



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 54.896/1
van 4 februari 2014

over

een voorontwerp van wet
'houdende invoeging van een
Boek VII. 'Betalingen- en
kredietdiensten' in het Wetboek
van economisch recht en houdende
invoeging van de definities eigen
aan boek VII en van de straffen
voor de inbreuken op boek VII, in
de boeken I en XV van het
Wetboek van economisch recht'

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 54.896/1
du 4 février 2014

sur

un avant-projet de loi 'portant
insertion d'un Livre VII 'Services
de paiement et de crédit' dans le
Code de droit économique et
portant insertion des définitions
propres au livre VII et des peines
relatives aux infractions au
livre VII, dans les livres I et XV du
Code de droit économique'

Op 23 december 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie en Consumenten verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende invoeging van een Boek VII. 'Betalings- en kredietdiensten' in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek VII en van de straffen voor de inbreuken op boek VII, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 21 januari 2014. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 februari 2014.

*

Le 23 décembre 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie et des Consommateurs à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant insertion d'un Livre VII 'Services de paiement et de crédit' dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 21 janvier 2014. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 février 2014.

*

1. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt er in de eerste plaats toe in het Wetboek van economisch recht een boek VII, “Betalings- en kredietdiensten”, in te voegen (artikel 3 van het ontwerp). Het nieuwe boek houdt een codificatie in van de financiële wetgeving met betrekking tot betalingsdiensten en kredietverstrekking en inzake de bescherming van de consument en herneemt daartoe in ruime mate de bepalingen van een aantal wetten die worden opgesomd in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp.

Daarnaast bevat boek VII bepalingen die zijn afgestemd op Europese regelgeving, zoals de SEPA-Verordening (EU) nr. 260/2012 van 14 maart 2012², of op nog in voorbereiding zijnde Europese regelgeving (zie de algemene opmerking *sub* 5). Sommige bepalingen op het vlak van de consumentenbescherming zijn nieuw. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de in het ontwerp vervatte maatregelen inzake het leuren, reclame, kaartgebruik in winkelketens, kredietaanvragen, en dergelijke meer.

In boek I van het Wetboek van economisch recht worden de definities ingeschreven die eigen zijn aan de toepassing van de bepalingen van het nieuw in te voegen boek VII (artikel 2 van het ontwerp), terwijl de artikelen 4 tot 19 van het ontwerp ertoe strekken in boek XV de bepalingen in te schrijven die eigen zijn aan boek VII, wat de opsporing, de vaststelling en de vervolging van inbreuken betreft, alsmede de daaraan verbonden administratieve en strafrechtelijke sancties.

Het ontwerp bevat ten slotte nog een groot aantal wijzigings- (artikelen 20 tot 50), opheffings- (artikel 51) en overgangsbepalingen (artikel 52), benevens bepalingen inzake bevoegdheidstoewijzing (artikelen 53 en 54) en een bepaling betreffende de inwerkingtreding (artikel 56).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Verordening (EU) nr. 260/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 ‘tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 924/2009’.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet betreft slechts een aantal onderdelen van het Wetboek van economisch recht, zijnde boek VII dat wordt ingevoegd en de boeken I en XV die worden aangevuld. Andere onderdelen van de codificatie vormen het voorwerp van diverse andere ontwerpen van wet die, gespreid in de tijd, in hun onderlinge samenhang moeten worden gelezen. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er in adviezen over een aantal van die ontwerpen van wet reeds op gewezen dat dergelijke werkwijze het onderzoek van de onderscheiden ontwerpen van wet, maar ook van het wetboek als geheel bemoeilijkt. Met betrekking tot het voorliggend ontwerp kan worden volstaan met een verwijzing naar die opmerking.³

4. In dit advies worden enkel opmerkingen geformuleerd bij de bepalingen van het ontworpen boek VII en de in te voegen bepalingen in de boeken I en XV die nieuw zijn en die derhalve niet louter neerkomen op een hernemen van al bestaande wetsebepalingen. Ook wat dat betreft, kan worden volstaan met een verwijzing naar hetgeen op dat punt is opgemerkt in vroegere adviezen van de Raad van State, afdeling Wetgeving, over ontwerpen van wet houdende invoeging van andere onderdelen in het Wetboek van economisch recht.

5. In de memorie van toelichting wordt vermeld dat het initieel ook de bedoeling was:

“om meteen ook de recente Europese bepalingen inzake hypothecair krediet op te nemen waarbij ook rekening zou worden gehouden met het voorstel van Richtlijn inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van Richtlijn 2008/48/EG (PE CONS 25/13 - 2011/0062 (COD)). Op 22 april 2013 maakte dit voorstel, op een artikel na, het voorwerp uit van een politiek akkoord tussen de Europese Raad, de Commissie en het Parlement. De definitieve richtlijn bleef echter tot op heden uit. Daarom werd besloten om – voorlopig – enkel de aangekondigde nieuwe Europese regelen inzake toezicht en controle op de geschiktheid van de ondernemingen om als kredietgever of kredietbemiddelaar in België te fungeren, [te weerhouden] (vergunningsstelsel). De wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet blijft derhalve grotendeels en voorlopig van toepassing en werd bijna volledig geïntegreerd in dit boek.”⁴

Volgens de gemachtigde bestaat er thans een integraal akkoord tussen de Raad en het Parlement over de tekst van de richtlijn en is deze definitief door het Europees Parlement goedgekeurd op 10 december 2013.⁵ Aangezien in het om advies voorgelegde ontwerp van wet

³ Zie onder meer adv.RvS 52.128/1 van 25 oktober 2012 over een voorontwerp dat geleid heeft tot wet van 25 april 2013 ‘houdende invoeging van Boek IX ‘Veiligheid van producten en diensten’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IX in boek I van het Wetboek van economisch recht’, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53 2610/001, 32.

⁴ Het voorstel van richtlijn, bedoeld in het aangehaalde citaat uit de memorie van toelichting, is niet op alle punten even stringent gevolgd. Zo rijst de vraag of sommige bepalingen die thans gelden voor het consumentenkrediet en die voorzien zijn in het voormelde voorstel van richtlijn niet nu reeds kunnen worden toegepast op de hypothecaire kredietovereenkomst (zie bv. de bepaling in het ontworpen artikel VII.78, § 3, 14°, van het wetboek, die verwijst naar de klachten- en buitengerechtelijke beroepsprocedures die voor de consument overeenkomstig boek XVI openstaan en waaromtrent reeds in een gemeenschappelijke bepaling is voorzien in het ontworpen artikel VII.216).

⁵ Aan de Raad van State is meegedeeld dat de stemming in de Raad was gepland op 28 januari 2014.

niet is uitgegaan van de definitieve tekst van de betrokken richtlijn, doch wel van louter een voorstel van richtlijn, is de kans reëel dat diverse bepalingen van het ontworpen hoofdstuk 2 van titel 4 van het wetboek, en die betreffende het toepassingsgebied van boek VII, benevens eventueel nog andere bepalingen van het ontwerp, zullen moeten worden aangepast, rekening houdend met de definitief geworden EU-richtlijn. Vraag is of het dan wel aanbeveling verdient om nu reeds tot de in het ontwerp beoogde aanvulling van het Wetboek van economisch recht over te gaan en of het niet meer bevorderlijk zou zijn voor de rechtszekerheid om in dat wetboek enkel onderdelen in te voegen die voldoende vastliggen en niet snel aanpassing dreigen te behoeven in het licht van de ontwikkeling van de Europese regelgeving.

6. Het ontworpen artikel XV.66 (artikel 11 van het ontwerp) doet ervan blijken dat de FSMA voor inbreuken op titel 4, hoofdstuk 4, van het wetboek (ontworpen artikelen VII.158 tot VII.188) administratieve sancties kan opleggen. Sommige inbreuken op bepaalde artikelen van het voornoemde hoofdstuk worden daarenboven ook strafrechtelijk bestraft (ontworpen artikel XV.91; artikel 13 van het ontwerp). Uit het ontwerp valt niet af te leiden dat een gezamenlijke toepassing van deze twee vormen van sancties op identieke feiten uitgesloten wordt.

Wat dat betreft, meent de Raad van State, afdeling Wetgeving, de opmerking te moeten hernemen die hij op 5 maart 2013 in advies 52.870/2⁶ heeft gemaakt en die luidde:

“Sommige bepalingen van het voorontwerp voegen in verscheidene wetgevingen teksten in die ofwel rechtstreeks, ofwel door verwijzing naar artikel 36 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’, inzonderheid naar paragraaf 2 ervan, ofwel door bepalingen te wijzigen die de administratieve geldboetes betreffen, het mogelijk maken dat zulke sancties worden opgelegd door de FSMA. Het betreft de artikelen 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 en 63.

In verband met een bepaling die een soortgelijke strekking had, te weten artikel 50, § 3, van het voorontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot de wet van 21 december 2009 ‘op het statuut van de betalingsinstellingen en van de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder en tot de activiteit van uitgifte van elektronisch geld en de toegang tot betalingssystemen’, welk artikel zijn nummering heeft behouden in deze wet, heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van state het volgende opgemerkt:

‘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,

⁶ Advies 52.870/2 van 5 maart 2013 over een voorontwerp van wet I ‘tot versterking van de bescherming van de afnemers van financiële producten en diensten alsook van de bevoegdheden van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en houdende diverse bepalingen’ (*Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2872/1, 108).

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’⁷. 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 [, op 29 april 2002 verstrekt over het voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’], waarin soortgelijke bepalingen werden besproken als die welke thans worden onderzocht, gewag gemaakt van de moeilijkheden die deze mogelijkheid van cumulatie van straffen deed rijzen⁸.

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 straf⁹, terwijl het later heeft beschouwd dat eenzelfde feit tegelijk aanleiding kan geven tot een strafrechtelijke straf en een administratieve sanctie wanneer het strafrechtelijke feit bestaat uit twee aparte strafbare feiten¹⁰.

Deze laatste jurisprudentie is achteraf bekrachtigd, evenwel genuanceerd^{11 12}, 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, teruggerepen 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’¹³.

⁷ Voetnoot 5 van advies 52.870/2: Voetnoot 12 van advies [46.870/2]: J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Brussel, 1990, blz. 521.

⁸ Voetnoot 6 van advies 52.870/2: Voetnoot 13 van advies [46.870/2]: Parl.St. Kamer, 2001-2002, nrs. 50-1842/1 en 50-1843/1, inz. blz. 250 tot 252.

⁹ Voetnoot 7 van advies 52.870/2: Voetnoot 14 van advies [46.870/2]: EHRM, Gradinger tegen Oostenrijk, 23 oktober 1995.

¹⁰ Voetnoot 8 van advies 52.870/2: Voetnoot 15 van advies [46.870/2]: EHRM, Oliveira tegen Zwitserland, 30 juli 1998.

¹¹ Voetnoot 9 van advies 52.870/2: Voetnoot 16 van advies [46.870/2]: 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, p. 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, Zolotoukhine tegen Rusland, 10 februari 2009, Rev. trim. dr. h., 2009, blz. 866 tot 881.

¹² Voetnoot 10 van advies 52.870/2: Voetnoot 17 van advies [46.870/2]: 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, Zolotoukhine tegen Rusland, 10 februari 2009, punten 70 tot 78, inz. Punt 78).

¹³ Voetnoot 11 van advies 52.870/2: Voetnoot 18 van advies [46.870/2]: EHRM, GK, Zolotouchin 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.

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:

'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 73¹⁴ van het voorontwerp wordt weliswaar het volgende bepaald:

'Elke administratieve geldboete die door de CBF [welke de FSMA is geworden] 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 Zolotoukhine 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.”¹⁵

In de commentaar op de artikelen 50 en 51 van het ontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009 wordt het volgende opgemerkt in verband met de bij deze bepalingen ingevoerde strafregeling:

'In zijn advies schrijft de Raad van State dienaangaande dat een regeling van bestuursrechtelijke sancties en strafrechtelijke sancties, zonder dat ze een gezamenlijke toepassing uitsluiten van deze twee soorten van sancties op identieke feiten, het beginsel non bis in idem schenden, welk beginsel 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 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. [...] De

¹⁴ Voetnoot 12 van advies 52.870/2: Voetnoot 19 van advies [46.870/2]: 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).

¹⁵ Voetnoot 13 van advies 52.870/2: Advies 46.870/2, op 8 juli 2009 verstrekt over een voorontwerp dat heeft geleid tot de voornoemde wet van 21 december 2009, de opmerking gemaakt omtrent de artikelen 50 en 51, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 88 tot 90.

Raad van State verwijst daarbij naar eerdere adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, evenals naar recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De Regering is zich ten volle bewust van de door de Raad van State in zijn advies aangehaalde problematiek. Zij zal de recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderzoeken en zonodig initiatieven nemen om het stelsel van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen in de Belgische wetgeving aan te passen om zo nodig rekening te houden met de voormelde rechtspraak'.¹⁶

De Raad van State kan met betrekking tot de voornoemde bepalingen van het voorontwerp niet anders dan zijn reeds aangehaalde advies 46.870/2 bevestigen wat betreft de cumulatie van strafrechtelijke en administratieve sancties, zoals volgt uit de artikelen 70 tot 73 van de voornoemde wet van 2 augustus 2002, welke eveneens toepasselijk zijn op andere wetgevingen die sanctionerende bevoegdheid verlenen aan de FSMA.

Bovendien is, sedert dat advies is verstrekt, Protocol nr. 7 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens door België bekrachtigd op 13 april 2012, terwijl de wet waarbij ingestemd is met die tekst dateert van 6 maart 2007, en is het wat België betreft in werking getreden op 1 juli 2012.

Er wordt eveneens verwezen naar het recente arrest dat de Grote Kamer van het Hof van Justitie van de Europese Unie op 26 februari 2013 heeft gewezen omtrent de draagwijdte van het beginsel 'ne bis in idem', zoals het wordt vermeld in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie; in dat arrest, dat zich in dezelfde zin uitspreekt als bij de laatste stand van zaken van de jurisprudentie van het EHRM, staat te lezen:

‘[...] dat artikel 50 van het Handvest niet eraan in de weg staat dat een lidstaat voor dezelfde feiten, te weten niet-nakoming van aangifteverplichtingen op btw-gebied, een combinatie van fiscale en strafrechtelijke sancties oplegt [...]. Het kan dus gaan om bestuurlijke sancties, strafrechtelijke sancties of een combinatie van beide. Slechts wanneer de fiscale sanctie een strafrechtelijke sanctie is in de zin van artikel 50 van het Handvest en definitief is geworden, staat deze bepaling eraan in de weg dat voor dezelfde feiten strafvervolgning wordt ingesteld tegen dezelfde persoon.’¹⁷

ONDERZOEK VAN DE TEKST

OPSCHRIFT

7. Het opschrift van het ontwerp zou beter de draagwijdte van de ontworpen regeling weergeven indien het zou worden aangevuld met de zinsnede “, en houdende diverse andere bepalingen”.

¹⁶ Voetnoot 14 van advies 52.870/2: Parl.St. Kamer 2008-09, nr. 52-2182/1, 36.

¹⁷ Voetnoot 15 van advies 52.870/2: HvJ EU, GK, 26 februari 2013, C-617/10, Åklagaren t. Hans Åkerberg Fransson.

DISPOSITIEF

Artikel 2

Ontworpen artikel I.9

8. De omschrijving van het begrip “debetrentevoet”, in het ontworpen artikel I.9, 44°, stemt overeen met die welke in de wet van 12 juni 1991 “op het consumentenkrediet” wordt gebruikt met het oog op het omschrijven van de rentevoet bij een kredietopening. In het ontwerp wordt het begrip evenwel gebruikt als een algemene term die geldt voor alle eraan onderworpen kredietovereenkomsten. De zinsnede “op het gedeelte van het kapitaal dat is opgenomen”, in het ontworpen artikel I.9, 44°, kan er dan ook aan doen twijfelen of die definitie ook de interest bij andere kredietvormen omvat dan die beoogd door het in de wet van 12 juni 1991 omschreven begrip, zoals de lening op interest. De omschrijving van het begrip “debetrentevoet”, in het ontworpen artikel I.9, 44°, wordt bijgevolg best aangepast teneinde er geen twijfel over te laten bestaan dat ermee de interest wordt bedoeld betreffende alle kredietovereenkomsten die onder de toepassing van de ontworpen regeling vallen.

9. Met betrekking tot de omschrijving van het begrip “kredietopening”, in het ontworpen artikel I.9, 49°, wordt in de memorie van toelichting het volgende verduidelijkt:

“Als het niet mogelijk is om een wederopneming te doen tenzij mits een voorafgaand akkoord met de kredietgever of mits de naleving van andere voorwaarden dan degene [die] initieel waren overeengekomen, dan moet deze wederopneming beschouwd worden als een nieuwe kredietovereenkomst.”

Ter wille van de rechtszekerheid dient deze verduidelijking in de omschrijving van het begrip “kredietopening” te worden geïntegreerd.

10. In het ontworpen artikel I.9, 79°, wordt in de definitie van “verantwoordelijke voor de distributie” ook melding gemaakt van “elke natuurlijke persoon behorend tot de leiding van een kredietgever”. De definitie betreft evenwel enkel kredietbemiddelingswerkzaamheden. De vraag rijst of de steller van het ontwerp effectief het geval beoogt waarbij de kredietgever rechtstreeks kredietovereenkomsten aanbiedt zonder een beroep te doen op een kredietbemiddelaar. Het verdient aanbeveling om op dat punt enige verduidelijking op te nemen in de memorie van toelichting.

Artikel 3

Ontworpen artikel VII.2

11. Ter wille van de duidelijkheid kan worden overwogen om aan het einde van het ontworpen artikel VII.2, § 2, een lid toe te voegen, luidende:

“Hoofdstuk 2 van titel 5 is enkel van toepassing op het consumentenkrediet. Hoofdstuk 3 van titel 5 is enkel van toepassing op het hypothecair krediet.”

Ontworpen artikel VII.57

12. Aan het einde van het ontworpen artikel VII.57, § 2, tweede lid, schrijve men “van het sluiten van een overeenkomst betreffende een nevendienst”.

13. De redactie van de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel VII.57, § 5, tweede lid, moet worden herzien. Zoals het betrokken lid nu is geformuleerd is er immers een interne tegenspraak tussen “[e]lke betalingstransactie [die wordt] uitgevoerd in het raam van een basisbankdienst” en de vermelding dat geen “uitvoering” mogelijk is “wanneer deze leidt tot een debetstand”. In de Franse tekst daarentegen wordt gebruik gemaakt van de termen “effectuée” en “exécutée”. Indien dit met de bedoeling van de steller van het ontwerp overeenstemt, kan het ontworpen artikel VII.57, § 5, tweede lid, worden geredigeerd als volgt:

“Een betalingstransactie in het raam van een basisbankdienst kan niet worden uitgevoerd wanneer deze leidt tot een debetstand.”

In de Franse tekst van het ontworpen lid kan dan worden geschreven:

“Une opération de paiement dans le cadre d'un service bancaire de base, ne peut être exécutée si elle engendre un solde débiteur.”

Ontworpen artikel VII.69

14. Rekening houdend met de omschrijving van het begrip “kredietbedrag”, in het ontworpen artikel I.9, 66°, schrijve men aan het einde van het ontworpen artikel VII.69, § 2, tweede lid, “, deze lijst aanvullen ingeval het kredietbedrag 3.000 euro overschrijdt”.

Ontworpen artikel VII.77

15. Mede rekening houdend met de bepalingen die de werking van de Centrale voor Kredieten aan Particulieren organiseren, wordt in het ontworpen artikel VII.77, § 2, tweede lid, best geschreven “voor een totaal achterstallig bedrag van meer dan 1.000 euro” in plaats van “voor een globaal bedrag van meer dan 1.000 euro”. Deze laatste zinsnede zou trouwens verkeerdelijk kunnen worden geacht te refereren aan het begrip “kredietbedrag”.

Ontworpen artikel VII.148

16. In de commentaar die in de memorie van toelichting wordt verstrekt bij het ontworpen artikel VII.148, wordt ervan uitgegaan dat het ontworpen artikel VII.148, § 1, uit twee leden zou bestaan en wordt ook een verduidelijking gegeven bij het tweede lid van het ontworpen artikel VII.148, § 1, tweede lid. In de tekst van het ontwerp bevat het ontworpen artikel VII.148, § 1, evenwel geen dergelijk lid.

Zo het niet de bedoeling is om alle kredietovereenkomsten bij de Centrale voor Kredieten aan Particulieren te laten registreren, doch enkel om het bestaande toepassingsgebied

van de wet van 10 augustus 2001 ‘betreffende de Centrale voor Kredieten aan Particulieren’ te handhaven, kan op basis van de door de gemachtigde gegeven verduidelijking worden overwogen om aan het ontworpen artikel VII.148, § 1, alsnog een lid toe te voegen, luidende:

“Het voorgaande lid is niet van toepassing op de kredietovereenkomsten bedoeld in artikel VII.3, § 3, 1° en 2°, wat betreft het positieve en negatieve luik, en op de overschrijdingen, wat betreft het positieve luik.”

Uit het tekstvoorstel volgt dat overschrijdingen van geoorloofde debetstanden op een rekening die binnen een maand moeten worden afgelost, bij de Centrale moeten worden geregistreerd in geval van wanbetaling, maar niet het krediet op een maand zelf, noch de gewone betalingsachterstanden die niet het voorwerp uitmaken van een stilzwijgende overschrijding. Tevens volgt eruit dat zal moeten worden nagegaan of in het ontworpen artikel VII.3, § 3, 2°, nog langer kan worden verwezen naar de artikelen VII.148 tot VII.157.

Ongeacht of de steller van het ontwerp ingaat op het gedane tekstvoorstel of niet, dient er in ieder geval op te worden toegezien dat het gebrek aan overeenstemming tussen de commentaar in de memorie van toelichting en de tekst van het ontwerp wordt ongedaan gemaakt.

Ontworpen artikel VII.153

17. Ter wille van een behoorlijke regelgeving verdient het aanbeveling om met betrekking tot de nieuwe bepalingen waarin het ontwerp voorziet ten aanzien van de Centrale voor Kredieten aan Particulieren, en met betrekking tot het ontworpen artikel VII.153, § 2, derde en vierde lid, en § 4, in het bijzonder, het advies in te winnen van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Ontworpen artikel VII.160

18. In het ontworpen artikel VII.160, § 3, 2°, is niet duidelijk welke kredietopeningen of kredietovereenkomsten “waarvoor door of krachtens dit boek in geen enkele bijzondere regel is voorzien” precies worden beoogd. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting op dat punt een bijkomende verduidelijking te geven.

Ontworpen artikel VII.162

19. Zoals het ontworpen artikel VII.162, eerste lid, is geredigeerd, wordt er ten aanzien van de kredietgevers geen minimumkapitaal vereist voor de activiteiten inzake hypothecair krediet. Naar het zeggen van de gemachtigde zou dat niet de bedoeling zijn en dient de ontworpen bepaling op dat punt te worden aangepast.

20. Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van de woorden “kredietopeningen of kredietovereenkomsten ... waarvoor door of krachtens de wet in geen enkele specifieke regel is voorzien” in het ontworpen artikel VII.162, eerste lid, 2°. Indien het de

bedoeling is van de steller van het ontwerp om hiermee te refereren aan kredietovereenkomsten die niet onder het toepassingsgebied van de ontworpen regeling vallen, moet die bedoeling op een meer expliciete en duidelijke wijze tot uitdrukking worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

21. De vraag rijst of de regeling die in het ontworpen artikel VII.162, derde lid, is vervat uitdovend van aard is of niet. Indien dat niet zo is, lijken al bestaande en toekomstige ondernemingen op een permanente wijze ongelijk te worden behandeld. Dergelijke ongelijke behandeling zou enkel toelaatbaar kunnen worden geacht indien daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording kan worden gegeven.

Ontworpen artikel VII.166

22. Ter wille van de duidelijkheid schrijve men in het ontworpen artikel VII.166, § 4, “treden toe tot een buitengerechterlijke regeling van consumentengeschillen, bedoeld in artikel VII.216, dragen bij tot ...”.¹⁸

Ontworpen artikel VII.170

23. Zoals het ontworpen artikel VII.170, eerste lid, is geredigeerd, is de voorafgaande toestemming van de FSMA, die in dat lid wordt voorgeschreven, ook vereist wanneer de kredietgever in het buitenland een vestiging opricht die geen gereguleerde kredietactiviteit ontplooit. De vraag rijst of dat de bedoeling is van de steller van het ontwerp. Indien dat niet het geval is, dient dit duidelijker uit de tekst van het ontwerp te blijken.

Ontworpen artikel VII.171

24. Het opschrift “VI – Dekking van de toezichtskosten”, dat aan het ontworpen artikel VII.171 voorafgaat, strookt niet met de indeling van het ontworpen hoofdstuk en dient te worden aangepast.¹⁹

Ontworpen artikel VII.173

25. In het ontworpen artikel VII.173 wordt in essentie het toepassingsgebied afgebakend van de betrokken afdeling 2, “Kredietgevers naar Belgisch recht”. Ter wille van de duidelijkheid zou die bepaling best vooraan in die afdeling worden opgenomen.

¹⁸ Dit voorstel wordt gedaan onder voorbehoud van de opmerking *sub* 31.

¹⁹ Het betrokken onderdeel wordt niet vermeld in het structuuroverzicht met betrekking tot het ontworpen boek VII, waarmee de memorie van toelichting aanvangt.

Ontworpen artikel VII.174

26.1. Het ontworpen artikel VII.174 voorziet in de omzetting van de kennisgevingsprocedure voorafgaand aan de benutting van het Europees paspoort door kredietinstellingen, financiële instellingen en betalingsinstellingen met hoofdkantoor in een andere lidstaat van de Europese Economisch Ruimte. De ontworpen bepaling houdt aldus de omzetting in intern recht in van de artikelen 36 en 39 van Richtlijn 2013/36/EU van 26 juni 2013²⁰. De Raad van State, afdeling Wetgeving, wenst op het vlak van de verenigbaarheid van de ontworpen bepaling met de voormelde Europeesrechtelijke voorschriften, de hierna volgende opmerkingen te formuleren.

26.2. Uit de samenhang die bestaat tussen de ontworpen artikelen VII.159, § 1 en VII.174, § 4, vloeit voort dat de buitenlandse instellingen hun werkzaamheden inzake hypothecair krediet of consumentenkrediet in België slechts mogen aanvaatten nadat ze door de FSMA werden geregistreerd, en dat deze registratie slechts kan worden verleend nadat de FOD Economie de door deze ondernemingen te gebruiken modelovereenkomsten heeft goedgekeurd. Dit komt er op neer dat de toegang tot de activiteit inzake consumentenkrediet of hypothecair krediet door België als lidstaat van ontvangst wordt onderworpen aan een voorafgaande goedkeuring, hetgeen indruist tegen het systeem van het Europees paspoort zoals dit door richtlijn 2013/36/EU is uitgewerkt.

Artikel 36 van de voornoemde richtlijn laat de lidstaat van ontvangst enkel toe om, bij de opening van een bijkantoor op haar grondgebied, het toezicht hierop gedurende een termijn van ten hoogste twee maanden voor te bereiden. Weliswaar kan, als onderdeel hiervan, voorzien worden in de verplichte mededeling van modelcontracten door de buitenlandse onderneming, evenwel zonder dat hieraan een verplichte voorafgaande goedkeuring wordt gekoppeld die de mogelijkheid voor de buitenlandse onderneming om de kredietactiviteit aan te vatten, doorkruist.²¹

Wanneer de buitenlandse onderneming onder het stelsel van vrije dienstverlening werkzaamheden wenst aan te vatten, verleent artikel 39 van richtlijn 2013/36/EU aan de dienstverlener daarenboven het recht om zijn werkzaamheden aan te vatten zodra de kennisgevingsprocedure tussen toezichthouders waarin de richtlijn voorziet, is doorlopen.²² De aanvang van de activiteit kan bijgevolg niet afhankelijk gemaakt worden van een bijkomend onderzoek door de FOD Economie van de modelcontracten, waarvoor het ontworpen artikel VII.174, § 3, tweede lid, in een termijn van twee maanden voorziet.

26.3. Het ontworpen artikel VII.174, § 6, tweede lid, laat de FSMA toe om, indien de kredietgever geen gevolg geeft aan de kennisgeving van de weigering tot goedkeuring van de modelcontracten, de instelling te verbieden om het bedrijf van kredietgever en, in voorkomend

²⁰ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 'betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG'.

²¹ Zie ook M. TISON, "Commentaar bij artikel 75bis Wet op het consumentenkrediet", in *Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbladig (maart 2001), nr. 39-41.

²² Zie hieromtrent Europese Commissie, Interpretatieve mededeling van de Commissie: vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de Tweede Bankrichtlijn, SEC(97) 1193 def, 20 juni 1997, 15-16.

geval, van kredietbemiddelaar uit te oefenen. Aangezien uit het ontworpen artikel VII.174, § 1, valt af te leiden dat het ontworpen artikel VII.174, § 6, de uitoefening van een activiteit als kredietgever in België tot voorwerp heeft, valt niet in te zien op welke wijze het door de FSMA uitgesproken verbod eveneens de activiteit als kredietbemiddelaar kan omvatten. De referentie aan laatstgenoemde activiteit wordt ook best uit het ontwerp weggelaten.

Ontworpen artikel VII.176

27. Het ontworpen artikel VII.176 heeft tot gevolg dat, voor de andere dan de in het ontworpen artikel VII.174 genoemde ondernemingen, de uitoefening van een activiteit als kredietgever het aanhouden van een vestiging in België vereist. Voor ondernemingen met hoofdzetel in een andere EU-lidstaat, staat zulke verplichting op gespannen voet met het door artikel 56 VWEU gewaarborgde recht op vrije dienstverlening. De door nationaal recht opgelegde verplichting om een vestiging aan te houden, vormt immers, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de ontkenning van het recht op vrije dienstverlening, die enkel kan worden aanvaard indien dit onmisbaar is om het beoogde doel van algemeen belang te bereiken.²³ De steller van het ontwerp dient in de memorie van toelichting omstandig te verantwoorden waarom de verplichting tot het aanhouden van een vestiging in België in het gegeven geval onmisbaar is met het oog op het nagestreefde oogmerk van algemeen belang.

Ontworpen artikel VII.190

28. Aan het einde van het ontworpen artikel VII.190 schrijve men in de Nederlandse tekst “, wordt de betalingsdienstgebruiker van rechtswege ontslagen van het betalen van de gevraagde kosten”.

Ontworpen artikel VII.196

29. In het ontworpen artikel VII.196, eerste lid, 4°, a), wordt het volgende bepaald:

“De verplichtingen van de consument zijn van rechtswege beperkt tot de prijs bij contante betaling van het goed of de dienst of tot het ontleende bedrag wanneer:

(...);

4° een kredietovereenkomst gesloten is:

a) door een niet-vergunde of niet-geregistreerde kredietgever;

(...)”

De betrokken sanctie zal eveneens gelden voor de kredietinstelling met hoofdzetel in een andere EU-lidstaat die in België werkzaam is onder het stelsel van vrije dienstverlening, zonder de voorafgaande kennisgevingsprocedure op grond van het ontworpen artikel VII.174 te hebben nageleefd.

²³ Zie o.m. HvJ EU, 9 juli 1997, *Parodi*, zaak C-222/95, *Jur.* 1997, I-3899, r.o. 31.

De Europese Commissie heeft in een interpretatieve mededeling met betrekking tot deze kennisgevingsprocedure het volgende gesteld:

“De Commissie is van mening dat de kennisgevingsprocedure waarin de Tweede Richtlijn voorziet, louter gericht is op de wederzijdse informatie van de toezichthoudende autoriteiten en geen maatregel met betrekking tot consumentenbescherming vormt. Zij kan, naar de mening van de Commissie, niet worden beschouwd als een vormvereiste die op de geldigheid van een bankcontract van invloed is.”²⁴

In het licht van het Europeesrechtelijke beginsel inzake vrije dienstverlening is de ontworpen sanctie, in de mate ze ook betrekking heeft op de miskenning van de kennisgevingsprocedure door een kredietinstelling met Europees paspoort, dan ook als een disproportionele inperking van het vrij verkeer te beschouwen en kan deze niet als zodanig in het ontwerp worden behouden.

Ontworpen artikelen VII.209 tot 214

30. Hoofdstuk 3 van titel 5, “Burgerlijke sancties”, herneemt de burgerlijke sancties die thans in de wet van 4 augustus 1992 ‘op het hypothecair krediet’ zijn opgenomen. De steller van het ontwerp wordt erop gewezen dat artikel 86ter, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’ eveneens in een specifieke burgerlijke sanctieregeling voorziet voor het geval waarin een onderneming hypothecaire kredieten verleent zonder over de wettelijk vereiste vergunning te beschikken. Rekening houdend met het aan het ontwerp ten grondslag liggend oogmerk van codificatie verdient het aanbeveling om ook de laatstgenoemde bepaling van de wet van 2 augustus 2002 in de ontworpen tekst te incorporeren.

Ontworpen artikel VII.216

31. De in de memorie van toelichting verstrekte commentaar ten spijt, moet worden opgemerkt dat de regeling met betrekking tot de buitengerechtelijke klachtenregeling van consumentengeschillen het materiële toepassingsgebied van het ontworpen boek VII overstijgt aangezien die regeling ook betrekking heeft op “iedere dienst van bancaire aard” en op “beleggingen” (“investissements”) (zie het ontworpen artikel VII.216, § 1, tweede lid). De ontworpen bepaling hoort bijgevolg niet thuis in het voornoemde boek.

32. Rekening houdend met het bepaalde in de ontworpen artikelen VII.181, § 1, eerste lid, 5° (hypothecair krediet) en VII.187, § 1, 5° (consumentenkrediet), dient in het ontworpen artikel VII.216, § 1, eerste lid, ook van de kredietbemiddelaar melding te worden gemaakt.

33. In het ontworpen artikel VII.216, § 2, wordt de Koning opgedragen om, bij een besluit waarover in de Ministerraad overleg is gepleegd, de nadere regels te bepalen “van de

²⁴ Europese Commissie, Interpretatieve mededeling van de Commissie: vrij verrichten van diensten en algemeen belang in de Tweede Bankrichtlijn, SEC(97) 1193 def, 20 juni 1997, 9.

procedure, alsook de samenstelling, de werkingsregels en de financiering van de ombudsdienst voor financiële diensten”.

Dergelijke delegatie is te ruim en te weinig afgebakend om toelaatbaar te kunnen worden geacht. De wetgever zou zelf de essentiële regels met betrekking tot de betrokken aangelegenheden moeten aangeven. Daarenboven dient er bij het uitwerken van de buitengerechterlijke regeling van consumentengeschillen rekening mee te worden gehouden dat de “richtlijn ADR consumenten”²⁵ nog in het interne recht zal moeten worden omgezet.

Artikel 4

Ontworpen artikel XV.17

34. In vergelijking met artikel 87*quiquies* van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’, waardoor het ontworpen artikel XV.17 is geïnspireerd, wordt in dit laatste toegevoegd dat de betrokken ambtenaren vrij van straf blijven bij het plegen van “strikt noodzakelijke strafbare feiten” (ontworpen artikel XV.17, § 1, eerste lid). In het ontwerp wordt evenwel niet bepaald wie over het “strikt noodzakelijk” karakter van de feiten zal oordelen, noch wordt in bijkomende rechtswaarborgen voorzien voor zowel de betrokken rechtsonderhorigen als de ambtenaren in kwestie. De in het ontwerp vervatte regeling zou op deze punten moeten worden aangevuld.²⁶

35. In het ontworpen artikel XV.17, § 2, eerste lid, wordt bepaald dat de in dat lid bedoelde processen-verbaal “bewijskracht [hebben] tot het tegendeel is bewezen”.

Het Grondwettelijk Hof heeft er reeds op gewezen dat een dergelijk voorschrift een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element. Het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit moet dan ook op een redelijke verantwoording berusten en de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze beperken.²⁷ Het Hof heeft evenwel ook reeds geoordeeld dat het in het licht van het zeer technische karakter van bepaalde regelgeving en de daarmee samenhangende moeilijkheid om de inbreuken op die regelgeving vast te stellen, niet kennelijk onredelijk is om aan processen-verbaal die door de aangestelde ambtenaren worden opgesteld, een bijzondere wettelijke bewijswaarde toe te kennen.²⁸

²⁵ Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 ‘betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG’.

²⁶ Vgl. met hetgeen in dat verband wordt bepaald in artikel 47*quiquies* van het Wetboek van strafvordering in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden.

²⁷ Zie bijvoorbeeld GwH 6 april 2000, nr. 40/2000, B.14.1; GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, B.12.1.

²⁸ GwH 14 oktober 2010, nr. 111/2010, B.12.3.

Ontworpen artikel XV.18/1

36. In het ontworpen artikel XV.18/1, derde lid, wordt melding gemaakt van “centrale instellingen” en van “elke entiteit die rechtstreeks of onrechtstreeks activiteiten verricht voor rekening van de kredietgever of de kredietbemiddelaar”. Ter wille van de begrijpelijkheid van de ontworpen regeling wordt in de memorie van toelichting best verduidelijkt welke instellingen en entiteiten zoal worden bedoeld.

37. Naar analogie van de Franse tekst schrijve men in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel XV.18/1, derde lid, “in het bezit van de kredietgever of de kredietbemiddelaar”.

Ontworpen artikel XV.18/2

38. In plaats van in een algemene zin te verwijzen naar “de wettelijke bepalingen betreffende de onschendbaarheid van de woning en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer” zou het ontworpen artikel XV.18/2 kunnen aanvangen als volgt: “Onverminderd artikel XV.3, 1°, mag de FSMA ...”.

Artikelen 6 en 7

39. Het opschrift van afdeling 2 van boek XV, titel 1, hoofdstuk 3, van het wetboek, dat wordt vermeld in artikel 6 van het ontwerp, sluit onvoldoende aan bij de inhoud van het ontworpen artikel XV.31/1, dat door artikel 7 van het ontwerp wordt ingevoegd in de voornoemde afdeling 2. In de laatstgenoemde bepaling betreft het immers uitdrukkelijke bevelen die van de FSMA uitgaan.

Daarenboven valt op te merken dat in het voornoemde hoofdstuk 3 geen afdeling 1 voorkomt.

Artikel 12

Ontworpen artikel XV.67/1

40. De mogelijkheid voor de FSMA om bij miskenning van bepaalde wettelijke bepalingen in te grijpen in het bestuur van de kredietgever, onder meer door het aanstellen van een bijzonder commissaris, het gelasten van de vervanging van de bestuurders of zaakvoerders of het aanstellen van voorlopige bestuurders of zaakvoerders, geldt ten aanzien van elke kredietgever. In de mate deze bevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van kredietinstellingen dreigt de uitoefening van deze bevoegdheden evenwel te overlappen met bevoegdheden inzake prudentieel toezicht, waarvoor de Nationale Bank van België (NBB) bevoegd is.

Het is niet duidelijk op welke wijze de bevoegdheden van de FSMA zich tot deze van de NBB verhouden. Zo rijst de vraag of het aanstellen van een bijzonder commissaris of van

een voorlopig bestuurder tevens de voorafgaande goedkeuring van de NBB vergt. In het ontworpen artikel XV.67/1, § 6, wordt enkel gewag gemaakt van de verplichting voor de FSMA om in zulk geval de NBB op de hoogte te houden van haar beslissingen. Een loutere mededeling van beslissingen door de FSMA biedt echter geen uitsluitsel over de vraag of de FSMA autonoom mag optreden, en of de NBB de beslissing van de FSMA kan hervormen of herroepen. De verhouding tussen de bevoegdheden van de FSMA, enerzijds, en de bevoegdheden van de NBB inzake prudentieel toezicht op kredietinstellingen, anderzijds, moet derhalve worden verduidelijkt.²⁹

Ontworpen artikel XV.67/2

41. Rekening houdend met de strekking van het ontworpen artikel XV.67/2, § 3, schrijve men aan het einde van het eerste lid van die paragraaf “, schrapte de FSMA ambtshalve de vergunning van de kredietbemiddelaar zonder een nieuw onderzoek ten gronde van het dossier”.

*

²⁹ Men vergelijkte in dit verband met de bevoegdheden waarover de FSMA ten aanzien van gereguleerde ondernemingen beschikt in het kader van het zogeheten “gedragstoezicht”. Vooraleer de FSMA ten aanzien van een onderneming onder toezicht enige interventie maatregel treft, moet de Nationale Bank van België worden geraadpleegd. Laatstgenoemde beschikt over een termijn van tien dagen om zich tegen de voorgenomen maatregelen te verzetten indien deze van aard zijn de stabiliteit van het financiële stelsel in het gedrang te brengen of indien de FSMA zich voorneemt het bedrijf van de onderneming geheel te schorsen dan wel te verbieden (artikel 36bis, § 3, van de wet 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation s'est essentiellement limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise tout d'abord à insérer un livre VII, « Services de paiement et de crédit », dans le Code de droit économique (article 3 du projet). Le nouveau livre contient une codification de la législation financière concernant les services de paiement et l'octroi de crédits ainsi que la protection du consommateur et reproduit largement, à cette fin, les dispositions d'un certain nombre de lois énumérées dans l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi.

En outre, le livre VII contient des dispositions qui s'inspirent de la réglementation européenne, telle que le règlement (UE) SEPA n° 260/2012 du 14 mars 2012 ², ou encore de la réglementation européenne en préparation (voir l'observation générale n° 5). Certaines dispositions concernant la protection des consommateurs sont nouvelles. Il s'agit par exemple des mesures contenues dans le projet en matière de démarchage, de publicité, d'utilisation de cartes dans les chaînes de magasins, de demandes de crédit, et autres.

Les définitions propres à l'application des dispositions du nouveau livre VII à insérer sont inscrites dans le livre I^{er} du Code de droit économique (article 2 du projet), tandis que les articles 4 à 19 du projet visent à insérer dans le livre XV les dispositions propres au livre VII concernant la recherche, la constatation et la poursuite d'infractions ainsi que les sanctions administratives et pénales y afférentes.

Le projet contient enfin de nombreuses dispositions modificatives (articles 20 à 50), abrogatoires (article 51) et transitoires (article 52) ainsi que des dispositions relatives à une attribution de compétences (articles 53 et 54) et à l'entrée en vigueur (article 56).

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique », la conformité aux normes supérieures.

² Règlement (UE) n° 260/2012 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2012 'établissant des exigences techniques et commerciales pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement (CE) n° 924/2009'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Le projet de loi soumis pour avis ne concerne que certaines parties du Code de droit économique, à savoir le livre VII qui est inséré et les livres I^{er} et XV qui sont complétés. D'autres parties de la codification font l'objet de plusieurs autres projets de loi qui, répartis dans le temps, doivent être lus conjointement. Le Conseil d'État, section de législation, a déjà souligné dans des avis concernant un certain nombre de ces projets de loi que ce procédé rend malaisé l'examen des différents projets de loi, mais également du code dans son ensemble. En ce qui concerne le projet à l'examen, il peut suffire de se reporter à cette observation ³.

4. Seules seront formulées dans le présent avis des observations concernant les dispositions du livre VII, en projet, et les dispositions à insérer dans les livres I^{er} et XV qui sont nouvelles et ne consistent donc pas simplement à reproduire les dispositions légales existantes. Sur ce point également, il peut suffire de faire référence aux observations formulées dans des avis précédents du Conseil d'État, section de législation, concernant des projets de loi insérant d'autres subdivisions dans le Code de droit économique.

5. L'exposé des motifs précise qu'à l'origine, l'intention était également

« de reprendre par la même occasion les dispositions récentes en matière de crédit hypothécaire pour lequel il devrait également être tenu compte de la proposition de directive sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel (PE CONS 25/13 -2011/0062 (COD)). Le 22 avril 2013, cette proposition faisait, à un article près, l'objet d'un accord politique entre le Conseil européen, la Commission et le Parlement. À ce jour, la directive finale se fait néanmoins toujours attendre. C'est pourquoi il a été décidé de retenir pour l'instant seulement les nouvelles règles européennes prévues en matière de surveillance et de contrôle concernant l'aptitude des entreprises à être reconnues comme prêteur ou intermédiaire de crédit en Belgique (régime d'autorisation). La loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire reste par conséquent en grande partie et provisoirement d'application et a été quasi intégralement intégrée dans le présent livre » ⁴.

³ Voir notamment l'avis C.E. 52.128/1 du 25 octobre 2012 sur un avant-projet devenu la loi du 25 avril 2013 'portant insertion du livre IX 'Sécurité des produits et des services' dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IX dans le livre I^{er} du Code de droit économique', *Doc. parl.*, Chambre, 2012-13, n° 53-2610/001, 32.

⁴ La proposition de directive visée dans l'extrait cité de l'exposé des motifs n'a pas toujours été suivie de manière aussi stricte sur tous les points. Ainsi, la question se pose de savoir si certaines dispositions actuellement applicables au crédit à la consommation et qui sont prévues dans la proposition de directive susmentionnée ne pourraient pas dès à présent être appliquées au contrat de crédit hypothécaire (voir, par exemple, la disposition inscrite à l'article VII.78, § 3, 14°, en projet, du code, qui fait référence aux voies de réclamation et de recours extrajudiciaires ouvertes au consommateur conformément au livre XVI et qui font déjà l'objet d'une disposition commune à l'article VII.216, en projet).

Selon le délégué, le Conseil et le Parlement se sont entièrement mis d'accord actuellement sur le texte de la directive que le Parlement européen a définitivement approuvé le 10 décembre 2013⁵. Le projet de loi soumis pour avis ne se basant pas sur le texte définitif de la directive concernée, mais sur une simple proposition de directive, il est fort probable que diverses dispositions du chapitre 2, en projet, du titre 4 du code, et celles concernant le champ d'application du livre VII, ainsi qu'éventuellement d'autres dispositions du projet, devront être adaptées au regard de la directive UE devenue définitive. La question se pose de savoir si, dans ce cas, il est bien recommandé de compléter d'ores et déjà le Code de droit économique, ainsi qu'il est prévu dans le projet, ou s'il ne serait pas préférable, dans l'intérêt de la sécurité juridique, d'insérer uniquement dans ce code les subdivisions qui présentent une stabilité suffisante et ne risquent pas d'être adaptées rapidement en fonction de l'évolution de la réglementation européenne.

6. Il ressort de l'article XV.66, en projet (article 11 du projet) que la FSMA peut infliger des sanctions administratives en cas d'infractions au titre 4, chapitre 4, du code (articles VII.158 à VII.188 en projet). Diverses infractions à certains articles du chapitre précité font en outre l'objet d'une sanction pénale (article XV.91 en projet; article 13 du projet). Le projet ne permet pas de déterminer si une application conjointe de ces deux formes de sanctions à des faits identiques est exclue.

À cet égard, le Conseil d'État, section de législation, estime devoir rappeler les observations qu'il a formulées le 5 mars 2013 dans son avis 52.870/2⁶ et qui s'énonçait comme suit :

« Plusieurs dispositions de l'avant-projet insèrent dans diverses législations des textes qui, soit directement, soit en renvoyant à l'article 36 de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', spécialement à son paragraphe 2, soit encore par la modification apportée à des dispositions dont l'objet porte sur des amendes administratives, permettent l'infliction de pareilles sanctions par la FSMA. Il s'agit des articles 2, 9, 28, 46, 49, 53, 57, 58, 62 et 63.

À propos d'une disposition dont l'objet était analogue, à savoir l'article 50, § 3, de l'avant-projet devenu, avec la même numérotation, la loi du 21 décembre 2009 'relative au statut des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement', la section de législation du Conseil d'État a émis les considérations suivantes :

'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

⁵ Il a été notifié au Conseil d'État que le vote au Conseil était prévu le 28 janvier 2014.

⁶ Avis 52.870/2 du 5 mars 2013 sur un avant-projet de loi I 'visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses' (*Doc. parl.*, Chambre 2012-13, n° 2872/1, p. 108).

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' ⁷. 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 [donné le 29 avril 2002 sur l'avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers'] 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 ⁸.

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 ⁹, elle a considéré plus tard qu'un même fait pouvait donner lieu tout à la fois à une sanction pénale et à une sanction administrative dès lors que le même fait pénal se décompose en deux infractions distinctes ¹⁰.

Cette dernière jurisprudence a été confirmée ultérieurement, avec des nuances ¹¹⁻¹², 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' ¹³.

⁷ Note de bas de page 5 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 12 de l'avis [46.870/2] : J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 521.

⁸ Note de bas de page 6 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 13 de l'avis [46.870/2] : Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n° 50-1842/1 et 50-1843/1, spéc. pp. 250 à 252.

⁹ Note de bas de page 7 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 14 de l'avis [46.870/2] : Cour eur. dr. h., Gradinger c. Autriche, 23 octobre 1995.

¹⁰ Note de bas de page 8 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 15 de l'avis [46.870/2] : Cour eur. dr. h., Oliveira c. Suisse, 30 juillet 1998.

¹¹ Note de bas de page 9 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 16 de l'avis [46.870/2] : 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.

¹² Note de bas de page 10 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 17 de l'avis [46.870/2] : 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).

¹³ Note de bas de page 11 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 18 de l'avis [46.870/2] : 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.*

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.

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 ¹⁴ de l'avant-projet prévoit-il que :

'Toute amende administrative imposée par la CBF [devenue la FSMA] 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 ¹⁵.

Le commentaire des articles 50 et 51 du projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009 expose ce qui suit au sujet du régime de sanctions instauré par ces dispositions :

'Dans son avis, le Conseil d'État relève à ce sujet que prévoir des régimes de sanctions administratives et de sanctions pénales, sans exclure une application cumulée de ces deux types de sanctions à des faits identiques, est susceptible d'entraîner une violation du 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 international relatif aux droits civils et politiques. [...]. Le Conseil d'État fait à cet égard référence à des avis antérieurs de la section de législation du Conseil d'État, ainsi qu'à une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme. Le Gouvernement est tout à fait

¹⁴ Note de bas de page 12 de l'avis 52.870/2 : note de bas de page 19 de l'avis [46.870/2] : 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).

¹⁵ Note de bas de page 13 de l'avis 52.870/2 : Avis 46.870/2 donné le 8 juillet 2009 sur un avant-projet devenu la loi précitée du 21 décembre 2009, observation formulée sur les articles 50 et 51, *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, pp. 88 à 90.

conscient de la problématique soulevée par le Conseil d'État dans son avis. Il examinera la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et prendra, si nécessaire, des initiatives visant à adapter le régime des sanctions administratives et des sanctions pénales dans la législation belge afin de tenir compte, si besoin est, de la jurisprudence précitée¹⁶.

Le Conseil d'État ne peut que confirmer, au sujet des dispositions mentionnées plus haut de l'avant-projet, son avis 46.870/2 précité sur le cumul des régimes de sanctions pénales et administratives, tel qu'il résulte des articles 70 à 73 de la loi précitée du 2 août 2002, applicables aussi aux autres législations accordant des pouvoirs de sanction à la FSMA.

En outre, depuis que cet avis a été rendu, le Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme a été ratifié par la Belgique le 13 avril 2012, la loi portant assentiment à cet instrument datant du 6 mars 2007, et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 à l'égard de la Belgique.

Il est également fait référence au récent arrêt prononcé en Grande Chambre le 26 février 2013 par la Cour de justice de l'Union européenne sur la portée du principe '*ne bis in idem*', tel qu'il est énoncé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, se prononçant dans le même sens que le dernier état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, énonce ce qui suit :

'l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une combinaison de sanctions fiscales et pénales. [...] [Les sanctions applicables] peuvent donc prendre la forme de sanctions administratives, de sanctions pénales ou d'une combinaison des deux. Ce n'est que lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte, et est devenue définitive que ladite disposition s'oppose à ce que des poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne...]' ¹⁷. »

EXAMEN DU TEXTE

INTITULÉ

7. L'intitulé du projet reflèterait mieux la portée de la réglementation en projet s'il était complété par le membre de phrase « , et portant diverses autres dispositions ».

DISPOSITIF

Article 2

Article I.9 en projet

8. La définition de la notion de « taux débiteur », à l'article I.9, 44°, en projet, correspond à celle qui est utilisée dans la loi du 12 juin 1991 'relative au crédit à la consommation' pour définir le taux d'intérêt lors d'une ouverture de crédit. Le projet utilise

¹⁶ Note 14 de l'avis 52.870/2: Doc. parl., Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, p. 36.

¹⁷ Note 15 de l'avis 52.870/2: C.J.U.E., Gde Ch., 26 février 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson.

cependant la notion comme un terme général qui s'applique à tous les contrats de crédit qui y sont soumis. À l'article I.9, 44°, en projet, le membre de phrase « sur la partie du capital qui a été prélevée » peut dès lors susciter des doutes quant à la question de savoir si cette définition englobe également l'intérêt relatif à d'autres formes de crédit que celles visées par la notion définie dans la loi du 12 juin 1991, tel le prêt à intérêt. Mieux vaudrait dès lors adapter la définition de la notion de « taux débiteur », inscrite à l'article I.9, 44°, en projet, afin d'établir avec certitude que l'intérêt qu'il vise concerne tous les contrats de crédit qui relèvent du champ d'application de la réglementation en projet.

9. En ce qui concerne la définition de la notion d' « ouverture de crédit », à l'article I.9, 49°, en projet, l'exposé des motifs précise ce qui suit :

« S'il n'est pas possible d'effectuer un nouveau prélèvement que moyennant l'accord préalable du prêteur ou le respect de conditions autres que celles [qui étaient] convenues initialement, alors ce prélèvement doit être considéré comme un nouveau contrat de crédit ».

Dans l'intérêt de la sécurité juridique, on intégrera cette précision dans la définition de la notion d' « ouverture de crédit ».

10. À l'article I.9, 79°, en projet, la définition de « responsable de la distribution » mentionne également « toute personne physique appartenant à la direction d'un prêteur ». La définition ne concerne toutefois que les activités d'intermédiation en crédit. La question se pose de savoir si l'auteur du projet vise effectivement le cas dans lequel le prêteur de crédit, offre directement des contrats de crédit sans faire appel à un intermédiaire de crédit. Il est recommandé de donner quelques précisions sur ce point dans l'exposé des motifs.

Article 3

Article VII.2 en projet

11. Dans un souci de clarté, on peut envisager d'ajouter à la fin de l'article VII.2, § 2, en projet, un alinéa rédigé comme suit :

« Le chapitre 2 du titre 5 s'applique uniquement au crédit à la consommation. Le chapitre 3 du titre 5 s'applique uniquement au crédit hypothécaire ».

Article VII.57 en projet

12. À la fin de l'article VII.57, § 2, alinéa 2, en projet, on écrira « de la conclusion d'un contrat relatif à un service accessoire ».

13. Il y a lieu de revoir la rédaction du texte néerlandais de l'article VII.57, § 5, alinéa 2, en projet. Dans la formulation actuelle de l'alinéa concerné, il y a en effet une contradiction interne entre « [e]lke betalingstransactie [die wordt] uitgevoerd in het raam van een basisbankdienst » et la mention qu'une « uitvoering » n'est pas possible « wanneer deze leidt tot

een debetstand ». Le texte français utilise par contre les termes « effectuée » et « exécutée ». Si telle est conforme à l'intention de l'auteur du projet, le texte néerlandais de l'article VII.57, § 5, alinéa 2, en projet, peut être rédigé comme suit :

« Een betalingstransactie in het raam van een basisbankdienst kan niet worden uitgevoerd wanneer deze leidt tot een debetstand ».

Dans le texte français de l'alinéa en projet, on peut écrire :

« Une opération de paiement dans le cadre d'un service bancaire de base ne peut être exécutée si elle engendre un solde débiteur ».

Article VII.69 en projet

14. Eu égard à la définition de la notion de « montant du crédit », à l'article I.9, 66°, en projet, on écrira à la fin de l'article VII.69, § 2, alinéa 2, en projet « compléter cette liste dans le cas où le montant du crédit excède 3.000 euros ».

Article VII.77 en projet

15. Compte tenu notamment des dispositions organisant le fonctionnement de la Centrale des crédits aux particuliers, il est préférable d'écrire à l'article VII.77, § 2, alinéa 2, en projet « pour un montant total impayé de plus de 1.000 euros » au lieu « d'un montant global d'au moins 1.000 euros ». On pourrait d'ailleurs considérer erronément que, ce dernier membre de phrase fait référence à la notion de « montant du crédit ».

Article VII.148 en projet

16. Le commentaire que l'exposé des motifs donne à propos de l'article VII.148 en projet considère que l'article VII.148, § 1^{er}, en projet, est constitué de deux alinéas et donne également une précision concernant l'alinéa 2 de l'article VII.148, § 1^{er}, alinéa 2, en projet. Dans le texte du projet, l'article VII.148, § 1^{er}, en projet, ne comporte toutefois pas un tel alinéa.

Si l'intention n'est pas de faire enregistrer tous les contrats de crédit auprès de la Centrale des Crédits aux Particuliers, mais seulement de maintenir le champ d'application existant de la loi du 10 août 2001 'relative à la Centrale des Crédits aux Particuliers', il peut être envisagé, sur la base de la précision apportée par le délégué, d'ajouter encore à l'article VII.148, § 1^{er}, en projet, un alinéa rédigé comme suit :

« L'alinéa précédent ne s'applique pas aux contrats de crédit visés à l'article VII.3, § 3, 1° et 2°, en ce qui concerne les volets positif et négatif, ni aux dépassements, en ce qui concerne le volet positif ».

Il découle de la proposition de texte que les dépassements des facilités de découvert, remboursables dans un délai d'un mois, doivent être enregistrés auprès de la Centrale

en cas de défaut de paiement, mais pas le crédit à un mois lui-même, ni les simples retards de paiement qui ne font pas l'objet d'un dépassement tacite. Il s'ensuit également qu'il faudra vérifier si l'article VII.3, § 3, 2°, en projet, peut encore se référer aux articles VII.148 à VII.157.

Que l'auteur du projet se rallie ou non à la proposition de texte formulée, il faudra de toute façon veiller à ce que la discordance entre le commentaire contenu dans l'exposé des motifs et le texte du projet soit éliminée.

Article VII.153 en projet

17. Dans un souci de bonne réglementation, il est recommandé de recueillir l'avis de la Commission de la protection de la vie privée sur les nouvelles dispositions prévues par le projet à l'égard de la Centrale des crédits aux particuliers, et sur l'article VII.153, § 2, alinéas 3 et 4, et § 4, plus particulièrement, en projet.

Article VII.160 en projet

18. À l'article VII.160, § 3, 2°, en projet, on n'aperçoit pas quelles ouvertures de crédit ou quels contrats de crédit « pour lesquels aucune règle particulière n'a été prévue par le présent livre ou en vertu de celui-ci » sont précisément visés. Il est recommandé d'apporter une précision complémentaire sur ce point dans l'exposé des motifs.

Article VII.162 en projet

19. Dans sa formulation actuelle, l'article VII.162, alinéa 1^{er}, en projet, ne requiert à l'égard des prêteurs de crédit aucun capital minimum pour les activités relatives au crédit hypothécaire. Selon les déclarations du délégué, telle ne serait pas l'intention et la disposition en projet doit être adaptée sur ce point.

20. On n'aperçoit pas la portée précise des termes « ouvertures de crédit ou (...) contrats de crédit pour lesquels aucune règle particulière n'a été prévue par la loi ou en vertu de celle-ci », figurant dans l'article VII.162, alinéa 1^{er}, 2°, en projet. Si l'intention de l'auteur du projet est de faire ainsi référence aux contrats de crédit qui ne relèvent pas du champ d'application de la réglementation en projet, il y a lieu d'exprimer cette intention d'une manière plus explicite et précise dans le texte du projet.

21. La question se pose de savoir si la règle contenue à l'article VII.162, alinéa 3, en projet, est appelée à s'éteindre ou non. Si tel n'est pas le cas, il semble que les entreprises existantes et futures fassent l'objet d'un traitement inégal permanent. Pareille inégalité de traitement ne pourrait être jugée admissible que si elle peut se justifier de manière objective et raisonnable.

Article VII.166 en projet

22. Dans un souci de clarté, on écrira à l'article VII.166, § 4, en projet, « adhèrent à un règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, visé à l'article VII.216, contribuent ... »¹⁸.

Article VII.170 en projet

23. Tel que l'article VII.170, alinéa 1^{er}, en projet, est formulé, l'autorisation préalable de la FSMA, prescrite par cet alinéa, est également requise lorsque le prêteur de crédit crée à l'étranger un établissement qui ne déploie aucune activité de crédit réglementée. La question se pose de savoir si telle est l'intention de l'auteur du projet. Dans la négative, le texte du projet doit l'indiquer plus clairement.

Article VII.171 en projet

24. L'intitulé « VI - De la couverture des frais de contrôle » qui précède l'article VII.171 en projet n'est pas conforme à la division du chapitre en projet et doit être adapté¹⁹.

Article VII.173 en projet

25. L'article VII.173 en projet délimite essentiellement le champ d'application de la section 2 concernée, « Des prêteurs de droit belge ». Dans un souci de clarté, mieux vaudrait insérer cette disposition au début de cette section.

Article VII.174 en projet

26.1. L'article VII.174 en projet transpose la procédure de notification préalable à l'utilisation du passeport européen par les établissements de crédit, les établissements financiers et les établissements de paiement ayant leur administration centrale dans un autre État membre de l'Espace économique européen. La disposition en projet transpose ainsi dans le droit interne les articles 36 et 39 de la directive 2013/36/UE du 26 juin 2013²⁰. En ce qui concerne la conformité de la disposition en projet aux prescriptions précitées du droit européen, le Conseil d'État, section de législation, tient à formuler les observations suivantes.

26.2. Il découle de la connexité existant entre les articles VII.159, § 1^{er} et VII.174, § 4, en projet, que les établissements étrangers ne peuvent commencer à exercer leurs activités de

¹⁸ Cette proposition est formulée sous réserve de l'observation faite au point 31.

¹⁹ La division concernée n'est pas mentionnée dans l'aperçu de la structure du livre VII en projet, qui se trouve au début de l'exposé des motifs.

²⁰ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE'

crédit hypothécaire ou de crédit à la consommation en Belgique qu'après avoir été enregistrés par la FSMA et que cet enregistrement ne peut être octroyé qu'après que le SPF Économie a approuvé les modèles de contrats que doivent utiliser ces entreprises. Il en résulte que l'accès à l'activité en matière de crédit à la consommation ou de crédit hypothécaire est soumis par la Belgique en tant qu'État membre d'accueil à une approbation préalable, ce qui est contraire au système du passeport européen, tel qu'il a été mis en œuvre par la directive 2013/36/UE.

L'article 36 de la directive précitée autorise uniquement l'État membre d'accueil à préparer, lors de l'ouverture d'une succursale sur son territoire, la surveillance de celle-ci pendant un délai maximal de deux mois. Certes, on peut prévoir, en tant qu'élément de cette surveillance, l'obligation pour l'entreprise étrangère de communiquer les modèles de contrat, sans toutefois l'assortir d'une approbation préalable obligatoire qui fait obstacle à la possibilité pour l'entreprise étrangère de commencer son activité de crédit ²¹.

Pour l'entreprise étrangère qui souhaite commencer ses activités sous le régime de la libre prestation de services, l'article 39 de la directive 2013/36/UE ouvre en outre le droit au prestataire de service de commencer ses activités dès que la procédure de notification entre les autorités de surveillance, prévue par la directive, a été suivie ²². Le commencement de l'activité ne peut donc pas être subordonné à un examen complémentaire des modèles de contrat par le SPF Économie, pour lequel l'article VII.174, § 3, alinéa 2, en projet prévoit un délai de deux mois.

26.3. L'article VII.174, § 6, alinéa 2, en projet, permet à la FSMA d'interdire à l'établissement d'exercer l'activité de prêteur et, le cas échéant, d'intermédiaire de crédit si le prêteur ne donne pas suite à la notification du refus d'approbation des modèles de contrat. Dès lors qu'il peut se déduire de l'article VII.174, § 1^{er}, en projet que l'article VII.174, § 6, en projet, a pour objet l'exercice d'une activité de prêteur en Belgique, on n'aperçoit pas en quoi l'interdiction prononcée par la FSMA peut également inclure l'activité d'intermédiaire de crédit. Dès lors, il est préférable d'omettre la mention de cette dernière activité du projet.

Article VII.176 en projet

27. Il résulte de l'article VII.176 en projet que, pour les autres entreprises que celles citées dans l'article VII.174 en projet, l'exercice d'une activité de prêteur requiert le maintien d'un établissement en Belgique. Pour les entreprises ayant leur administration centrale dans un autre État membre de l'Union européenne, une telle obligation est contraire au droit à la libre prestation de services, garanti par l'article 56 du T.F.U.E. L'obligation de maintenir un établissement, imposée par le droit national, constitue en effet, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, la légation du droit à la libre prestation de services, qui ne peut être admise que si elle est indispensable pour atteindre l'objectif d'intérêt général recherché ²³. L'auteur du projet doit justifier de manière circonstanciée dans l'exposé des motifs

²¹ Voir aussi M. TISON, « Commentaar bij artikel 75bis Wet op het consumentenkrediet », in *Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuillet mobile (mars 2001), n^{os} 39-41.

²² Voir, à ce propos, Commission européenne, Communication interprétative de la Commission : liberté de prestation de services et intérêt général dans la Deuxième directive bancaire, SEC(97) 1193 final, 20 juin 1997, pp. 15-16.

²³ Voir notamment C.J. UE, 9 juillet 1997, *Parodi*, affaire C-222/95, *Jur.* 1997, I-3899, cons. 31.

pourquoi l'obligation de maintenir un établissement en Belgique est, en l'espèce, indispensable eu égard à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Article VII.190 en projet

28. À la fin de l'article VII.190 en projet, on écrira dans le texte néerlandais « , wordt de betalingsdienstgebruiker van rechtswege ontslagen van het betalen van de gevraagde kosten ».

Article VII.196 en projet

29. L'article VII.196, alinéa 1^{er}, 4°, a), en projet, dispose ce qui suit:

« Les obligations du consommateur sont réduites de plein droit au prix au comptant du bien ou du service, ou au montant emprunté lorsque :

[...];

4° un contrat de crédit a été conclu :

a) par un prêteur non agréé ou non enregistré;

[...] ».

La sanction concernée s'appliquera également à l'établissement de crédit ayant son siège social dans un autre État membre de l'Union européenne opérant en Belgique sous le régime de la libre prestations de services, sans avoir respecté la procédure de notification préalable en vertu de l'article VII.174 en projet.

Dans une communication interprétative, la Commission européenne a déclaré à propos de cette procédure de notification ce qui suit:

« La Commission considère que la procédure de notification prévue par la Deuxième directive poursuit un simple objectif d'information mutuelle des autorités de contrôle, et n'est pas une mesure visant la protection des consommateurs. Elle ne devrait pas être considérée, de l'avis de la Commission, comme une condition de forme affectant la validité d'un contrat bancaire »²⁴.

Au regard du principe de droit européen en matière de libre prestations de services, la sanction en projet, dans la mesure où elle concerne également la méconnaissance de la procédure de notification par un établissement de crédit possédant un passeport européen, doit dès lors être considérée comme une restriction disproportionnée de la libre circulation et ne peut pas être maintenue comme telle dans le projet.

²⁴ Commission européenne, communication interprétative de la Commission: liberté de prestation de services et intérêt général dans la Deuxième directive bancaire, SEC(97) 1193 final, 20 juin 1997, p. 8.

Articles VII.209 à 214 en projet

30. Le chapitre 3 du titre 5, « Des sanctions civiles », reproduit les sanctions civiles qui sont actuellement inscrites dans la loi du 4 août 1992 'relative au crédit hypothécaire'. L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que l'article 86ter, § 2, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers' prévoit également un régime de sanctions civiles spécifique pour le cas où une entreprise accorde des crédits hypothécaires sans disposer de l'agrément requis par la loi. Compte tenu de l'objectif de codification qui constitue le fondement du projet, il est recommandé d'incorporer également cette dernière disposition de la loi du 2 août 2012 dans le texte en projet.

Article VII.216 en projet

31. Nonobstant les commentaires fournis dans l'exposé des motifs, il faut observer que le dispositif relatif au règlement extrajudiciaire des plaintes en matière de litiges de consommation excède le champ d'application matériel du livre VII en projet, dès lors que ce règlement concerne également « tout service de nature bancaire » et les « investissements » « beleggingen » (voir l'article VII.216, § 1^{er}, alinéa 2, en projet). Par conséquent, la disposition en projet n'a pas sa place dans le livre précité.

32. Compte tenu des articles VII.181, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 5^o (crédit hypothécaire) et VII.187, § 1^{er}, 5^o (crédit à la consommation), en projet, l'article VII.216, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, doit également faire état de l'intermédiaire de crédit.

33 L'article VII.216, § 2, en projet, habilite le Roi à déterminer, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les modalités « de cette procédure, ainsi que la composition, les modalités de fonctionnement et le financement du service de médiation des services financiers ».

Pareille délégation est trop large et insuffisamment circonscrite pour pouvoir être réputée admissible. Le législateur devrait indiquer lui-même les règles essentielles relatives aux matières concernées. Par ailleurs, lors de l'élaboration du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, il faut tenir compte du fait que la « directive relative au RELC »²⁵ devra encore être transposée en droit interne.

Article 4

Article XV.17 en projet

34. Par rapport à l'article 87quinquies de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers', dont s'inspire l'article XV.17 en projet, ce dernier article ajoute que les agents concernés sont exemptés de peine lorsqu'ils commettent « des infractions absolument nécessaires » (article XV.17, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en

²⁵ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 'relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE'.

projet). Toutefois, le projet ne précise pas qui appréciera le caractère « absolument nécessaire » des faits ni ne prévoit de garanties juridiques supplémentaires, tant pour les justiciables concernés que pour les agents en question. Le dispositif inscrit dans le projet devrait être complété sur ces points ²⁶.

35. L'article XV.17, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, dispose que les procès-verbaux visés dans cet alinéa « font foi jusqu'à preuve du contraire ».

La Cour constitutionnelle a déjà souligné qu'une telle règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut comme simple renseignement et, par conséquent, également au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé. La différence de traitement qui en résulte doit dès lors être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée ²⁷. Toutefois, la Cour a déjà également jugé que compte tenu du caractère très technique d'une certaine réglementation et de la difficulté corrélative de constater les infractions à celle-ci, il n'est pas manifestement déraisonnable d'attribuer aux procès-verbaux rédigés par les agents commissionnés une force probante particulière ²⁸.

Article XV.18/1 en projet

36. L'article XV.18/1, alinéa 3, en projet, fait état d'« organismes centraux » et de « toute entité qui exerce, directement ou indirectement, des activités pour [le] compte du prêteur ou de l'intermédiaire [de crédit] ». Par souci d'intelligibilité du dispositif en projet, mieux vaudrait préciser, dans l'exposé des motifs, quels organismes et entités sont visés.

37. Par analogie avec le texte français, on écrira dans le texte néerlandais de l'article XV.18/1, alinéa 3, en projet « in het bezit van de kredietgever of de kredietbemiddelaar ».

Article XV.18/2 en projet

38. Au lieu de viser, dans une phrase générale, « [les] dispositions légales relatives à l'inviolabilité du domicile et à la protection de la vie privée », le début de l'article XV.18/2, en projet, pourrait être rédigé comme suit: « Sans préjudice de l'article XV.3, 1°, la FSMA peut ... ».

²⁶ Comparer avec ce que l'article 47quinquies du Code d'instruction criminelle prévoit à cet égard dans le cadre des méthodes particulières de recherche.

²⁷ Voir par exemple C.C., 6 avril 2000, n° 40/2000, B.14.1; C.C., 14 février 2001, n° 16/2001, B.12.1.

²⁸ C.C., 14 octobre 2010, n° 111/2010, B.12.3.

Articles 6 et 7

39. L'intitulé de la section 2 du livre XV, titre 1, chapitre 3, du code, qui est mentionné dans l'article 6 du projet, ne se rapproche pas suffisamment du contenu de l'article XV.31/1, en projet, que l'article 7 du projet insère dans la section 2 précitée. En effet, cette dernière disposition concerne les injonctions émanant de la FSMA.

En outre, il y a lieu d'observer que le chapitre 3 précité ne comporte pas de section 1.

Article 12

Article XV.67/1 en projet

40. La faculté pour la FSMA, en cas de méconnaissance de certaines dispositions légales, d'intervenir dans l'administration du prêteur, notamment en désignant, un commissaire spécial, en enjoignant le remplacement des administrateurs ou gérants ou en désignant des administrateurs ou gérants provisoires s'applique à l'égard de tout prêteur. Dans la mesure où cette compétence est exercée à l'égard d'établissements de crédit, l'exercice de ces compétences risque toutefois d'empiéter sur les compétences en matière de contrôle prudentiel, pour lequel la Banque nationale de Belgique (BNB) est compétente.

On n'aperçoit pas comment les compétences de la FSMA s'articulent avec celles de la BNB. Ainsi, la question se pose de savoir si la désignation d'un commissaire spécial ou d'un administrateur provisoire ne requiert pas également l'approbation préalable de la BNB. L'article XV.67/1, § 6, en projet, ne fait état que de l'obligation pour la FSMA, dans un tel cas, de tenir la BNB informée de ses décisions. Une simple communication de décisions par la FSMA ne permet toutefois pas de trancher la question de savoir si la FSMA peut agir de manière autonome et si la BNB peut réformer ou annuler la décision de celle-ci. Le rapport entre les compétences de la FSMA, d'une part, et celles de la BNB en matière de contrôle prudentiel, d'autre part, doit dès lors être précisé ²⁹.

²⁹ À ce propos, comparons avec les compétences dont la FSMA est investie, à l'égard d'entreprises réglementées, dans le cadre des règles dites « de conduites ». Avant de prendre une quelconque mesure d'intervention à l'encontre d'une entreprise sous contrôle, la FSMA doit consulter la Banque nationale de Belgique. Cette dernière dispose d'un délai de dix jours pour s'opposer aux mesures envisagées si celles-ci sont de nature à compromettre la stabilité du système financier ou si la FSMA a l'intention de suspendre ou d'interdire entièrement l'exercice de l'activité de l'entreprise (art. 36bis, § 3, de la loi du 2 août 2002 'relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers').

Article XV.67/2 en projet

41. Compte tenu de la portée de l'article XV.67/2, § 3, en projet, on écrira à la fin de l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe « , la FSMA radie d'office l'agrément de l'intermédiaire de crédit sans nouvel examen du dossier sur le fond ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME