



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 72.138/3
van 14 oktober 2022

avis 72.138/3
du 14 octobre 2022

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van het Wetboek van
de belasting over de
toegevoegde waarde
betreffende de invoering van
bepaalde
informatieverplichtingen voor
betalingsdienaانبieders'

un avant-projet de loi
'modifiant le Code de la taxe
sur la valeur ajoutée en ce qui
concerne l'introduction de
certaines obligations
d'information applicables aux
prestataires de services de
paiement'

Op 2 september 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde betreffende de invoering van bepaalde informatieverplichtingen voor betalingsdienstaanbieders’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, eerste voorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE, staatsraad, Bruno PEETERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Koen MUYLLE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 oktober 2022.

*

Le 2 septembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne l'introduction de certaines obligations d'information applicables aux prestataires de services de paiement’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 4 octobre 2022. La chambre était composée de Wilfried VAN VAERENBERGH, premier président, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, président de chambre, Koen MUYLLE, conseiller d'État, Bruno PEETERS, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Lise VANDENHENDE, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Koen MUYLLE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 octobre 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot omzetting van richtlijn (EU) 2020/284 van de Raad van 18 februari 2020 ‘tot wijziging van Richtlijn 2006/112/EG wat betreft de invoering van bepaalde voorschriften voor betalingsdienstaanbieders’ (artikel 2 van het voorontwerp). Hiertoe worden artikel 1*bis* en hoofdstuk XVII van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: BTW-Wetboek) gewijzigd (artikelen 3 tot 9).

De aan te nemen wet treedt in werking op 1 januari 2024 (artikel 10).

VORMVEREISTEN

3. Luidens het ontworpen artikel 93*duodecies*/1, § 1, van het BTW-Wetboek (artikel 6 van voorontwerp) houden de betalingsdienstaanbieders registers bij van begunstigden en van betalingen betreffende betalingsdiensten die zij voor elk kalenderkwartaal aanbieden. In het ontworpen artikel 93*duodecies*/3 van het BTW-Wetboek (artikel 8 van het voorontwerp) worden de gegevens bepaald die in het register worden opgenomen. In zoverre deze gegevens tot gevolg hebben dat aan de hand van een identicator een natuurlijke persoon kan worden geïdentificeerd, moeten ze worden beschouwd als persoonsgegevens overeenkomstig artikel 4, punt 1), van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’.

Teneinde te voldoen aan de adviesverplichting waarin artikel 36, lid 4, van die verordening, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 ervan, voorziet, moet omtrent het voorontwerp het advies worden ingewonnen van de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’.

Volgens de gemachtigde werd dit advies gevraagd maar nog niet verkregen.

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

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,² moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel dient te worden nageleefd. Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de “essentiële elementen” voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.³

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.⁴

4.2. Gevraagd welke personen ten aanzien van de ontworpen regeling toegang hebben tot de verwerkte gegevens, verklaarde de gemachtigde dat alle ambtenaren bevoegd voor de controle van de belasting over de toegevoegde waarde toegang hebben tot de door de betalingsdienstaanbieders bijgehouden registers.

Ofschoon dit kan worden afgeleid uit het ontworpen artikel 93*duodecies*/1, § 4, 2°, van het BTW-Wetboek (artikel 6 van het voorontwerp), waarin wordt bepaald dat de registers in kwestie beschikbaar worden gesteld aan de administratie belast met de belasting over de toegevoegde waarde, verdient het aanbeveling dit in het voorontwerp te expliciteren.

² Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

³ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

⁴ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, opmerking 101 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119). Zie ook GwH 10 maart 2022, nr. 33/2022, B.13.1 en GwH 22 september 2022, nr. 110/2022, B.11.2.

Meer in het algemeen moet worden opgemerkt dat een aantal van de voormelde ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens weliswaar onrechtstreeks in het voorontwerp worden vermeld,⁵ maar dat het omwille van de duidelijkheid de voorkeur verdient in een uitdrukkelijke regeling van die elementen te voorzien.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

5. In het ontworpen artikel 93*duodecies*, 1° tot 8°, van het BTW-Wetboek wordt voor de definitie van een aantal begrippen verwezen naar richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 ‘betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG’.

Richtlijn (EU) 2015/2366, en meer bepaald de definities die ze bevat, werd omgezet door (artikel 2 van) de wet van 11 maart 2018 ‘betreffende het statuut van en het toezicht op de betalingsinstellingen en 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’.

