

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 46.870/2
DU 8 JUILLET 2009

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 11 juin 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement", a donné l'avis suivant :

Observations générales

I. Tableau de correspondance

1. L'avant-projet de loi précise :

- en son article 2 :

"La présente loi transpose partiellement la directive 2007/64 en droit belge";

- en son article 3 :

"La présente loi règle l'activité des prestataires de services de paiement, le statut des établissements de paiement et l'accès aux systèmes de paiement, ainsi que le contrôle du respect des dispositions de la présente loi et des arrêtés et règlements pris pour son exécution".

2. Un tableau de correspondance entre le texte de l'avant-projet et celui des normes européennes qu'il transpose a été transmis au Conseil d'État. En revanche, aucun tableau établissant une correspondance en sens inverse n'a été mis à disposition. Or, comme le Conseil d'État l'a déjà rappelé à plusieurs reprises, l'un et l'autre tableaux doivent être établis et joints à l'avant-projet de loi afin que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour assurer la transposition de la directive susmentionnée, et éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 76 de la Constitution ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

Il ne suffit donc pas d'indiquer, dans l'exposé des motifs, quelle(s) disposition(s) de la directive chaque article de l'avant-projet transpose.

Ces deux tableaux de correspondance doivent en effet permettre, en croisant leur consultation, de vérifier aisément si la transposition des différents articles de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE (ci-après "la directive 2007/64") est complètement assurée quant aux titres I et II de cette directive qui font l'objet de l'avant-projet à l'examen. Ils offrent également la possibilité d'être informé des dispositions qui tendent à assurer cette transposition, qu'il s'agisse de dispositions déjà existantes dans l'arsenal juridique belge, de dispositions de l'avant-projet examiné, de dispositions encore à prendre notamment par arrêté royal ou de dispositions actuellement en vigueur dans l'ordre juridique belge et destinées à être remplacées ou abrogées par l'avant-projet à l'examen. Pour éclairer ces derniers aspects, l'auteur de l'avant-projet devrait indiquer non seulement les mesures législatives et réglementaires qui devraient encore être adoptées de manière à parfaire la transposition de la directive mais aussi les arrêtés royaux qu'il y aura lieu de modifier ou d'abroger ¹.

Cette façon de faire est d'autant plus indiquée que l'auteur de l'avant-projet a opté, dans l'exercice de transposition, pour une structure voire une terminologie ne correspondant pas entièrement à celles de la directive 2007/64.

Il eût donc été souhaitable de communiquer les deux tableaux à la section de législation du Conseil d'État en vue de l'examen de l'avant-projet auquel elle a procédé pour l'établissement du présent avis.

3. En tout état de cause, l'examen du tableau de correspondance mettant en parallèle les dispositions de la directive 2007/64 et les dispositions de l'avant-projet soulève plusieurs observations.

⁽¹⁾ L'attention de l'auteur du texte doit être attirée sur le fait que la transposition de la directive 2007/64, précitée, ne sera complètement assurée qu'après l'adoption des différents arrêtés d'exécution qu'appelle l'avant-projet. Ceux-ci devront être adoptés et entrés en vigueur au plus tard pour le 1^{er} novembre 2009, date d'expiration du délai de transposition de la directive 2007/64.

3.1. Ce tableau devrait être plus détaillé dans l'indication des dispositions de l'avant-projet qui transposent les articles de la directive 2007/64.

Ainsi, l'article 4 de l'avant-projet comporte 26 points et le tableau de concordance ne précise pas quel(s) point(s) de cet article constitue(nt) la transposition des 30 points qui figurent à l'article 4 de la directive 2007/64.

Il convient que ce tableau soit complété de manière à faciliter la visualisation de la transposition opérée par l'avant-projet. L'auteur de l'avant-projet veillera à ce que, dans l'établissement du second tableau de correspondance, la même précision soit apportée aux informations qu'il va comprendre.

3.2. L'exposé des motifs précise le plus souvent quelles sont les dispositions de la directive que les articles de l'avant-projet transposent mais il ne le fait que de manière soit très imprécise (surtout à partir des articles 25 et suivants de l'avant-projet), soit de manière non-systématique (le plus souvent les articles de la directive qui sont transposés sont précisés mais parfois ils ne le sont pas, comme par exemple pour l'article 27 de l'avant-projet de loi).

Le tableau de correspondance et l'exposé des motifs doivent par ailleurs coïncider dans les indications de transposition qu'ils fournissent.

Ainsi :

- le commentaire de l'article 13 de l'avant-projet précise qu'il transpose l'article 5, paragraphe 1, h), de la directive 2007/64, ce que ne mentionne pas le tableau de correspondance, outre le fait que cet article 13 assure en réalité la transposition de l'article 5, paragraphe 1, i) de cette même directive;
- le commentaire de l'article 16 de l'avant-projet ne mentionne aucune disposition de la directive 2007/64 dont il serait la transposition alors que, dans le tableau, il est fait référence à l'article 14 de cette directive, du moins en ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 16 de l'avant-projet;

.../...

- le commentaire de l'article 20 de l'avant-projet précise qu'il assure la transposition de l'article 17, paragraphes 1 à 5, de la directive tandis que, du tableau, il résulte que l'article 20 transpose aussi, dans son paragraphe 4, le paragraphe 8 de la directive;
- le commentaire de l'article 24 de l'avant-projet indique qu'il constitue la transposition de l'article 15 de la directive 2007/64 alors qu'aux termes du tableau, seuls les paragraphes 1 et 3 de cet article 15 sont transposés par l'article 24 de l'avant-projet;
- le commentaire des articles 25 et 26 de l'avant-projet relève qu'ils sont la transposition de l'article 20, paragraphes 1, 2 et 5 de la directive 2007/64; or, le tableau ne signale pas l'article 26 de l'avant-projet comme une transposition de ces paragraphes de l'article 20 de cette directive;
- le commentaire des articles 28 à 33 de l'avant-projet présente ceux-ci comme "étant conformes aux articles 20 à 22 de la directive" ² alors que, dans le commentaire consacré à l'article 28 de l'avant-projet, celui-ci est indiqué comme transposant l'article 15, paragraphes 2 et 3 de la directive 2007/64;
- le commentaire des articles 34 à 38 de l'avant-projet indique qu'ils constituent la transposition des articles 12, 21 et 25 de la directive 2007/64 mais l'article 38 n'apparaît pas en regard de ces dispositions dans le tableau;
- le commentaire des articles 39 à 45 de l'avant-projet précise que le régime qu'ils instaurent traduit les dispositions de l'article 25 de la directive 2007/64 alors que seul l'article 40 apparaît, dans le tableau, en regard de cet article 25;
- le commentaire de l'article 48 signale qu'il est la transposition des articles 26 et 88, paragraphe 2, de la directive 2007/64 alors même que le tableau de correspondance indique, à propos de cet article 88, paragraphe 2, que la question de sa transposition est sans objet.

(2) Cette formulation est en outre peu heureuse. Il convient en effet de distinguer l'opération de transposition d'une disposition d'une directive, qui consiste en l'intégration en droit interne de la règle qu'elle prescrit, et l'impératif plus général de la conformité des textes de droit interne avec ceux de valeur hiérarchique supérieure notamment ceux qui sont édictés par le législateur européen.

3.3. Le tableau de correspondance comporte par ailleurs des erreurs, des oublis ou des imprécisions.

Ainsi :

- l'article 16 de la directive 2007/64 est respectivement transposé, en ses paragraphes 3 et 4, par les paragraphes 3 et 5 de l'article 21 de l'avant-projet et non 5 et 3;
- la transposition de l'article 24 de la directive 2007/64 est entre autres garantie par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, désignée sous l'abréviation "loi privacy" dans le tableau mais qu'il serait préférable de faire apparaître, comme pour les autres textes législatifs auxquels il est renvoyé, par la mention de sa date;
- l'article 81 de la directive 2007/64 est transposé non seulement dans l'article 50 mais également dans l'article 51 de l'avant-projet.

II. Transposition de la directive 2007/64

1. Le Conseil d'État a pris note du fait que la directive 2007/64 sera transposée par deux textes législatifs distincts dont le second fait l'objet de l'avis 46.807/1, donné le 1^{er} juillet 2009, sur un avant-projet de loi relatif aux services de paiement.

À cet égard, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que pour faciliter l'appréhension de la technique de transposition pour laquelle il a été opté, il serait judicieux que, dans l'exposé des motifs de chacun des textes législatifs en projet, il soit indiqué quelles sont les dispositions de la directive qui ne sont pas transposées par l'un des deux textes mais le sont par l'autre.

En tout état de cause, il convient que les deux auteurs de l'avant-projet s'accordent à tout le moins sur la terminologie usitée pour les définitions des termes qui figurent dans l'un et l'autre textes.

À ce sujet, le Conseil d'État relève que les auteurs des avant-projets ont utilisé une technique différente pour définir les notions de "service de paiement" et de "prestataire de service de paiement".

Le présent avant-projet définit le "service de paiement" par référence à l'annexe I de l'avant-projet (correspondant à l'annexe jointe à la directive 2007/64), à l'exclusion des activités visées à l'annexe II (article 4, 1/, de l'avant-projet), alors que le projet de loi relatif aux services de paiement énumère les activités sur lesquelles ces services portent, en reproduisant, avec une autre numérotation, l'annexe de la directive 2007/64 (article 2, 1/, de l'avant-projet).

L'avant-projet à l'examen définit le "prestataire de services de paiement" comme "les établissements et autorités visés à l'article 5 (de l'avant-projet) qui fournissent des services de paiement" (article 4, 6/, de l'avant-projet). L'article 5 de l'avant-projet énumère six catégories d'établissements et d'autorités autorisés à fournir des services de paiement en Belgique, correspondant aux six catégories de l'article premier, de la directive. L'avant-projet relatif aux services de paiement intègre d'emblée les six catégories dans la définition de ce concept (article 2, 2/, de l'avant-projet). Outre la différence de technique, l'ordre dans lequel sont citées les catégories est différent et les définitions des catégories ne sont pas exactement identiques : le présent avant-projet mentionne "La Poste (Postchèque)" alors que l'autre avant-projet vise "La Poste NV du droit public" (*sic*); le second avant-projet précise, à l'instar de la directive, que la Banque nationale n'est visée que dans la mesure "où elle n'agit pas en qualité d'autorité monétaire ou autre autorité publique", ce qu'omet l'avant-projet à l'examen; de même, le second avant-projet ne mentionne les autorités fédérales, régionales et locales³ que dans la mesure où "elles sont habilitées à cet effet en vertu de la législation qui règle leur mission et/ou leurs statuts et n'agissent pas en qualité d'autorité publique", alors que l'avant-projet à l'examen n'apporte pas ces précisions, dont la seconde figure à l'article premier, paragraphe 1, f), de la directive 2007/64.

(3) Si l'expression "autorités [...] régionales et locales" s'inspire de celle d'"autorités régionales ou locales" figurant à l'article premier, paragraphe 1, de la directive 2007/64, il convient de transposer la référence aux autorités "régionales" au sens du droit européen comme concernant également dans le système fédéral belge, les autorités "communautaires".

Une telle façon de procéder nuit à la sécurité juridique. Il convient d'harmoniser les deux avant-projets en élaborant des définitions communes et en choisissant celles qui correspondent le mieux à celles de la directive, comme il sera exposé ci-dessous.

2. Pour ce qui concerne les dispositions qui ne sont transposées ni par l'un ni par l'autre des deux avant-projets il conviendrait, à tout le moins, que l'exposé des motifs s'en explique.

Ainsi, seuls trois paragraphes de l'article 9 de la directive 2007/64 sont transposés, totalement ou partiellement, alors que cette disposition comporte 6 paragraphes dont un seul, le paragraphe 4, est mentionné dans le tableau comme non transposé. C'est d'ailleurs également l'unique paragraphe pour lequel l'exposé des motifs explique la raison pour laquelle il n'a pas été transposé.

3. La transposition opérée par l'avant-projet apparaît déficiente pour un certain nombre de dispositions de la directive 2007/64.

3.1. Ainsi, le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi l'auteur de l'avant-projet s'écarte d'une transposition fidèle de la directive 2007/64 en ce qui concerne l'article 4, 1/, de l'avant-projet de loi qui définit le "service de paiement". En effet, alors que l'article 4, 3/, de la directive 2007/64 ne définit cette notion que de manière positive en renvoyant à l'annexe, l'avant-projet de loi la définit non seulement de manière positive par renvoi à l'annexe 1 mais aussi de manière négative par référence à l'annexe 2, laquelle transpose l'article 3 de la directive 2007/64 sur les exclusions de son champ d'application. La méthode retenue pose d'autant plus question que l'article 4, 1/, de l'avant-projet de loi n'est pas mentionné dans le tableau de concordance comme transposant ledit article 3 de la directive 2007/64.

En outre, l'exposé des motifs ajoute que "le service de paiement est la composante principale du service fourni; les services de paiement fournis en complément de la livraison de biens ou de services tombent en principe en dehors du champ d'application de la loi." Le Conseil d'État s'interroge sur la portée juridique et pratique de cette précision dans l'exposé des motifs. L'auteur du texte devrait préciser à l'aide d'exemples ce qu'il vise exactement.

Quant à la notion de "domiciliation", définie dans l'article 4 de l'avant-projet et mentionnée à l'annexe 1, elle correspond au "prélèvement" notamment défini par l'article 4, 28), de la directive 2007/64, mais sans qu'aucune information ne soit fournie quant aux raisons expliquant pourquoi l'avant-projet ne recourt pas au même terme que la directive.

3.2. À l'article 4, 6/, de l'avant-projet, la notion de "prestataire de services de paiement" est définie comme suit :

"6/ prestation de services de paiement : les établissements et autorités visés à l'article 5 qui fournissent des services de paiement".

L'article 5 de l'avant-projet adopte une méthode qui n'est pas conforme à celle suivie par l'article 4, 9), de la directive 2007/64, qui définit cette même notion.

Les difficultés suivantes peuvent être relevées :

- L'article 4, 6/, ne transpose que la première partie de la définition figurant, à l'article 4, 9), de la directive 2007/64 en ce qu'il omet de renvoyer à la possibilité d'une dérogation, laquelle est pourtant mise en oeuvre par l'article 48 de l'avant-projet;
- Il n'est pas suffisamment tenu compte à l'article 5, alinéa 1^{er}, 3/, 4/ et 5/, de l'avant-projet, de l'article 1^{er}, paragraphe 1, c), e) et f) de la directive 2007/64, en ce que les organismes et institutions qui y sont mentionnés ne sont concernés que pour autant qu'ils soient belges.

L'alinéa 2 de l'article 5 de l'avant-projet ne résout pas cette difficulté puisqu'il ne renvoie lui-même qu'à ces mêmes autorités et établissements belges.

.../...

- L'article 5, alinéa 1^{er}, 4/, de l'avant-projet ne contient pas la précision selon laquelle la Banque nationale de Belgique et la Banque centrale européenne ne sont autorisées à fournir des services de paiement en Belgique que lorsqu'elles n'agissent pas en qualité d'autorités monétaires ou autres autorités publiques.

3.3. L'article 8, alinéa 2, de l'avant-projet, semble créer un automatisme entre la présentation d'un dossier complet et l'agrément. Or, l'article 10, paragraphe 2, de la directive précise ce qui suit :

"Un agrément est accordé (...) si les autorités compétentes, après avoir examiné attentivement la demande, parviennent à une évaluation globalement favorable".

Cet élément d'appréciation est absent de la transposition opérée par l'article 8 de l'avant-projet.

3.4. L'article 48 de l'avant-projet transpose imparfaitement l'article 26 de la directive dans la mesure où celui-ci envisage une possibilité de dérogation en faveur tant des personnes morales que des personnes physiques.

Or, l'article 48 de l'avant-projet ne prévoit une exemption (dérogation), dans certaines conditions, qu'en faveur des seules personnes morales qui entendent fournir ou exécuter des services de paiement.

4. Certains articles de l'avant-projet comportent des ajouts par rapport au dispositif de la directive 2007/64.

Il en va ainsi de :

- l'article 7 de l'avant-projet, aux termes duquel "le demandeur doit fournir à la CBFA, à la demande de cette dernière, tout renseignement complémentaire pour lui permettre d'évaluer et de traiter sa demande de manière appropriée", ce qui ne semble pas figurer dans la directive 2007/64;

- l'article 8, alinéa 3, de l'avant-projet qui a trait aux conditions auxquelles la CBFA peut, au regard des garanties de gestion saine et prudente, subordonner l'agrément en ce qui concerne l'exercice de certaines activités, compétence qui n'est pas prévue par la directive 2007/64;
- l'article 13 de l'avant-projet, qui requiert que la direction effective de l'établissement de paiement soit bicéphale, ce que ne prévoit pas la directive 2007/64;
- l'article 18 de l'avant-projet qui soumet les fusions à l'autorisation de la CBFA, attribution de compétence qui n'est pas non plus requise par la directive 2007/64.

5. Ainsi que l'énonce l'article 86 de la directive 2007/64, celle-ci requiert une harmonisation totale ⁴. En ce qui concerne le titre II de la directive, il y a donc lieu de s'en tenir à la règle énoncée par cette disposition en son paragraphe 1, suivant laquelle :

"(...) dans la mesure où la présente directive contient des dispositions harmonisées, les États membres ne peuvent maintenir en vigueur ni introduire des dispositions différentes de celles contenues dans la présente directive".

Les dispositions de l'avant-projet faisant l'objet des observations qui précèdent suscitent des difficultés au regard de cette règle.

En outre, certains articles de l'avant-projet de loi à l'examen ne concordent pas avec celles de la directive 2007/64 ou y ajoutent des exigences.

Parmi les dispositions de l'avant-projet qui semblent ne pas concorder avec celles de la directive, on peut mentionner :

- l'article 11, alinéa 1^{er}, qui, à la différence de l'article 6 de la directive 2007/64, ne précise pas que c'est au moment de l'agrément que l'établissement de paiement doit disposer du capital initial minimal;

(4) http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/transposition_en.htm#options.

- l'article 11, alinéa 1^{er}, point b), qui exige que le capital initial minimal s'élève à 50.000 euros minimum quand l'établissement de paiement exerce uniquement les services de paiement visés au point 7 ou aux points 6 et 7 de l'annexe 1, alors que l'article 6, b), de la directive 2007/64 ne consacre cette exigence que quand l'établissement de paiement exerce les services de paiement visés au point 7 de l'annexe 1;
- l'article 21, § 2, qui reprend les points a et b), de l'article 16, § 1^{er}, de la directive 2007/64 mais ne reprend pas le point c).

6. Certaines dispositions de la directive seront transposées par voie de règlements pris par la CBFA.

Il en va ainsi de l'article 8 de la directive 2007/64. Or, cet article implique un choix dans la méthode de calcul des fonds propres.

Si la loi du 8 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers ⁵ attribue un large pouvoir réglementaire à la CBFA, il n'en demeure pas moins que, pour mettre en œuvre la directive 2007/64 qui a trait à un segment particulier du droit bancaire, à savoir le régime juridique applicable aux établissements de paiement et, plus singulièrement, ici le règlement de la question de la détention de fonds propres et la méthode de calcul à appliquer, il y a lieu que l'avant-projet soit, opère sur le principe, le choix que requiert l'article 8 de la directive soit, dès lors qu'il s'agirait de mesures techniques, habilite la CBFA à le faire.

⁽⁵⁾ Voir avis 33.182/2 donné le 29 avril 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 8 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n/ 1241).

7. L'avant-projet de loi se présente comme la transposition, en droit belge, de la directive 2007/64. Or, le titre II relatif aux établissements de paiement, consacre ses chapitres II et III aux établissements et succursales établis en dehors de l'EEE, ce qui n'entre pas dans le champ d'application de la directive 2007/64. Il conviendrait que l'exposé des motifs explicite mieux le système qu'il met en place pour ces établissements et succursales.

* *
*

Compte tenu de toutes les observations qui précèdent, il n'est pas certain qu'un examen exhaustif des questions relatives à l'exacte transposition de la directive précitée ait pu être mené. C'est donc sous cette importante réserve que sont formulées les observations particulières qui suivent.

Observations particulières

Dispositif

Articles 2 et 3

Les articles 2 et 3 gagneraient à être fusionnés de manière à ce qu'apparaisse clairement en quoi consiste la transposition partielle.

Il est suggéré d'écrire :

"Art. 2. La présente loi transpose les titres I et II de la directive 2007/64/ CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE."

.../...

Article 4, 16/ et 20/

Les "liens étroits" doivent, conformément à l'article 10, paragraphe 7, de la directive 2007/64, s'entendre "au sens de l'article 4, point 46), de la directive 2006/48/CE" du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte). C'est donc cette définition que l'avant-projet doit utiliser, plutôt que celle figurant à l'article 4, 16/, qui reproduit sur ce point l'article 3, § 1^{er}, 1/*bis*, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

De même, à l'article 4, 20/, le "groupe" ne doit pas être défini, comme il l'est par référence "à l'article 49*bis*, § 1^{er}, 1/," de cette loi du 22 mars 1993, mais conformément à l'article 4, point 30), de la directive 2007/64, qui renvoie lui-même à "l'article 12, paragraphe 1, de la directive 83/349/CEE", septième directive du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g) du traité, concernant les comptes consolidés. Il convient donc de renvoyer à la disposition qui a transposé en droit belge cette dernière disposition de la directive 83/349/CEE.

Article 6

Vu l'article 4, points 1) et 4), et la phrase introduisant l'article 5 de la directive 2007/64, le début de cet article doit être rédigé comme suit :

"Art. 6. Toute personne morale dont la Belgique est l'État membre d'origine, qui entend fournir des services de paiement en qualité d'établissement de paiement, est tenue ... [la suite comme à l'avant-projet]".

Article 8

L'article 8 transpose l'article 11 de la directive 2007/64 qui prévoit que "(T)oute décision de refus de l'agrément est motivée". Cette obligation n'est pas prévue à l'article 8 de l'avant-projet. Elle s'impose en exécution de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il serait cependant bon que l'exposé des motifs mentionne cette précision et que la loi du 29 juillet 1991 précitée apparaisse dans le tableau de correspondance, en regard de l'article 11 de la directive.

.../...

Articles 8, alinéa 2, 19, alinéa 4, et 34, alinéa 1^{er}

La question se pose de savoir pourquoi une distinction est faite entre lettre recommandée simple et lettre recommandée avec accusé de réception et dans quelles hypothèses l'un ou l'autre type de lettres sera requis.

Article 13

En vertu de l'article 13, § 1^{er}, alinéa 2,

"[l]es personnes qui participent à l'administration ou à la gestion de l'établissement de paiement, ainsi que les personnes qui participent à la direction effective de l'activité de services de paiement dans l'établissement de paiement doivent disposer de l'honorabilité professionnelle [...] nécessair[e] pour assumer leurs tâches en matière de services de paiement".

Le paragraphe 2 de la même disposition renvoie à cet effet à l'article 19 de la loi du 22 mars 1993, précitée.

La preuve du respect de cette disposition doit être fournie à la CBFA à l'appui de la demande d'agrément en vertu de l'article 7, alinéa 1^{er}, 9/. L'article 20, § 1^{er}, alinéa 2, f), pose la même exigence en ce qui concerne les agents par l'intermédiaire desquels les établissements de paiement projettent d'exercer des services de paiement.

L'alinéa 2 de l'article 19 de la loi précitée du 22 mars 1993, auquel il est ainsi notamment renvoyé par l'article 13, § 2, de l'avant-projet, organise un régime d'interdiction professionnelle qui se caractérise notamment par une automaticité se déduisant d'un certain nombre de condamnations pénales et par l'absence de limitation dans le temps des interdictions prononcées.

Pareil régime a fait l'objet d'une jurisprudence critique de la Cour constitutionnelle ⁶. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'interdiction d'une durée de dix ans du droit d'exercer une activité professionnelle, lorsqu'elle affecte sensiblement la possibilité pour ceux qui la subissent d'exercer diverses activités professionnelles dans le secteur privé, peut susciter des difficultés au regard du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁷.

L'occasion du présent avant-projet pourrait être mise à profit par le législateur pour revoir ces dispositions à la lumière de cette jurisprudence. Telle en a d'ailleurs été l'intention du Gouvernement puisqu'il a saisi, le 27 mars 2008, la section de législation du Conseil d'État d'un avant-projet de loi portant des dispositions diverses, au sein duquel un article 51 tendait à modifier l'article 19 de la loi précitée du 22 mars 1993 pour tenir compte de cette jurisprudence. Cette intention n'a toutefois pas été poursuivie, le Gouvernement ayant omis cette disposition dans le projet de loi qui a été déposé ensuite sur le bureau de la Chambre des représentants ⁸.

(6) C.C., n/ 57/98, 27 mai 1998; n/ 87/98, 15 juillet 1998; n/ 77/2000, 21 juin 2000; n/ 119/2006, 12 juillet 2006; n/ 144/2007, 22 novembre 2007. Voir toutefois également les arrêts n^{os} 38/2000 et 40/2000 des 29 mars et 6 avril 2000 de la Cour constitutionnelle.

(7) Cour eur. dr. h., *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, 27 juillet 2004; voir aussi, cette fois quant à l'applicabilité du volet civil de l'article 6 de la Convention aux contestations qui portent sur la possibilité d'exercer une profession, l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000; S. GARCIA-JOURDAN, "De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie* du 27 juillet 2004)", *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 363 à 383.

(8) *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n/ 52-1200/1, spéc. pp. 45 à 48 et 168 à 171. Voir l'avis 44.351/1/2/3/4, donné les 17 et 21 avril 2008 sur cet avant-projet de loi, qui, sur l'article 51 de l'avant-projet, résume les observations qu'appelle un dispositif maintenant un caractère automatique aux interdictions professionnelles en cause (*ibid.*, spéc. pp. 252 à 254).

Articles 17, § 2, alinéa 4, 24, alinéa 4, et 40, alinéa 3

Il est superflu de prévoir, comme le font les articles 17, § 2, alinéa 4, et 24, alinéa 4, de l'avant-projet, que la CBFA exerce son pouvoir dans le respect ou les limites de la législation européenne. Cette précision va de soi, compte tenu de la hiérarchie des normes, et doit être omise.

Il en va de même, à l'article 40, alinéa 3, du respect des dispositions légales et réglementaires applicables en Belgique qui s'impose à la CBFA lorsqu'elle exerce les compétences que lui confère la disposition.

Article 19

L'alinéa 3 permet à la CBFA de s'opposer à un projet d'ouverture d'une succursale sur le territoire d'un autre État membre de l'EEE en vue d'exercer tout ou partie des services de paiement. Ceci est contraire aux articles 10, paragraphe 9, et 25, paragraphe 1, de la directive 2007/64.

Article 20

Il semble résulter de l'article 17 de la directive 2007/64 que celle-ci n'envisage, pour les établissements de paiement, la possibilité de recourir à des agents que pour autant qu'ils soient enregistrés.

Dans cette mesure, il n'apparaît pas que l'article 20, § 4, de l'avant-projet transpose correctement cette exigence en prévoyant :

- dans ses première et deuxième phrases, que l'établissement de paiement est responsable pour les agents enregistrés;
- dans sa troisième phrase, que l'établissement de paiement est civilement responsable des actes des agents non enregistrés, dès lors qu'il y serait "tout de même" recouru.

.../...

Il y a lieu de prévoir expressément dans l'avant-projet de loi que les établissements de paiement ne peuvent recourir qu'à des agents enregistrés et de prévoir les sanctions appropriées lorsque cette règle est violée.

Articles 24, alinéa 3, 41, alinéa 2, et 48, alinéa 2

1. Il n'est de bonne technique législative de prévoir l'application d'une réglementation "par analogie". Cette méthode accroît l'insécurité juridique car elle contraint le justiciable à trouver lui-même les aspects des dispositions qui doivent être adaptés pour être appliqués correctement ⁹. C'est à l'avant-projet lui-même de prévoir le dispositif applicable et, si celui-ci est déjà prévu par ailleurs par arrêté royal mais nécessite des adaptations compte tenu des spécificités des établissements de paiement, une habilitation peut être conférée au Roi pour procéder à l'extension modalisée du champ d'application des textes.

2. En tout état de cause, ce n'est pas au législateur d'étendre le champ d'application d'un arrêté royal. Ce faisant, le législateur contribue à créer la confusion sur l'auteur de la norme et, en outre, aboutit à ce qu'il ne soit plus du pouvoir du Roi de modifier le dispositif que le législateur a ainsi élevé au rang de norme législative ¹⁰.

Article 24, alinéa 7

Les habilitations réglementaires conférées par cet article au Roi ou à la CBFA sont mises en oeuvre "après consultation des établissements de paiement, le cas échéant représentés par leurs associations professionnelles".

⁽⁹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, onglet "Technique législative", recommandation n° 215, www.raadvst-consetat.be (08/07/2009).

⁽¹⁰⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, onglet "Technique législative", recommandation n° 7.1., www.raadvst-consetat.be (08/07/2009).

Il va de soi que, dans la mise en oeuvre de cette disposition, cette procédure de consultation dite ouverte doit s'appliquer à l'égard des établissements concernés dans le respect du principe d'égalité.

Articles 24 et 48

L'exposé des motifs doit faire apparaître l'articulation entre le régime général des exemptions (qualifiées de "dérogations" dans la directive 2007/64), prévues à l'article 48 de l'avant-projet, et le régime des dérogations individuelles, conférées par la CBFA en vertu de l'article 24 de l'avant-projet.

Article 46

Selon les principes constitutionnels gouvernant la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif, une habilitation conférée au Roi par la loi n'est admissible que si les choix politiques essentiels sont fixés par le pouvoir législatif, le soin d'arrêter les modalités de leur mise en oeuvre pouvant être laissé au pouvoir exécutif ¹¹.

Au regard de ces principes, l'habilitation au Roi contenue à l'article 46, alinéa 1^{er}, est trop large.

La disposition doit être revue afin de l'encadrer conformément aux principes qui viennent d'être rappelés.

Article 48

L'article 27 de la directive 2007/64 est, dans le tableau de correspondance, présenté pour mémoire. Il serait judicieux, dans le commentaire de l'article 48 de l'avant-projet, qui assure la transposition de l'article 26 de la directive 2007/64, de préciser que la notification sera faite, conformément à l'article 27 de cette directive, de l'usage de la compétence de déroger que prévoit son article 26.

⁽¹¹⁾ C.C., n/ 31/2004, 3 mars 2004, B.5.4.

Articles 50 et 51

Les articles 50 et 51, situés dans le titre IV, intitulé "Sanctions", de l'avant-projet organisent respectivement des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques.

Dès lors que, compte tenu de leur objet et de leur portée, les mesures envisagées par l'article 50, en tout cas celles qui sont prévues par le paragraphe 3 de cette disposition, peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il importe que soit respecté le principe "*non bis in idem*" consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 14, § 7, du Pacte précité et qui constitue, en droit interne, "une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit" ¹². Selon ce principe, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné.

Dans son avis 33.182/2 précité qui contenait des dispositions analogues à celles faisant l'objet des dispositions à l'examen, la section de législation du Conseil d'État a fait état des difficultés que suscitait cette possibilité de cumul de sanctions ¹³.

Cet avis relevait une évolution dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'interprétation de ce principe : après que, dans un premier temps, la Cour ait considéré que le principe "*non bis in idem*" était violé dès lors qu'un "même comportement" avait fait l'objet à la fois d'une sanction administrative et d'une sanction pénale ¹⁴, elle a considéré plus tard qu'un même fait pouvait donner lieu tout à

⁽¹²⁾ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

⁽¹³⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n°s 50-1842/1 et 50-1843/1, spéc. pp. 250 à 252.

⁽¹⁴⁾ Cour eur. dr. h., *Gradinger c. Autriche*, 23 octobre 1995.

la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes ¹⁵.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances ^{16 17}, mais, récemment, par un arrêt rendu en Grande Chambre le 10 février 2009, la Cour européenne des droits de l'homme est revenue à sa conception première : elle y déclare que "l'article 4 du Protocole n/ 7 doit être compris, comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes" ¹⁸.

La considération figurant dans l'avis 33.182/2, précité, selon laquelle "le principe «*non bis in idem*» devrait exclure qu'une même infraction [...] puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale" s'en trouve en conséquence renforcée.

(15) Cour eur. dr. h., *Oliveira c. Suisse*, 30 juillet 1998.

(16) Voir notamment l'arrêt *Ponsetti et Chesnel c. France* du 14 septembre 1999 de la Cour européenne des droits de l'homme, également cité dans l'avis 33.182/2, précité, du Conseil d'État. Sur ces questions, cons. J. PUT, "Bis sed non idem", *R.W.*, 2001-2002, p. 941, n/ 18; Ch. KARAKOSTA, "Ne bis in idem : une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible", *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 25 et s.; H. MOCK, "Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits", note sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 866 à 881.

(17) La Cour européenne des droits de l'homme a elle-même admis que la diversité des approches adoptées par cette jurisprudence avait été la "source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental" (Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, §§ 70 à 78, spéc. le paragraphe 78).

(18) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, § 82. Dans ce même arrêt, la Cour expose que "l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n/ 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention" (*ibid.*, § 81). Voir H. MOCK, *loc. cit.*

Le même avis concluait sur ce point par les considérations suivantes :

"Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient dès lors pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer - au regard de leurs éléments constitutifs - des infractions identiques.

Certes, l'article 73 ¹⁹ de l'avant-projet prévoit-il que

«Toute amende administrative imposée par la CBF à une personne et devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, s'impute sur le montant de toute amende pénale qui serait prononcée pour ces faits à l'égard de la même personne.».

Mais cette disposition ne paraît pas suffisante pour satisfaire à l'exigence du principe "*non bis in idem*". Si ce principe venait à s'appliquer, il aurait en effet pour conséquence non d'exiger l'absorption d'une peine par une autre mais de rendre irrecevable la poursuite ultérieure d'une même infraction pour laquelle son auteur a déjà été condamné."

L'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme ne peut que conduire la section de législation du Conseil d'État à réitérer cette observation pour les articles 50 et 51 de l'avant-projet. Ces dispositions devraient être revues de manière à éviter que, pour un même fait commis par la même personne, après une condamnation pénale, une nouvelle procédure, à caractère administratif, puisse être diligentée pouvant conduire à l'infliction d'une sanction administrative pouvant être qualifiée de pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou, à l'inverse, que, toujours pour un même fait, pareille sanction administrative puisse être suivie de poursuites pénales.

Par la même occasion, il y aurait lieu de revoir le régime des sanctions administratives et pénales, tel qu'il est organisé par les articles 36 et suivants de la loi précitée du 2 août 2002 et dans d'autres législations comparables, comme par exemple aux articles 102 et suivants de la loi du 22 mars 1993, précitée.

⁽¹⁹⁾ Cette disposition a gardé sa numérotation dans la loi adoptée du 2 août 2002, moyennant des modifications n'affectant pas sa substance (article 1^{er} de l'arrêté royal du 25 mars 2003 portant exécution de l'article 45, § 2, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et article 176, 1/ et 2/, de la loi-programme du 27 avril 2007).

Article 51

L'article 51 dispose que les incriminations qu'il énumère sont prévues "en application de l'article 41, 2/, de la loi du 2 août 2002 [relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers]".

Aux termes de cette dernière disposition,

"[s]ont 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 13, § 2, 15, 22 et 23 et désignées par le Roi dans les arrêtés en question".

Même si les peines prévues par la disposition à l'examen et par l'article 41, 2/, de la loi du 2 août 2002 sont les mêmes, le Conseil d'État n'aperçoit pas la pertinence de cette référence à cette dernière disposition, laquelle doit en conséquence être omise.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseurs de la section de législation,
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	
	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 46.870/2
VAN 8 JULI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 11 juni 2009 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "op het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen", heeft het volgende advies gegeven :

Algemene opmerkingen

I. Concordantietabel

1. In het voorontwerp van wet staat :

- in artikel 2 :

"Met deze wet wordt Richtlijn 2007/64/EG gedeeltelijk omgezet in Belgisch recht";

- in artikel 3 :

"Deze wet regelt het bedrijf van betalingsdienstaanbieder, het statuut van betalingsinstelling en de toegang tot betalingssystemen, alsook het toezicht op de naleving van de bepalingen van deze wet en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen."

2. Aan de Raad van State is een tabel overgezonden met de overeenstemming tussen de tekst van het voorontwerp en die van de Europese regelgeving die daarbij wordt omgezet. Er is daarentegen geen tabel ter beschikking gesteld waarin de overeenstemming in omgekeerde zin wordt aangegeven. Zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk heeft opgemerkt, moeten evenwel de beide tabellen worden opgesteld en bij het voorontwerp van wet worden gevoegd opdat de wetgevende kamers zich met kennis van zaken kunnen uitspreken over de keuze van de middelen die de steller van het voorontwerp aanwendt om te zorgen voor de omzetting van de bovengenoemde richtlijn, en te voorkomen dat de uitoefening van het recht van amendement, dat is vervat in artikel 76 van de Grondwet, de grenzen overschrijdt van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten laat.

Er kan dus niet mee worden volstaan in de memorie van toelichting aan te geven welke bepaling(en) van de richtlijn door ieder artikel van het voorontwerp wordt (worden) omgezet.

Die twee concordantietabellen moeten er immers voor zorgen dat, door ze kruislings te raadplegen, gemakkelijk kan worden nagegaan of de verschillende artikelen van de titels I en II van richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (hierna "richtlijn 2007/64" genoemd), die het onderwerp vormen van het voorliggende voorontwerp, volledig omgezet zijn. Ze maken het ook mogelijk te weten welke bepalingen ertoe strekken voor deze omzetting te zorgen, ongeacht of het gaat om reeds bestaande bepalingen in het Belgische rechtsbestel, om bepalingen van het onderzochte voorontwerp, om bepalingen die nog moeten worden uitgevaardigd, inzonderheid bij koninklijk besluit, of om bepalingen die thans van kracht zijn in de Belgische rechtsorde en die bij het onderzochte voorontwerp moeten worden vervangen of opgeheven. Om deze laatste aspecten te verduidelijken, zou de steller van het voorontwerp niet alleen moeten aangeven welke wets- en verordeningsbepalingen nog zouden moeten worden uitgevaardigd om de omzetting van de richtlijn volledig tot stand te brengen, maar ook welke koninklijke besluiten moeten worden gewijzigd of opgeheven ¹.

Deze werkwijze is des te meer aangeraden daar de steller van het voorontwerp bij de omzetting heeft geopteerd voor een structuur en zelfs een terminologie die niet volledig overeenstemmen met die van richtlijn 2007/64.

Het zou dan ook wenselijk geweest zijn dat de beide tabellen aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State waren bezorgd met het oog op het onderzoek van het voorontwerp dat ze heeft uitgevoerd voor het opstellen van dit advies.

(1) De aandacht van de steller van de tekst moet erop worden gevestigd dat de voornoemde richtlijn 2007/64 pas volledig zal zijn omgezet na de uitvaardiging van de verschillende uitvoeringsbesluiten die het voorontwerp noodzakelijk maakt. Deze moeten uiterlijk op 1 november 2009, de datum waarop de termijn voor de omzetting van richtlijn 2007/64 verstrijkt, uitgevaardigd zijn en in werking zijn getreden.

3. Hoe dan ook, het onderzoek van de concordantietabel waarbij de bepalingen van richtlijn 2007/64 en de bepalingen van het voorontwerp naast elkaar worden gezet, geeft aanleiding tot verscheidene opmerkingen.

3.1. In die tabel zou nauwkeuriger moeten worden aangegeven welke bepalingen van het voorontwerp de artikelen van richtlijn 2007/64 omzetten.

Zo bijvoorbeeld bevat artikel 4 van het voorontwerp 26 onderdelen en wordt in de concordantietabel niet aangegeven bij welk onderdeel / welke onderdelen van dat artikel de 30 onderdelen die in artikel 4 van richtlijn 2007/64 staan, worden omgezet.

Die tabel behoort zo te worden aangevuld dat de omzetting die bij het voorontwerp wordt verricht, visueel duidelijker wordt. De steller van het voorontwerp moet er bij het opmaken van de tweede concordantietabel voor zorgen dat de informatie die daarin gegeven wordt, even nauwkeurig is.

3.2. In de memorie van toelichting wordt meestal aangegeven welke bepalingen van de richtlijn bij de artikelen van het voorontwerp worden omgezet, maar dat geschiedt ofwel slechts zeer onnauwkeurig (vooral vanaf de artikelen 25 en volgende van het voorontwerp), ofwel niet systematisch (meestal worden de artikelen van de richtlijn die omgezet worden vermeld, maar soms niet, zoals bijvoorbeeld wat artikel 27 van het voorontwerp van wet betreft).

De concordantietabel en de memorie van toelichting moeten bovendien met elkaar overeenstemmen wat betreft de informatie die ze geven omtrent de omzetting.

Zo bijvoorbeeld :

- staat in de commentaar bij artikel 13 van het voorontwerp dat het artikel 5, lid 1, h), van richtlijn 2007/64 omzet, wat niet vermeld wordt in de concordantietabel, los van het feit dat dat artikel 13 eigenlijk artikel 5, lid 1, i), van diezelfde richtlijn omzet;
- wordt in de commentaar bij artikel 16 van het voorontwerp geen enkele bepaling van richtlijn 2007/64 genoemd die het zou omzetten, terwijl in de tabel verwezen wordt

.../...

naar artikel 14 van die richtlijn, tenminste wat het tweede lid van artikel 16 van het voorontwerp betreft;

- staat in de commentaar bij artikel 20 van het voorontwerp dat het artikel 17, lid 1 tot 5, van de richtlijn omzet, terwijl uit de tabel blijkt dat artikel 20 ook, namelijk paragraaf 4 daarvan, lid 8 van de richtlijn omzet;
- staat in de commentaar bij artikel 24 van het voorontwerp dat het de omzetting vormt van artikel 15 van richtlijn 2007/64, terwijl volgens de tabel artikel 24 van het voorontwerp alleen de leden 1 en 3 van dat artikel 15 omzet;
- staat in de commentaar bij de artikelen 25 en 26 van het voorontwerp dat ze de omzetting vormen van artikel 20, leden 1, 2 en 5, van richtlijn 2007/64; in de tabel echter staat niet dat artikel 26 van het voorontwerp een omzetting is van die leden van artikel 20 van die richtlijn;
- worden de artikelen 28 tot 33 van het voorontwerp in de commentaar bij die artikelen voorgesteld als "in overeenstemming met de artikelen 20 tot en met 22 van de richtlijn" ², terwijl in de commentaar bij artikel 28 van het voorontwerp staat dat daarbij artikel 15, leden 2 en 3, van richtlijn 2007/64 wordt omgezet;
- staat in de commentaar bij de artikelen 34 tot 38 van het voorontwerp dat ze de omzetting vormen van de artikelen 12, 21 en 25 van richtlijn 2007/64, maar wordt artikel 38 niet tegenover die bepalingen vermeld in de tabel;
- staat in de commentaar bij de artikelen 39 tot 45 van het voorontwerp dat de regeling die ze invoeren, invulling geeft aan het bepaalde van artikel 25 van richtlijn 2007/64, terwijl in de tabel tegenover dat artikel 25 alleen artikel 40 wordt vermeld;

⁽²⁾ Dat is bovendien een ongelukkige formulering. Er moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen de omzetting zelf van een bepaling van een richtlijn, die erin bestaat dat de regel die ze geeft in het interne recht wordt opgenomen, en het meer algemene voorschrift dat regelingen van intern recht in overeenstemming moeten zijn met hogere regelingen, onder meer die welke door de Europese wetgever worden uitgevaardigd.

- staat in de commentaar bij artikel 48 dat dit de omzetting is van de artikelen 26 en 88, lid 2, van richtlijn 2007/64, terwijl in de concordantietabel met betrekking tot dat artikel 88, lid 2, staat dat de omzetting daarvan doelloos is.

3.3. De concordantietabel bevat overigens fouten, leemten of onduidelijkheden.

Zo bijvoorbeeld :

- worden de leden 3 en 4 van artikel 16 van richtlijn 2007/64 respectievelijk omgezet door de paragrafen 3 en 5 van artikel 21 van het voorontwerp, en niet door de paragrafen 5 en 3;
- wordt artikel 24 van richtlijn 2007/64 onder meer omgezet bij de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, die in de tabel kortweg wordt aangeduid met "Wet privacy", maar die beter, net zoals de overige wetteksten waarnaar wordt verwezen, zou worden vermeld door opgave van de datum ervan;
- wordt artikel 81 van richtlijn 2007/64 niet alleen bij artikel 50, maar ook bij artikel 51 van het voorontwerp omgezet.

II. Omzetting van richtlijn 2007/64

1. De Raad van State heeft er nota van genomen dat richtlijn 2007/64 zal worden omgezet bij twee afzonderlijke wetteksten, waarvan de tweede een voorontwerp van wet betreffende de betalingsdiensten is, waarover op 1 juli 2009 advies 46.807/1 is uitgebracht.

In dit verband wordt de steller van het voorontwerp er opmerkzaam op gemaakt dat het, ter bevordering van de bevattelijkheid van de omzettingstechniek waarvoor geopteerd is, raadzaam zou zijn in de memorie van toelichting van elk van beide ontworpen wetteksten aan te geven welke bepalingen van de richtlijn niet omgezet worden door een van de beide teksten, maar wel door de andere.

.../...

Hoe dan ook dienen de stellers van elk van beide voorontwerpen op zijn minst overeenstemming te bereiken over de terminologie die gebezigd wordt voor het definiëren van de termen die in elk van beide teksten voorkomen.

Wat dit punt betreft, wijst de Raad van State erop dat de stellers van de voorontwerpen een andere techniek hebben gebruikt voor het definiëren van de begrippen "betalingsdienst" en "betalingsdienstaanbieder".

In het voorliggende voorontwerp wordt de "betalingsdienst" gedefinieerd door te verwijzen naar bijlage I bij het voorontwerp (die overeenkomt met de bijlage die bij richtlijn 2007/64 is gevoegd), doch met uitsluiting van de activiteiten vermeld in bijlage II (artikel 4, 1/, van het voorontwerp), terwijl in het wetsontwerp betreffende de betalingsdiensten een opsomming wordt gegeven van de activiteiten waarop die diensten betrekking hebben door de bijlage bij richtlijn 2007/64 over te nemen met een andere nummering (artikel 2, 1/, van het voorontwerp).

In het voorliggende voorontwerp worden de "betalingsdienstaanbieders" gedefinieerd als "de in artikel 5 (van het voorontwerp) bedoelde instellingen en overheden die betalingsdiensten verrichten" (artikel 4, 6/, van het voorontwerp). In artikel 5 van het voorontwerp worden zes categorieën instellingen en overheden opgesomd die in België betalingsdiensten mogen aanbieden, welke categorieën overeenstemmen met de zes categorieën van artikel 1 van de richtlijn. In het voorontwerp betreffende de betalingsdiensten worden de zes categorieën meteen opgenomen in de definitie van dat begrip (artikel 2, 2/, van het voorontwerp). Naast het verschil qua techniek is ook de volgorde waarin de categorieën geciteerd worden verschillend, terwijl ook de definities van de categorieën niet exact dezelfde zijn : in het voorliggende voorontwerp wordt melding gemaakt van "De Post (Postcheque)" terwijl in het andere voorontwerp verwezen wordt naar "De Post NV van publiek recht"; in het tweede voorontwerp wordt, zoals in de richtlijn, aangegeven dat de Nationale Bank maar ter sprake komt voor zover "zij niet handelt in haar hoedanigheid van monetaire - of andere publieke - autoriteit", wat in het voorliggende voorontwerp wordt nagelaten; zo ook wordt in het tweede voorontwerp

slechts melding gemaakt van de federale, regionale en lokale overheden ³ voor zover ze "krachtens de wetgeving die hun opdrachten regelt en/of hun statuten hiertoe gemachtigd zijn en zij niet handelen in hun hoedanigheid van publieke autoriteit", terwijl in het voorliggende voorontwerp geen sprake is van deze preciseringen, waarvan de tweede voorkomt in artikel 1, lid 1, f), van richtlijn 2007/64.

Doordat aldus te werk wordt gegaan, wordt de rechtszekerheid aangetast. De beide voorontwerpen dienen geharmoniseerd te worden door gemeenschappelijke definities op te stellen en te kiezen voor die definities die het best overeenkomen met die van de richtlijn, zoals zulks verderop uiteengezet wordt.

2. Wat betreft de bepalingen die noch bij het ene, noch bij het andere voorontwerp worden omgezet, zou op zijn minst in de memorie van toelichting daarover uitleg moeten worden verstrekt.

Zo worden van artikel 9 van richtlijn 2007/64 slechts drie leden volledig of gedeeltelijk omgezet, hoewel die bepalingen zes leden bevat, waarvan slechts een, lid 4, in de tabel wordt vermeld als zijnde niet omgezet. Dat is overigens ook het enige lid waarvoor in de memorie van toelichting uitgelegd wordt waarom het niet omgezet is.

3. De omzetting die bij het voorontwerp tot stand wordt gebracht, lijkt gebrekkig voor een aantal bepalingen van richtlijn 2007/64.

3.1. Zo ziet de Raad van State niet in waarom de steller van het voorontwerp afwijkt van een getrouwe omzetting van richtlijn 2007/64 wat artikel 4, 1/, van het voorontwerp van wet betreft, waarin de "betalingsdienst" wordt gedefinieerd. Immers, terwijl in artikel 4, 3/, van richtlijn 2007/64 dat begrip alleen op positieve wijze wordt gedefinieerd door te verwijzen naar de bijlage, wordt het in het voorontwerp niet alleen op positieve wijze gedefinieerd door een verwijzing naar bijlage 1, maar ook op

⁽³⁾ Hoewel de uitdrukking "regionale en lokale overheden" steunt op de uitdrukking "regionale en lokale overheden", die voorkomt in artikel 1, lid 1, f), van richtlijn 2007/64, dient de verwijzing naar de "regionale overheden" in de zin van het Europees recht aldus te worden omgezet dat ze in het Belgisch federale stelsel eveneens betrekking heeft op de overheden van de gemeenschappen.

negatieve wijze door een verwijzing naar bijlage 2, houdende omzetting van artikel 3 van richtlijn 2007/64 betreffende de gevallen waarop de richtlijn niet toepasselijk is. De gekozen methode doet des te meer vragen rijzen daar artikel 4, 1/, van het voorontwerp van wet in de concordantietabel niet wordt vermeld als houdende omzetting van het voormelde artikel 3 van richtlijn 2007/64.

Bovendien wordt er in de memorie van toelichting aan toegevoegd dat "de betalingsdienst (...) het hoofdbestanddeel (is) van de dienst die aangeboden wordt; betalingsdiensten die een aanvulling zijn bij de levering van goederen of diensten vallen in beginsel buiten het toepassingsgebied van de wet". Het is de Raad van State niet duidelijk wat de juridische en praktische draagwijdte is van deze precisering in de memorie van toelichting. De steller van de tekst zou aan de hand van voorbeelden moeten aangeven wat hij precies op het oog heeft.

Het begrip "domiciliëring", omschreven in artikel 4 van het voorontwerp en vermeld in bijlage 1, stemt overeen met het begrip "afschrijving", dat inzonderheid bij artikel 4, 28), van richtlijn 2007/64 is gedefinieerd, maar zonder dat enige inlichting wordt verstrekt over de redenen waarom in het voorontwerp niet van dezelfde term als in de richtlijn gebruik wordt gemaakt.

3.2. In artikel 4, 6/, van het voorontwerp wordt het begrip "betalingsdienstaanbieders" als volgt omschreven :

"6/ betalingsdienstaanbieders : de in artikel 5 bedoelde instellingen en overheden die betalingsdiensten verrichten".

In artikel 5 van het voorontwerp wordt een werkwijze gehanteerd die niet dezelfde is als die welke is gevolgd in artikel 4, 9), van richtlijn 2007/64, dat hetzelfde begrip definieert.

Op de volgende moeilijkheden kan worden gewezen :

- Artikel 4, 6/, zet alleen het eerste deel van de definitie om die voorkomt in artikel 4, 9), van richtlijn 2007/64, doordat het niet verwijst naar de mogelijkheid van een afwijking, die nochtans uitgevoerd wordt door artikel 48 van het voorontwerp;

.../...

- In artikel 5, eerste lid, 3/, 4/ en 5/, van het voorontwerp wordt niet voldoende rekening gehouden met artikel 1, lid 1, c), e) en f), van richtlijn 2007/64, doordat de overheden en instellingen die erin worden vermeld slechts betrokken zijn voor zover het Belgische overheden en instellingen zijn.

Het tweede lid van artikel 5 van het voorontwerp lost dit probleem niet op, aangezien het zelf alleen naar diezelfde Belgische overheden en instellingen verwijst.

- Artikel 5, eerste lid, 4/, van het voorontwerp bevat niet de precisering dat de Nationale Bank van België en de Europese Centrale Bank in België alleen betalingsdiensten mogen verrichten wanneer ze niet handelen in hun hoedanigheid van monetaire of andere publieke autoriteit.

3.3. Artikel 8, tweede lid, van het voorontwerp lijkt een automatisme te creëren tussen de voorlegging van een volledig dossier en de vergunning. In artikel 10, lid 2, van de richtlijn staat evenwel het volgende :

"Een vergunning wordt verleend indien (...) de bevoegde autoriteiten die de aanvraag onderzocht hebben, over de gehele lijn tot een positief oordeel komen."

Dit beoordelingsgegeven komt niet voor in de omzetting door artikel 8 van het voorontwerp.

3.4. Artikel 48 van het voorontwerp zet artikel 26 van de richtlijn onvolkomen om in zoverre het laatste artikel voorziet in de mogelijkheid van een afwijking voor zowel rechtspersonen als natuurlijke personen.

Artikel 48 van het voorontwerp voorziet evenwel alleen in een vrijstelling (afwijking), onder bepaalde voorwaarden, voor alleen de rechtspersonen die betalingsdiensten willen aanbieden of uitvoeren.

4. Sommige artikelen van het voorontwerp bevatten toevoegingen ten opzichte van het dispositief van richtlijn 2007/64.

Dit is het geval met :

.../...

- artikel 7 van het voorontwerp, naar luid waarvan "de aanvrager (...) de CBFA op haar vraag alle verdere aanvullende inlichtingen (moet) verstrekken die nodig zijn om zijn aanvraag passend te kunnen beoordelen en behandelen", wat niet in richtlijn 2007/64 lijkt voor te komen;
- artikel 8, derde lid, van het voorontwerp, dat handelt over de voorwaarden waaronder de CBFA, gelet op het waarborgen van een gezond en voorzichtig beleid, in haar vergunning voorwaarden kan stellen aan de uitoefening van bepaalde werkzaamheden, een bevoegdheid waarin richtlijn 2007/64 niet voorziet;
- artikel 13 van het voorontwerp, dat vereist dat de effectieve leiding van de betalingsinstelling tweekoppig moet zijn, wat richtlijn 2007/64 niet bepaalt;
- artikel 18 van het voorontwerp, dat voor fusies de toestemming van de CBFA vereist, een bevoegdheidsopdracht die evenmin door richtlijn 2007/64 voorgeschreven is.

5. Zoals gesteld wordt in artikel 86 van richtlijn 2007/64, vergt deze een volledige harmonisatie⁴. Wat titel II van de richtlijn betreft, dient men zich dus te houden aan de regel die in paragraaf 1 van die bepaling vervat is, volgens welke :

"(...) de lidstaten, in zoverre deze richtlijn geharmoniseerde bepalingen bevat, geen andere bepalingen (mogen) handhaven of vaststellen dan die welke in deze richtlijn zijn vervat".

⁽⁴⁾ http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/transposition_en.htm#options.

De bepalingen van het voorontwerp waarover de voorgaande opmerkingen gemaakt zijn, leveren moeilijkheden op uit het oogpunt van die regel.

Bovendien stemmen een aantal artikelen van het voorliggende voorontwerp van wet niet overeen met die van richtlijn 2007/64 of voegen ze er eisen aan toe.

Onder andere de volgende bepalingen van het voorontwerp lijken niet overeen te stemmen met die van de richtlijn :

- artikel 11, eerste lid, dat in tegenstelling tot artikel 6 van richtlijn 2007/64 niet preciseert dat de betalingsinstelling, op het tijdstip waarop haar vergunning wordt verleend, over het minimale aanvangskapitaal moet beschikken;
- artikel 11, eerste lid, punt b), waarin gesteld wordt dat het minimale aanvangskapitaal ten minste 50.000 euro moet bedragen, wanneer de betalingsinstelling enkel de in punt 7 of de in punten 6 en 7 van bijlage I bedoelde betalingsdiensten verricht, terwijl die verplichting in artikel 6, b), van richtlijn 2007/64 alleen gehuldigd wordt wanneer de betalingsinstelling de in punt 7 van bijlage 1 vermelde betalingsdienst verricht;
- artikel 21, § 2, waarin de punten a) en b) van artikel 16, lid 1, van richtlijn 2007/64 worden overgenomen, maar niet punt c).

6. Sommige bepalingen van de richtlijn worden bij reglement van de CFBA omgezet.

Dat is het geval met artikel 8 van richtlijn 2007/64. Dit artikel houdt evenwel een keuze in van de methode voor de berekening van het eigen vermogen.

Hoewel de wet van 8 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten⁵ een ruime regelgevende bevoegdheid verleent aan de CBFA, geldt niettemin dat, teneinde uitvoering te geven aan richtlijn 2007/64 die betrekking heeft op een bijzonder segment van het bankrecht, namelijk de rechtsregels voor betalingsinstellingen en meer in het bijzonder in dit geval het beslechten van de kwestie van het aanhouden van eigen vermogen en de toe te passen berekeningsmethode, behoort het voorontwerp, hetzij principieel, de keuze te maken die door artikel 8 van de richtlijn gevergd wordt, hetzij, daar het om technische maatregelen zou gaan, de CBFA daartoe te machtigen.

7. Het voorontwerp van wet dient zich aan als de omzetting, in het Belgische recht, van richtlijn 2007/64. In Titel II, die betrekking heeft op de betalingsinstellingen, worden de hoofdstukken II en III evenwel gewijd aan de instellingen en bijkantoren die gevestigd zijn buiten de EER, wat niet binnen het toepassingsgebied van richtlijn 2007/64 valt. In de memorie van toelichting moet het systeem waarin het voor die instellingen en bijkantoren voorziet nader toegelicht worden.

*

* *

Gelet op alle opmerkingen die voorafgaan, staat het niet vast dat de vragen met betrekking tot de exacte omzetting van de richtlijn grondig onderzocht zijn kunnen worden. De hiernavolgende bijzondere opmerkingen worden onder dat belangrijke voorbehoud gemaakt.

⁽⁵⁾ Zie advies 33.182/2 gegeven op 29 april 2002 over een voorontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot de wet van 8 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (*Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 1241).

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 2 en 3

Het verdient aanbeveling de artikelen 2 en 3 samen te voegen, zodat duidelijk tot uiting komt wat de gedeeltelijke omzetting behelst.

Voorgesteld wordt te schrijven :

"Art. 2. Deze wet voorziet in de omzetting van de titels I en II van richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG."

Artikel 4, 16/ en 20/

De "nauwe banden" moeten overeenkomstig artikel 10, lid 7, van richtlijn 2007/64 worden begrepen "als omschreven in artikel 4, punt 46, van richtlijn 2006/48/EG" van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking). Het is dus deze definitie die in het voorontwerp moet worden gebruikt, veeleer dan die welke voorkomt in artikel 4, 16/, dat in dit opzicht artikel 3, § 1, 1/*bis*, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen overneemt.

Zo ook dient in artikel 4, 20/, de "groep" niet te worden gedefinieerd door verwijzing naar "artikel 49*bis*, § 1, 1/," van deze wet van 22 maart 1993, maar overeenkomstig artikel 4, punt 30, van richtlijn 2007/64, dat op zijn beurt verwijst naar "artikel 12, lid 1, van richtlijn 83/349/EEG", de zevende richtlijn van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag, betreffende de geconsolideerde jaarrekening. Bijgevolg moet worden verwezen naar de bepaling die de laatstgenoemde bepaling van richtlijn 83/349/EEG omgezet heeft naar Belgisch recht.

.../...

Artikel 6

Gelet op artikel 4, punten 1) en 4), en op de inleidende zin van artikel 5 van richtlijn 2007/64, moet het begin van dit artikel als volgt worden geredigeerd :

"Art. 6. Iedere rechtspersoon waarvan België de lidstaat van herkomst is en die betalingsdiensten wil aanbieden in de hoedanigheid van betalingsinstelling, moet alvorens zijn werkzaamheden aan te vangen, van de CBFA een vergunning verkrijgen ongeacht de overige plaatsen waar hij werkzaam is."

Artikel 8

Artikel 8 voorziet in de omzetting van artikel 11 van richtlijn 2007/64, dat onder meer bepaalt : "Iedere weigering een vergunning te verlenen, wordt gemotiveerd". Deze verplichting komt niet voor in artikel 8 van het voorontwerp. Ze moet worden in acht genomen ter uitvoering van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Het zou nochtans wenselijk zijn zulks te preciseren in de memorie van toelichting en in de concordantietabel tegenover artikel 11 van de richtlijn de voornoemde wet van 29 juli 1991 te vermelden.

Artikelen 8, tweede lid, 19, vierde lid, en 34, eerste lid

De vraag rijst waarom een onderscheid wordt gemaakt tussen een gewone aangetekende brief en een aangetekende brief met ontvangstbewijs, en in welke gevallen deze of gene soort van brief vereist is.

Artikel 13

Artikel 13, § 1, tweede lid, bepaalt :

"De personen die deelnemen aan het bestuur of het beleid van een betalingsinstelling, en de personen die deelnemen aan de effectieve leiding van het betalingsdienstenbedrijf in een betalingsinstelling, moeten over de voor de uitoefening van hun taken inzake betalingsdiensten vereiste professionele betrouwbaarheid [...] beschikken."

Paragraaf 2 van diezelfde bepaling verwijst daartoe naar artikel 19 van de voornoemde wet van 22 maart 1993.

Het bewijs dat aan deze bepaling is voldaan, moet krachtens artikel 7, eerste lid, 9/, aan de CBFA geleverd worden samen met de vergunningsaanvraag. Artikel 20, § 1, tweede lid, f), stelt eenzelfde vereiste wat betreft de agenten door wier toedoen de betalingsinstellingen betalingsdiensten wensen te verrichten.

Het tweede lid van artikel 19 van de voornoemde wet van 22 maart 1993, waarnaar aldus onder meer artikel 13, § 2, van het voorontwerp verwijst, voert een systeem van beroepsverbod in dat zich onder meer kenmerkt door de automaticiteit ervan, die wordt afgeleid uit een aantal strafrechtelijke veroordelingen, en door het feit dat de uitgesproken beroepsverboden niet in de tijd beperkt zijn.

Een zodanig systeem heeft aanleiding gegeven tot kritiek in de jurisprudentie van het Grondwettelijk Hof ⁶. Daarbij komt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds geoordeeld heeft dat het verbod om gedurende tien jaar een beroepsactiviteit uit te oefenen, wanneer dat verbod voor degenen aan wie het wordt opgelegd een grote beperking meebrengt van de mogelijkheid om in de particuliere sector diverse beroepsactiviteiten uit te oefenen, problemen kan doen rijzen op het gebied van

⁽⁶⁾ GH, nr. 57/98, 27 mei 1998; nr. 87/98, 15 juli 1998; nr. 77/2000, 21 juni 2000; nr. 119/2006, 12 juli 2006; nr. 144/2007, 22 november 2007. Zie evenwel ook de arresten nrs. 38/2000 en 40/2000 van 29 maart en 6 april 2000 van het Grondwettelijk Hof.

de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privéleven, gewaarborgd bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens ⁷.

De wetgever zou in het kader van dit voorontwerp van de gelegenheid gebruik kunnen maken om die bepalingen te herzien in het licht van deze jurisprudentie. De regering was dat trouwens reeds van plan doordat ze op 27 maart 2008 aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State een voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen heeft voorgelegd, waarvan artikel 51 ertoe strekte artikel 19 van de voornoemde wet van 22 maart 1993 te wijzigen rekening houdend met die jurisprudentie. De regering is evenwel niet doorgegaan met haar voornemen, daar ze deze bepaling heeft weggelaten uit het ontwerp van wet dat vervolgens bij de Kamer van volksvertegenwoordigers is ingediend ⁸.

Artikelen 17, § 2, vierde lid, 24, vierde lid, en 40, derde lid

Het is overbodig voor te schrijven, zoals het geval is met de artikelen 17, § 2, vierde lid, en 24, vierde lid, van het voorontwerp, dat de CBFA handelt met naleving of binnen de perken van de Europese wetgeving. Deze precisering is vanzelfsprekend, gelet op de hiërarchie van de normen, en moet dan ook vervallen.

⁽⁷⁾ EHRM, *Sidabras en Dziautas tegen Litouwen*, 27 juli 2004; zie eveneens, deze keer in verband met de toepasbaarheid van het civielrechtelijk gedeelte van artikel 6 van het Verdrag op betwistingen betreffende de mogelijkheid om een beroep uit te oefenen, arrest *Thlimmenos tegen Griekenland* van 6 april 2000; S. GARCIA-JOURDAN, "De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé (in verband met het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Sidabras en Dziautas tegen Litouwen* van 27 juli 2004)", Rev. trim. dr. h., 2005, blz. 363 tot 383.

⁽⁸⁾ *Parl.St.*, Kamer 2007-2008, nr. 52-1200/1, inz. blz. 45 tot 48 en 168 tot 171. Zie advies 44.351/1/2/3/4, op 17 en 21 april 2008 verstrekt omtrent dit voorontwerp van wet, dat in verband met artikel 51 van het voorontwerp de opmerkingen samenvat waartoe een regeling aanleiding geeft die het automatische karakter in stand houdt van de desbetreffende beroepsverboden (*ibid.*, inz. blz. 252 tot 254).

Hetzelfde geldt voor artikel 40, derde lid, wat betreft de naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen die in België van toepassing zijn, waartoe de CBFA gehouden is bij de uitoefening van de bevoegdheden die de bepaling haar verleent.

Artikel 19

Volgens het derde lid kan de CBFA zich verzetten tegen een project inzake het openen van een bijkantoor op het grondgebied van een andere lidstaat van de EER met het oog op het verrichten van het geheel of een deel van de betalingsdiensten. Dit is in strijd met de artikelen 10, lid 9, en 25, lid 1, van richtlijn 2007/64.

Artikel 20

Uit artikel 17 van richtlijn 2007/64 lijkt te volgen dat betalingsinstellingen alleen een beroep kunnen doen op agenten voor zover deze laatsten geregistreerd zijn.

In dat opzicht ziet het er niet naar uit dat artikel 20, § 4, van het voorontwerp dat vereiste correct omzet in zoverre :

- volgens de eerste en de tweede zin ervan de betalingsinstelling verantwoordelijk is voor de geregistreerde agenten;
- de derde zin bepaalt dat de betalingsinstelling burgerrechtelijk aansprakelijk is voor de handelingen van de niet-geregistreerde agenten indien "niettemin" een beroep wordt gedaan op deze laatsten.

In het voorontwerp van wet moet uitdrukkelijk worden voorgeschreven dat betalingsinstellingen alleen een beroep mogen doen op geregistreerde agenten en moeten de gepaste sancties in geval van schending van die regel worden opgenomen.

Artikelen 24, derde lid, 41, tweede lid, en 48, tweede lid

1. Het is uit wetgevingstechnisch oogpunt niet raadzaam te bepalen dat een regeling "op overeenkomstige wijze" van toepassing is. Deze werkwijze vergroot de rechtsonzekerheid, daar ze de lezer dwingt zelf te beoordelen in welk opzicht de bepalingen moeten worden aangepast opdat ze correct worden toegepast ⁹. De toepasselijke regeling moet in het voorontwerp zelf worden bepaald, en indien ze reeds omschreven is in een koninklijk besluit maar dient te worden aangepast rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betalingsinstellingen, kan aan de Koning machtiging worden verleend om de toepassingsfeer van de teksten dienovereenkomstig uit te breiden.

2. Hoe dan ook komt het niet aan de wetgever toe om de werkingssfeer van een koninklijk besluit uit te breiden. De wetgever zorgt er aldus voor dat verwarring ontstaat omtrent de vraag van welke instantie de norm uitgaat, en bovendien staat het alsdan niet meer aan de Koning om de regeling te wijzigen die de wetgever aldus tot de rang van een wettelijke norm heeft verheven ¹⁰.

Artikel 24, zevende lid

Aan de reglementaire machtigingen die dit artikel verleent aan de Koning of aan de CBFA, wordt uitvoering gegeven "na raadpleging van de betalingsinstellingen, in voorkomend geval via hun representatieve beroepsverenigingen".

Het spreekt vanzelf dat bij de tenuitvoerlegging van deze bepaling de zogeheten procedure van open raadpleging ten aanzien van de betrokken instellingen moet worden toegepast met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel.

⁽⁹⁾ Zie Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, tab Wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 215, www.raadvst-consetat.be (08 /07/2009).

⁽¹⁰⁾ Zie Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, tab Wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 7.1, www.raadvst-consetat.be (08 /07/2009).

Artikelen 24 en 48

In de memorie van toelichting moet de samenhang worden weergegeven tussen de algemene regeling van vrijstellingen ("ontheffingen" genaamd in richtlijn 2007/64), waarvan sprake is in artikel 48 van het voorontwerp, en het stelsel van individuele afwijkingen, die door de CBFA verleend worden krachtens artikel 24 van het voorontwerp.

Artikel 46

Volgens de grondwettelijke beginselen die de verdeling van de bevoegdheden onder de wetgevende en de uitvoerende macht regelen, is het door de wet verlenen van een machtiging aan de Koning alleen aanvaardbaar indien de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht worden vastgesteld, terwijl de nadere uitwerking daarvan aan de uitvoerende macht mag worden overgelaten ¹¹.

In het licht van die beginselen is de machtiging aan de Koning die bij artikel 46, eerste lid, wordt verleend, te ruim.

De bepaling moet worden herzien en in overeenstemming worden gebracht met de hierboven wederom genoemde beginselen.

Artikel 48

Artikel 27 van richtlijn 2007/64 wordt in de concordantietabel bij wijze van herinnering vermeld. Het zou wenselijk zijn om in de commentaar op artikel 48 van het voorontwerp, dat voorziet in de omzetting van artikel 26 van richtlijn 2007/64, te preciseren dat overeenkomstig artikel 27 van deze richtlijn kennis zal worden gegeven van het uitoefenen van de in artikel 26 ervan omschreven bevoegdheid tot "ontheffing".

⁽¹¹⁾ G H, nr. 31/2004, 3 maart 2004, B.5.4.

Artikelen 50 en 51

De artikelen 50 en 51 van het voorontwerp, die zijn opgenomen in titel IV, met als opschrift "Strafbepalingen", organiseren een regeling van respectievelijk bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten.

Aangezien de maatregelen omschreven in artikel 50, althans die welke paragraaf 3 van deze bepaling voorschrijft, gelet op het voorwerp en de draagwijdte ervan als strafrechtelijk kunnen worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsmede van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, moet het beginsel *non bis in idem* worden in acht genomen, dat is vastgelegd in artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, alsook in artikel 14, lid 7, van het voornoemde Internationaal Verdrag, en dat in het interne recht omschreven wordt als "une règle essentielle de procédure pénale laquelle constitue en droit belge un principe général du droit" ¹². Overeenkomstig dit beginsel mag niemand strafrechtelijk worden vervolgd of gestraft wegens een strafbaar feit waarvoor hij reeds is vrijgesproken of veroordeeld.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar voornoemde advies 33.182/2, waarin soortgelijke bepalingen werden besproken als die welke thans worden onderzocht, gewag gemaakt van de moeilijkheden die deze mogelijkheid van cumulatie van straffen deed rijzen ¹³.

Dit advies wees op een ontwikkeling in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de interpretatie van dit beginsel : in een eerste fase had het Hof geoordeeld dat het beginsel *non bis in idem* geschonden is zodra "eenzelfde gedrag" gestraft is met zowel een administratieve sanctie als een strafrechtelijke straf ¹⁴, terwijl het later heeft beschouwd dat eenzelfde feit tegelijk

⁽¹²⁾ J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

⁽¹³⁾ *Parl.St.* Kamer, 2001-2002, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

⁽¹⁴⁾ EHRM, *Gradinger tegen Oostenrijk*, 23 oktober 1995.

aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie wanneer het strafrechtelijke feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten ¹⁵.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd ^{16 17}, maar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs, bij een arrest dat de Grote Kamer gewezen heeft op 10 februari 2009, teruggегреpen naar zijn oorspronkelijke standpunt : het verklaart erin dat "l'article 4 du Protocole n/ 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction» pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes" ¹⁸.

Dit versterkt bijgevolg de opmerking gemaakt in het voornoemde "advies 33.182/2, volgens welke het beginsel «*non bis in idem*» zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar feit [...] kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf".

In datzelfde advies werd daaromtrent het volgende geconcludeerd :

(15) EHRM, *Oliveira tegen Zwitserland*, 30 juli 1998.

(16) Zie inzonderheid arrest EHRM, *Ponsetti en Chesnel tegen Frankrijk* d.d. 14 september 1999, dat eveneens wordt vermeld in het voornoemde advies 33.182/2 van de Raad van State. In dezen, zie J. PUT, "*Bis sed non idem*", RW 2001-2002, blz. 941, nr. 18; CH. KARAKOSTA, "*Ne bis in idem : une jurisprudence peu lisible pour un droit intangible*", *Rev. trim. dr. h.*, 2008, blz. 25 e.v.; H. MOCK, "*Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits*", noot onder EHRM, GK, *Zolotochin tegen Rusland*, 10 februari 2009, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, blz. 866 tot 881.

(17) Het EHRM heeft zelf toegegeven dat de verscheidenheid van de aspecten van deze jurisprudentie een "source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental" vormde (EHRM, GK, *Zolotochin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punten 70 tot 78, inz. punt 78).

(18) EHRM, GK, *Zolotochin tegen Rusland*, 10 februari 2009, punt 82. Het Hof stelt het volgende in datzelfde arrest : "... l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n/ 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention" (*ibid.*, punt 81). Zie H. MOCK, *loc. cit.*

"De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen.

In artikel 73¹⁹ van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald :

«Elke administratieve geldboete die door de CBF aan een persoon wordt opgelegd en die definitief is geworden vooraleer de strafrechter zich definitief over dezelfde feiten of samenhangende feiten heeft uitgesproken, wordt aangerekend op het bedrag van elke strafboete die voor deze feiten ten aanzien van dezelfde persoon wordt uitgesproken.»

Die bepaling lijkt evenwel ontoereikend opdat aan het beginsel «*non bis in idem*» voldaan kan zijn. Als dat beginsel zou worden toegepast, zou het immers tot gevolg hebben, niet dat de ene straf opgaat in de andere, maar dat voor eenzelfde strafbare feit geen nieuwe vervolging meer kan worden ingesteld als degene die het strafbare feit heeft begaan, daarvoor reeds veroordeeld is."

Op basis van het voornoemde arrest EHRM in zake *Zolotouchin tegen Rusland* d.d. 10 februari 2009 wijst de afdeling Wetgeving van de Raad van State erop dat deze opmerking eveneens geldt wat betreft de artikelen 50 en 51 van het voorontwerp. Deze bepalingen moeten worden herzien, zodat wordt vermeden dat voor eenzelfde feit gepleegd door eenzelfde persoon na een strafrechtelijke veroordeling een nieuwe procedure van bestuursrechtelijke aard kan worden ingesteld die kan leiden tot het opleggen van een administratieve sanctie welke als strafrechtelijk kan worden bestempeld in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, of - omgekeerd - dat, steeds voor hetzelfde feit, na het opleggen van zulk een administratieve sanctie strafvervolging kan worden ingesteld.

Tegelijkertijd dient het stelsel van de administratieve sancties en de strafrechtelijke straffen te worden herzien, zoals het is geregeld bij de artikelen 36 en volgende van de voornoemde wet van 2 augustus 2002 en in andere vergelijkbare wetten, zoals bijvoorbeeld de artikelen 102 en volgende van de voornoemde wet van 22 maart 1993.

⁽¹⁹⁾ Deze bepaling heeft haar nummer behouden in de op 2 augustus 2002 aangenomen wet, met enkele wijzigingen die niet raken aan de grond ervan (artikel 1 van het koninklijk besluit van 25 maart 2003 tot uitvoering van artikel 45, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, alsook artikel 176, 1/ en 2/, van de programmawet van 27 april 2007).

Artikel 51

Artikel 51 bepaalt dat de erin opgesomde strafbaarstellingen voorgeschreven worden "met toepassing van artikel 41, 2/, van de wet van 2 augustus 2002 [betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten]".

Volgens de laatstgenoemde bepaling

"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 13, § 2, 15, 22 en 23 en door de Koning in de betrokken besluiten zijn aangeduid".

Ook al zijn de straffen gesteld in de onderzochte bepaling en in artikel 41, 2/, van de wet van 2 augustus 2002 dezelfde, de Raad van State ziet niet in wat de relevantie is van de verwijzing naar deze laatste bepaling, zodat deze verwijzing moet vervallen.

De kamer was samengesteld uit

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

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

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B.VIGNERON

Y. KREINS