 de deelneming van andere ondernemingen in een effectenafwikkelingssysteem afhankelijk stelt van een beslissing van een instantie (artikel 8). Een wet d.d. 12 janauri 2001 [7] (artikel 34-2) van het Groothertogdom Luxemburg daarentegen stelt andere ondernemingen ambtshalve gelijk met de klassieke deelnemers aan de afwikkelingssystemen, mits de voorwaarden worden nageleefd die rechtstreeks zijn overgenomen uit artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG. Ook in Zweden worden de "andere rechtspersonen" van meet af aan opgenomen in de categorie van de "deelnemers" (artikel 8 van de Act on systems for settlement of obligations on the financial market) [8]. Het onderzochte ontwerp is dus vergelijkbaar met de Luxemburgse en de Zweedse wetgeving. In het Groothertogdom Luxemburg echter is de wetgeving inzake de erkenning van de afwikkelingssystemen (artikel 34 en volgende) uitgebreider dan in België.

3.2. Eén van de gemachtigden van de minister merkt evenwel op dat de effectenafwikkelingssystemen, zoals Euroclear Bank, staan onder het toezicht

---

(6) Omtrent deze constateringen, zie eveneens : Commissie, "Study into the Transposition by Member States of directive 98/26/EEC - Final report", blz. 54 (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/transposition-dir-98-26/main_en.pdf).

(7) Wet van 12 januari 2001 "portant transposition de la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et complétant la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier".

(8) Lag om system för avveckling av förpliktelser på finansmarknaden, SFS 1999 : 1309.

("oversight") van de NBB. Die systemen bepalen hun werkingsregels onder de controle van de NBB. Aldus controleert ze de voorwaarden voor toegang die de systemen aan de deelnemers opleggen, onder meer op het stuk van de solventie; vervolgens houdt ze toezicht op de toepassing van die regels.

Het toezicht van de NBB is gebaseerd op artikel 8, eerste en tweede lid, van de voornoemde wet van 22 februari 1998. De artikelen 22 en 23 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten preciseren de bevoegdheid van de NBB ten aanzien van de systemen van afwikkeling en verrekening van effecten met betrekking tot transacties op gereglementeerde markten.

In de praktijk hebben centrale banken in samenwerking met de International Organization of Securities Commissions (IOSCO) aanbevelingen uitgewerkt die gevolgd moeten worden door de effectenafwikkelingssystemen. Die aanbevelingen bevatten onder meer minimale toegangscriteria. In het verlengde van die aanbevelingen hebben de ECB en het Comité van Europese Effectenregelgevers normen inzake de verrekening en de afwikkeling van effectentransacties (Standards for Securities Clearing and Settlement) aangenomen die de voornoemde aanbevelingen verder uitdiepen en versterken.

In feite oefent de NBB haar controle uit op basis van de voornoemde criteria. Ze kan aanbevelingen richten aan de door haar gecontroleerde afwikkelingssystemen. Die aanbevelingen zijn niet dwingend, maar de NBB kan zo nodig zorgen voor de openbaarmaking ervan. Daar een zodanige openbaarmaking ernstige gevolgen kan hebben, mag het ontradend effect ervan niet onderschat worden.

De CBFA ten slotte oefent krachtens de voornoemde artikelen 22 en 23 van de wet van 2 augustus 2002 prudentiële controle uit op de systemen in kwestie.

3.3. Ook al kan in het verlengde van het voornoemde advies 28.723/2 betreurd worden dat de regelgevende omlijsting te summier is, de regering heeft met recht kunnen beschouwen dat aan de bezwaren van de CBFA tegemoetgekomen was door de hierboven omschreven context.

Bij de huidige stand van de informatie waarover de afdeling wetgeving beschikt, moet derhalve geconcludeerd worden dat dat het openstellen van afwikkelingssystemen voor "elke rechtspersoon" niet onverenigbaar lijkt met de strekking van richtlijn 98/26/EG.

Aangezien de ECB twijfel geuit heeft over de vraag of het ontwerp de financiële stabiliteit veilig kan stellen van de afwikkelingssystemen in kwestie, verdient het aanbeveling dat de regering die bezwaren ondervangt in het verslag aan de Koning, teneinde ten volle te voldoen aan de verplichting voortvloeiend uit artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG, krachtens hetwelk een lidstaat die deze bepaling ten uitvoer legt, zijn beslissing moet verantwoorden in het licht van de systeemrisico's.

4. Artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG stelt de toepassing van de bepalingen ervan op niet-financiële deelnemers afhankelijk van de specifieke voorwaarde "dat ten minste drie andere deelnemers aan dit systeem (van effectenafwikkeling) onder de in de eerste alinea genoemde categorieën vallen". Deze alinea somt de "instellingen" op die meewerken aan de betalings- en afwikkelingssystemen. Uit de verwijzing naar deze alinea vloeit voort dat artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG voorschrijft dat ten minste drie deelnemers aan het systeem een kredietinstelling moeten zijn, een beleggingsonderneming, een overheidsinstantie of onderneming met overheidsgarantie, of nog, een kredietinstelling of een beleggingsonderneming met hoofdkantoor buiten de Gemeenschap.

De ontwerptekst stelt zijnerzijds als voorwaarde voor de uitbreiding van de regeling tot de niet-financiële instellingen dat ten minste drie deelnemers aan dit systeem behoren tot "één van de categorieën als bedoeld in artikel 2, § 2, van de wet van 28 april 1999". Volgens artikel 2, § 2, vallen evenwel eveneens onder het begrip deelnemer de afwikkelende instanties in de zin van artikel 2, d), van richtlijn 98/26/EG. Zulks wordt, voor zover nodig is, bevestigd door de parlementaire voorbereiding van deze bepaling [9].

Dat de afwikkelende instanties begrepen worden onder de deelnemers, vloeit voort uit artikel 2, f), van de voornoemde richtlijn en doet op zich geen problemen rijzen.

Daarentegen is de algemene verwijzing, in het ontwerp, naar alle categorieën van deelnemers bedoeld in artikel 2, § 2, van de wet niet bestaanbaar met de restrictievere bewoordingen van artikel 2, b), tweede alinea, van richtlijn 98/26/EG. Als gevolg van deze verwijzing zou die regeling immers kunnen worden uitgebreid tot systemen die slechts één afwikkelende instantie en twee "instellingen" tellen in plaats van minimaal drie.

---

(9) Gedr. St. Kamer, 1998-1999, nr. 1-1999, blz. 6.

Daartegen zou tevergeefs kunnen worden opgeworpen dat artikel 2, a), van richtlijn 98/26/EG verhindert dat de erin voorgeschreven garanties toepassing vinden op aldus samengestelde systemen. Zoals reeds is opgemerkt, vermeldt de wet immers niet de definitie van het systeem omschreven in dit artikel.

Een gemachtigde van de minister is het ermee eens dat de verwijzing in de ontworpen bepaling derhalve beperkt wordt tot artikel 2, § 2, eerste lid, van de wet.

5. De ontworpen bepaling vormt geen harmonieus geheel met artikel 2, § 2, van de wet. Het zou wenselijk zijn te preciseren : "Als deelnemer wordt tevens beschouwd elke andere rechtspersoon die rechtstreeks deelneemt aan één van de effectenafwikkelingssystemen (...)".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. X. DELGRANGE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

B. VIGNERON Y. KREINS