De techniek van “regeling door verwijzing” naar voorschriften van richtlijnen is om wetgevingstechnische redenen in beginsel ontoelaatbaar. Uit de kenmerken van een EU-richtlijn volgt immers dat in principe niet de richtlijn zelf, maar de voorschriften van intern recht die de bepalingen ervan in de nationale rechtsorde omzetten, in die rechtsorde van toepassing zullen zijn.

In het ontworpen artikel 93*duodecies*, 1° tot 8°, van het BTW-Wetboek moeten bijgevolg de verwijzingen naar de erin genoemde richtlijnbeoordelingen worden vervangen door verwijzingen naar de internrechtelijke voorschriften waarmee die bepalingen in het interne recht zijn omgezet.

Artikel 6

6. Luidens het ontworpen artikel 93*duodecies*/1, § 2, eerste lid, 2°, van het BTW-Wetboek is de verplichting registers te houden van toepassing op de betalingsdienstaanbieder die in de loop van een kalenderkwartaal betalingsdiensten verleent die betrekking hebben op *meer dan vijftientig* grensoverschrijdende betalingen aan dezelfde begunstigde. Het moet derhalve gaan om ten minste zesentwintig grensoverschrijdende betalingen of meer.

⁵ Zo kan wat de doelstelling van de gegevensverwerking betreft, worden verwezen naar het ontworpen artikel 93*duodecies*/1, § 1, eerste lid, van het BTW-Wetboek (artikel 6 van het voorontwerp), naar luid waarvan de registers worden bijgehouden “om de bevoegde autoriteiten van de lidstaten in staat te stellen controles uit te oefenen op de leveringen van goederen en diensten die overeenkomstig het bepaalde in titel V van Richtlijn 2006/112/EG geacht worden plaats te vinden in een lidstaat, om de doelstelling inzake bestrijding van btw-fraude te behalen”.

In de memorie van toelichting wordt omtrent die bepaling evenwel gewag gemaakt van *minstens* vijftientwintig grensoverschrijdende betalingen, in plaats van *meer dan* vijftientwintig betalingen. Vermits de tekst van het voorontwerp overeenstemt met artikel 243*ter*, lid 2, van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 ‘betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde’, moet er echter van worden uitgegaan dat wel degelijk meer dan vijftientwintig grensoverschrijdende betalingen wordt bedoeld. De memorie van toelichting moet hieraan worden aangepast.

Tevens zou in de memorie van toelichting moeten worden verduidelijkt of, wanneer een betalingsdienstaanbieder betalingsdiensten aanbiedt die betrekking hebben op meer dan vijftientwintig grensoverschrijdende betalingen aan dezelfde begunstigde, en hij derhalve een register moet bijhouden, ook de eerste vijftientwintig betalingen van die begunstigde er al dan niet in moeten worden vermeld. Die betalingen gaan immers vooraf aan het van toepassing worden van de verplichting om het register in kwestie te houden.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise à transposer la directive (UE) 2020/284 du Conseil du 18 février 2020 'modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne l'instauration de certaines exigences applicables aux prestataires de services de paiement' (article 2 de l'avant-projet). À cet effet, l'article 1^{er}*bis* et le chapitre XVII du Code de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : Code de la TVA) sont modifiés (articles 3 à 9).

La loi à adopter entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024 (article 10).

FORMALITÉS

3. Selon l'article 93*duodecies*/1, § 1^{er}, en projet, du Code de la TVA (article 6 de l'avant-projet), les prestataires de services de paiement tiennent des registres des bénéficiaires et des paiements correspondant aux services de paiement qu'ils fournissent pour chaque trimestre civil. L'article 93*duodecies*/3, en projet, du Code de la TVA (article 8 de l'avant-projet) détermine les informations inscrites dans le registre. Dans la mesure où ces informations impliquent qu'une personne physique peut être identifiée au moyen d'un identifiant, elles doivent être considérées comme des données à caractère personnel conformément à l'article 4, point 1), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)'.

Afin de satisfaire à l'obligation de consultation prévue par l'article 36, paragraphe 4, de ce règlement, combiné avec son article 57, paragraphe 1, c), et son considérant 96, l'avis de l'Autorité de protection des données, visé dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', doit être recueilli à propos de l'avant-projet.

Selon le délégué, cet avis a été demandé, mais n'a pas encore été obtenu.

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

Si, consécutivement à cet avis à recueillir, le texte soumis au Conseil d'État devait encore subir des modifications², les dispositions modifiées ou ajoutées devraient encore être soumises à la section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Conformément à l'article 22 de la Constitution, tout traitement de données à caractère personnel et, plus généralement, toute atteinte au droit à la vie privée, sont soumis au respect d'un principe de légalité formelle. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les « éléments essentiels » sont fixés préalablement par le législateur³.

Par conséquent, les 'éléments essentiels' des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, la section de législation considère que, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des 'éléments essentiels' les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées ; et 5°) le délai maximal de conservation des données⁴.

4.2. À la question de savoir quelles personnes, dans le cadre du régime en projet, ont accès aux données traitées, le délégué a déclaré que tous les fonctionnaires compétents pour le contrôle de la taxe sur la valeur ajoutée ont accès aux registres tenus par les prestataires de services de paiement.

Même si on peut le déduire de l'article 93*duodecies*/1, § 4, 2°, en projet, du Code de la TVA (article 6 de l'avant-projet), qui dispose que les registres en question sont mis à la disposition de l'administration en charge de la taxe sur la valeur ajoutée, il est recommandé de le préciser dans l'avant-projet.

² À savoir d'autres modifications que celles dont fait état le présent avis ou que celles visant à répondre aux observations formulées dans le présent avis.

³ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir notamment C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B.16.1 ; C.C., 20 février 2020, n° 27/2020, B.17.

⁴ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', observation 101 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119). Voir aussi C.C., 10 mars 2022, n° 33/2022, B.13.1 et C.C., 22 septembre 2022, n° 110/2022, B.11.2.

Plus généralement, il y a lieu d'observer que si un certain nombre des 'éléments essentiels' précités du traitement de données à caractère personnel sont mentionnés indirectement dans l'avant-projet ⁵, il est toutefois préférable, dans un souci de clarté, de prévoir un régime exprès pour ces éléments.

EXAMEN DU TEXTE

Article 5

5. Pour la définition d'un certain nombre de notions, l'article 93*duodecies*, 1° à 8°, en projet, du Code de la TVA, renvoie à la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 'concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE'.

La directive (UE) 2015/2366, et plus précisément les définitions qu'elle contient, a été transposée par (l'article 2 de) la loi du 11 mars 2018 'relative au statut et au contrôle des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, et à l'activité d'émission de monnaie électronique, et à l'accès aux systèmes de paiement'.

La technique de « réglementation par référence » à des règles énoncées dans des directives n'est en principe pas admissible pour des motifs de légistique. En effet, il découle des caractéristiques d'une directive UE qu'en principe, ce n'est pas la directive même, mais les règles de droit interne transposant les dispositions de celle-ci dans l'ordre juridique national qui s'appliqueront dans cet ordre juridique.

Les références aux dispositions de la directive qui sont citées à l'article 93*duodecies*, 1° à 8°, en projet, du Code de la TVA doivent par conséquent être remplacées par des références aux règles de droit interne qui transposent ces dispositions dans le droit interne.

Article 6

6. Selon l'article 93*duodecies*/1, § 2, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, du Code de la TVA, l'obligation de tenir des registres s'applique au prestataire de services de paiement qui fournit, au cours d'un trimestre civil, des services de paiement correspondant à *plus de vingt-cinq* paiements transfrontaliers destinés au même bénéficiaire. Il doit donc s'agir d'au moins vingt-six paiements transfrontaliers ou plus.

⁵ Ainsi, en ce qui concerne la finalité du traitement des données, on peut renvoyer à l'article 93*duodecies*/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de la TVA (article 6 de l'avant-projet), aux termes duquel les registres sont tenus « afin de permettre aux autorités compétentes des États membres, en vue d'atteindre l'objectif de lutte contre la fraude à la T.V.A., de procéder à des contrôles des livraisons de biens et prestations de services qui, conformément aux dispositions du titre V de la directive 2016/112/CE, sont réputées avoir lieu dans un État membre ».

À propos de cette disposition, l'exposé des motifs fait toutefois état d'*au moins* vingt-cinq paiements transfrontaliers, au lieu de *plus de* vingt-cinq paiements. Dès lors que le texte de l'avant-projet correspond à l'article 243^{ter}, paragraphe 2, de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 'relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée', il faut toutefois considérer que l'on vise bel et bien plus de vingt-cinq paiements transfrontaliers. On adaptera l'exposé des motifs en conséquence.

Par ailleurs, l'exposé des motifs devrait préciser si, lorsqu'un prestataire de services de paiement fournit des services de paiement correspondant à plus de vingt-cinq paiements transfrontaliers au même bénéficiaire, et qu'il doit par conséquent tenir un registre, les vingt-cinq premiers paiements de ce bénéficiaire doivent ou non également y être mentionnés. Ces paiements précèdent en effet l'entrée en application de l'obligation de tenir le registre en question.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE EERSTE VOORZITTER –
LE PREMIER PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH