



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 64.256/2
du 8 octobre 2018

advies 64.256/2
van 8 oktober 2018

sur

over

un projet d'arrêté royal
'abrogeant l'arrêté royal du
6 mai 1999 portant exécution
de l'article 26, § 2, alinéa 2, de
la loi du 11 janvier 1993
relative à la prévention de
l'utilisation du système
financier aux fins du
blanchiment de capitaux et du
financement du terrorisme'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot opheffing van het
koninklijk besluit van
6 mei 1999 tot uitvoering van
artikel 26, § 2, tweede lid, van
de wet van 11 januari 1993 tot
voorkoming van het gebruik
van het financiële stelsel voor
het witwassen van geld en de
financiering van terrorisme'

Le 12 septembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances, chargé de la Lutte contre la fraude fiscale à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'abrogeant l'arrêté royal du 6 mai 1999 portant exécution de l'article 26, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 8 octobre 2018. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 8 octobre 2018.

*

Op 12 september 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën, belast met bestrijding van de fiscale fraude verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot opheffing van het koninklijk besluit van 6 mei 1999 tot uitvoering van artikel 26, § 2, tweede lid, van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 8 oktober 2018. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Patrick RONVAUX, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 8 oktober 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DU PROJET

L'arrêté royal du 6 mai 1999 'portant exécution de l'article 26, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme', que le projet examiné entend abroger, trouvait son fondement légal dans l'article 14bis, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 janvier 1993 'relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux', introduit par l'article 17 de la loi du 10 août 1998 'modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements'.

L'article 14bis de la loi du 11 janvier 1993 a été renuméroté par l'article 30 de la loi du 18 janvier 2010 'modifiant la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, et le Code des sociétés'. Il est devenu l'article 26, en conséquence de quoi l'intitulé de l'arrêté royal a été modifié par un arrêté du 28 septembre 2010.

L'article 26, § 2, de la loi du 11 janvier 1993, tel que modifié par la loi du 12 janvier 2004 et la loi du 18 janvier 2010, disposait ce qui suit :

« § 2. Lorsque les personnes visées à l'article 4, savent ou soupçonnent qu'une opération est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, elles en informent immédiatement par écrit ou par voie électronique la cellule de traitement des informations financières.

En outre, ces personnes doivent dans tous les cas et immédiatement informer par écrit ou par voie électronique la cellule de traitement des informations financières des opérations dont la liste est établie par le Roi sur avis de la cellule de traitement des informations financières ».

La loi du 11 janvier 1993 a été remplacée par l'article 190 la loi du 18 septembre 2017 'relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces'.

L'article 26, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 a été remplacé par l'article 47 de la loi du 18 septembre 2017, qui dispose ce qui suit :

« § 1^{er}. Les entités assujetties déclarent à la CTIF, lorsqu'elles savent, soupçonnent ou ont des motifs raisonnables de soupçonner :

1° que des fonds, quel qu'en soit le montant, sont liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme ;

2° que des opérations ou tentatives d'opérations sont liées au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme. Cette obligation de déclaration s'applique y compris lorsque le client décide de ne pas exécuter l'opération envisagée ;

3° hors les cas visés aux 1° et 2°, qu'un fait dont elles ont connaissance est lié au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

L'obligation de déclaration à la CTIF en application des 1° à 3°, ne requiert pas l'identification, par l'entité assujettie, de l'activité criminelle sous-jacente au blanchiment de capitaux.

§ 2. Les entités assujetties déclarent également à la CTIF des fonds, opérations ou tentatives d'opérations et faits suspects, visés au paragraphe 1^{er}, dont elles ont connaissance dans le cadre des activités qu'elles exercent dans un autre État membre sans y avoir de filiale, de succursale ou une autre forme d'établissement par le biais d'agents ou de distributeurs qui l'y représentent.

§ 3. Les entités assujetties déclarent à la CTIF des fonds, opérations et faits déterminés par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, pris sur avis de la CTIF.

§ 4. Les entités assujetties déclarent à la CTIF, en application des paragraphes 1^{er} à 3, dans les délais visés à l'article 51 ».

L'article 192 de la loi du 18 septembre 2017 dispose ce qui suit :

« Les arrêtés royaux, les règlements, ainsi que tous autres actes de nature réglementaire adoptés en exécution de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, demeurent applicables dans la mesure où les dispositions de la présente loi prévoient les habilitations juridiques, générales ou spécifiques, nécessaires à ces actes réglementaires et où leur contenu n'est pas contraire à la présente loi ».

Selon le rapport au Roi, l'arrêté royal du 6 mai 1999, étant incompatible avec la loi du 18 septembre 2017, n'est plus d'application mais doit être abrogé pour des raisons de sécurité juridique.

Interrogée sur le fondement légal du projet, la déléguée du Ministre a répondu ce qui suit :

« Artikel 190 van de wet tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten van 18 september 2017 (afgekort 4^{de} AML) heft de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme op.

Sinds de inwerkingtreding van 4^{de} AML werd de wet van 11 januari 1993 opgeheven. De rechtsbasis voor het KB van 6 mei 1999 is komen te vervallen.

Het koninklijk besluit van 6 mei 1999 zelf betreft een niet in ministerraad overlegd koninklijk besluit. De opheffing ervan lijkt zodoende zich ook bij gewoon koninklijk besluit te kunnen voltrekken.

Artikel 192 van de 4^{de} AML stelt dat de koninklijke besluiten, de reglementen en alle andere handelingen van reglementaire aard die in uitvoering van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme zijn vastgesteld, van toepassing blijven in de mate dat de bepalingen van deze wet voorzien in de algemene of specifieke juridische machtigingen die nodig zijn voor deze reglementaire handelingen en dat hun inhoud niet in strijd is met deze wet.

De 4^{de} AML is integraal gebaseerd op het principe van de risico gebaseerde aanpak (artikelen 8-12 van de 4^{de} AML), geen objectieve meldplicht.

De inhoud van het KB van 6 mei 1999, zijnde een objectieve meldplicht voor casino's strookt niet met de risico gebaseerde aanpak die ook voor casino's geldt.

De samenlezing van de artikelen 190 en 192 van de 4^{de} AML doet besluiten dat het KB van 6 mei 1999 reeds impliciet werd afgeschaft.

Aangezien de diensten van de CFI de Minister van Justitie en mijn Minister erop attent maakten dat casino's blijven melden o.b.v. de objectieve meldplicht van het ondertussen impliciet afgeschafte KB van 6 mei 1999, hierbij de risico gebaseerde benadering negerend, leek het ons als behoorlijk handelende overheid om het voornoemd KB expliciet op te heffen.

Wat artikel 26, par. 2, tweede lid betreft van de wet van 11 januari 1993, werd zij inderdaad vervangen door het artikel 47, par. 3 van de 4^{de} AML (zie concordantietabel DOC Kamer p. 610). Artikel 47, par. 3 zegt dat er gemeld moet worden op basis van een lijst vastgelegd door de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit, genomen op advies van de CFI. Deze par. 3 is een bijkomende mogelijkheid tot melding wanneer par. 1 en 2 niet van toepassing zijn. De Koning heeft op grond van artikel 47, par. 3 thans geen lijst opgesteld. *De ratio legis* van deze par. 3 is om in een efficiënte mogelijkheid te voorzien, mochten er zich in de dagelijkse praktijk plots situaties voordoen die niet onder de par.1 en 2 vallen, wetgevend op korte termijn te kunnen remediëren.

Het expliciet opheffen van een impliciet opgeheven KB (van 6 mei 1999) is naar onze mening niet te beschouwen als het opstellen van een lijst zoals bedoeld in artikel 47, par. 3 AML.

Casino's zijn onderworpen entiteiten zoals elke andere onderworpen entiteit. Zij zijn meldingsplichtig aan de CFI op de manier en wijze zoals elke andere onderworpen entiteit, zijnde op basis van een risico gebaseerde aanpak en niet meer o.b.v. een objectieve meldplicht.

Wij zijn de mening toegedaan dat een pure opheffing van het KB 1999 niet kan beschouwd worden als het opstellen van een lijst zoals bedoeld in artikel 47, par. 3. AML.

Bovendien zou het gelijkstellen van het KB 1999 met een lijst bedoeld in artikel 47, par. 3 AML indruisen tegen de risico gebaseerde aanpak waarvoor de huidige AML wet staat ».

Il résulte de ces explications que les articles 47 et 67 de la loi du 18 septembre 2018 ‘relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l’utilisation des espèces’ ne procurent pas de fondement légal au projet, au contraire des articles 190 et 192 de la même loi, lus en combinaison avec l’article 108 de la Constitution.

Un alinéa 1^{er} nouveau sera donc inséré dans le préambule, visant l’article 108 de la Constitution, et l’alinéa 1^{er}, devenant l’alinéa 2, du préambule, se limitera à viser les articles 190 et 192 de la loi du 18 septembre 2018.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Het koninklijk besluit van 6 mei 1999 ‘tot uitvoering van artikel 26, § 2, tweede lid, van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme’, waarvan het voorliggende ontwerp de opheffing beoogt, ontleende zijn rechtsgrond aan artikel 14bis, § 2, tweede lid, van de wet van 11 januari 1993 ‘tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld’, ingevoegd bij artikel 17 van de wet van 10 augustus 1998 ‘tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs’.

Artikel 14bis van de wet van 11 januari 1993 is vernummerd bij artikel 30 van de wet van 18 januari 2010 ‘tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, en het Wetboek van vennootschappen’. Het is artikel 26 geworden en het opschrift van het koninklijk besluit is als gevolg daarvan gewijzigd bij een besluit van 28 september 2010.

Artikel 26, § 2, van de wet van 11 januari 1993, zoals gewijzigd bij de wet van 12 januari 2004 en de wet van 18 januari 2010, bepaalde het volgende:

“§ 2. Wanneer de in het artikel 4, bedoelde personen weten of vermoeden dat een verrichting verband houdt met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme, brengen zij dit onmiddellijk schriftelijk of elektronisch ter kennis van de cel voor financiële informatieverwerking.

Daarenboven moeten deze personen in elk geval en onmiddellijk schriftelijk of elektronisch de cel voor financiële informatieverwerking op de hoogte brengen van de verrichtingen, waarvan de lijst door de Koning wordt opgesteld op advies van de cel voor financiële informatieverwerking.”

De wet van 11 januari 1993 is vervangen bij artikel 190 van de wet van 18 september 2017 ‘tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’.

Artikel 26, § 2, van de wet van 11 januari 1993 is vervangen door artikel 47 van de wet van 18 september 2017, dat het volgende bepaalt:

“§ 1. De onderworpen entiteiten melden aan de CFI, wanneer ze weten, vermoeden of redelijke gronden hebben om te vermoeden:

1° dat geldmiddelen, ongeacht het bedrag, verband houden met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme;

2° dat verrichtingen of pogingen tot verrichtingen verband houden met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme. Deze verplichting tot melding is eveneens van toepassing wanneer de cliënt beslist de voorgenomen verrichting niet uit te voeren;

3° buiten de gevallen bedoeld in 1° en 2°, dat een feit waarvan ze kennis hebben, verband houdt met het witwassen van geld of de financiering van terrorisme.

De verplichting tot melding aan de CFI met toepassing van 1° tot en met 3°, houdt niet in dat de onderworpen entiteit de onderliggende criminele activiteit van het witwassen van geld dient te identificeren.

§ 2. De onderworpen entiteiten melden eveneens aan de CFI de verdachte geldmiddelen, verrichtingen of pogingen tot verrichtingen en feiten, als bedoeld in paragraaf 1, waarvan ze kennis krijgen in het kader van de activiteiten die ze uitoefenen in een andere lidstaat zonder daar te beschikken over een dochteronderneming, een bijkantoor of een andere vestigingsvorm via agenten of distributeurs die hen daar vertegenwoordigen.

§ 3. De onderworpen entiteiten melden aan de CFI alle geldmiddelen, verrichtingen en feiten bepaald door de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, genomen op advies van de CFI.

§ 4. De onderworpen entiteiten melden aan de CFI, met toepassing van de paragrafen 1 tot en met 3, binnen de termijnen bedoeld in artikel 51.”

Artikel 192 van de wet van 18 september 2017 bepaalt het volgende:

“De koninklijke besluiten, de reglementen en alle andere handelingen van reglementaire aard die in uitvoering van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme zijn vastgesteld, blijven van toepassing in de mate dat de bepalingen van deze wet voorzien in de algemene of specifieke juridische machtigingen die nodig zijn voor deze reglementaire handelingen en dat hun inhoud niet in strijd is met deze wet.”

Volgens het verslag aan de Koning is het koninklijk besluit van 6 mei 1999 niet meer van toepassing vanwege het feit dat het onverenigbaar is met de wet van 18 september 2017, maar moet het worden opgeheven ter wille van de rechtszekerheid.

Op de vraag wat de rechtsgrond van het ontwerp is, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Artikel 190 van de wet tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten van 18 september 2017 (afgekort 4de AML) heft de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme op.

Sinds de inwerkingtreding van 4de AML werd de wet van 11 januari 1993 opgeheven. De rechtsbasis voor het KB van 6 mei 1999 is komen te vervallen.

Het koninklijk besluit van 6 mei 1999 zelf betreft een niet in ministerraad overlegd koninklijk besluit. De opheffing ervan lijkt zodoende zich ook bij gewoon koninklijk besluit te kunnen voltrekken.

Artikel 192 van de 4^{de} AML stelt dat de koninklijke besluiten, de reglementen en alle andere handelingen van reglementaire aard die in uitvoering van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme zijn vastgesteld, van toepassing blijven in de mate dat de bepalingen van deze wet voorzien in de algemene of specifieke juridische machtigingen die nodig zijn voor deze reglementaire handelingen en dat hun inhoud niet in strijd is met deze wet.

De 4^{de} AML is integraal gebaseerd op het principe van de risico gebaseerde aanpak (artikelen 8-12 van de 4^{de} AML), geen objectieve meldplicht.

De inhoud van het KB van 6 mei 1999, zijnde een objectieve meldplicht voor casino's strookt niet met de risico gebaseerde aanpak die ook voor casino's geldt.

De samenlezing van de artikelen 190 en 192 van de 4^{de} AML doet besluiten dat het KB van 6 mei 1999 reeds impliciet werd afgeschaft.

Aangezien de diensten van de CFI de Minister van Justitie en mijn Minister erop attent maakten dat casino's blijven melden o.b.v. de objectieve meldplicht van het ondertussen impliciet afgeschafte KB van 6 mei 1999, hierbij de risico gebaseerde benadering negerend, leek het ons als behoorlijk handelende overheid om het voornoemd KB expliciet op te heffen.

Wat artikel 26, par. 2, tweede lid betreft van de wet van 11 januari 1993, werd zij inderdaad vervangen door het artikel 47, par. 3 van de 4^{de} AML (zie concordantietabel DOC Kamer p. 610). Artikel 47, par. 3 zegt dat er gemeld moet worden op basis van een lijst vastgelegd door de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit, genomen op advies van de CFI. Deze par. 3 is een bijkomende mogelijkheid tot melding wanneer par. 1 en 2 niet van toepassing zijn. De Koning heeft op grond van artikel 47, par. 3 thans geen lijst opgesteld. *De ratio legis* van deze par. 3 is om in een efficiënte mogelijkheid te voorzien, mochten er zich in de dagelijkse praktijk plots situaties voordoen die niet onder de par.1 en 2 vallen, wetgevend op korte termijn te kunnen remediëren.

Het expliciet opheffen van een impliciet opgeheven KB (van 6 mei 1999) is naar onze mening niet te beschouwen als het opstellen van een lijst zoals bedoeld in artikel 47, par. 3 AML.

Casino's zijn onderworpen entiteiten zoals elke andere onderworpen entiteit. Zij zijn meldingsplichtig aan de CFI op de manier en wijze zoals elke andere onderworpen entiteit, zijnde op basis van een risico gebaseerde aanpak en niet meer o.b.v. een objectieve meldplicht.

Wij zijn de mening toegedaan dat een pure opheffing van het KB 1999 niet kan beschouwd worden als het opstellen van een lijst zoals bedoeld in artikel 47, par. 3. AML.

Bovendien zou het gelijkstellen van het KB 1999 met een lijst bedoeld in artikel 47, par. 3 AML indruisen tegen de risico gebaseerde aanpak waarvoor de huidige AML wet staat."

Uit die toelichtingen volgt dat de artikelen 47 en 67 van de wet van 18 september 2017 ‘tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’, in tegenstelling tot de artikelen 190 en 192 van dezelfde wet, *juncto* artikel 108 van de Grondwet, geen rechtsgrond opleveren voor het ontwerp.

Bijgevolg moet in de aanhef een nieuw eerste lid worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet, en moet in het eerste lid, dat het tweede lid van de aanhef wordt, alleen worden verwezen naar de artikelen 190 en 192 van de wet van 18 september 2017.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT