

FSMA_2022_11 van 11/04/2022

Circulaire over bijzondere mechanismen

Toepassingsgebied:

Deze circulaire is gericht aan de volgende entiteiten:

- de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies naar Belgisch recht,
- de beleggingsvennootschappen naar Belgisch recht,
- de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht,
- de vergunde beheerders van alternatieve instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht, inclusief de kleinschalige beheerders die openbare alternatieve instellingen voor collectieve belegging beheren,
- de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies naar het recht van een derde Staat die in België een bijkantoor hebben gevestigd,
- de in een derde land gevestigde beheerders van AICB's waarvoor België niet de referentielidstaat is, die AICB's naar Belgisch recht beheren en/of AICB's uit de Europese Unie of uit derde landen in België verhandelen, en die in België een bijkantoor hebben gevestigd (hierna in deze circulaire en de bijlage daarbij "in België gevestigde bijkantoren van beheerders van AICB's uit derde landen" genoemd).

Deze ondernemingen worden in deze circulaire en de bijlage daarbij "de gereguleerde ondernemingen" genoemd.

Samenvatting/Doelstellingen:

Het beginsel op grond waarvan het de gereguleerde ondernemingen die onder de toepassing van deze circulaire vallen, verboden is om een bijzonder mechanisme in te stellen dat als doel of gevolg heeft fiscale fraude door derden mogelijk te maken of te bevorderen, is thans formeel vastgelegd. Dat verbod is in de verschillende, voor die gereguleerde ondernemingen geldende toezichtswetten ingeschreven door de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding. De vraag of wat de betrokken onderneming heeft ingevoerd, een "bijzonder mechanisme" is, in verband waarmee de FSMA een termijn kan instellen om hieraan te verhelpen en herstelmaatregelen kan nemen, moet geval per geval en op grond van een a-posteriori-onderzoek worden beantwoord. Toch werd het steeds wenselijk geacht de wettelijke bepalingen in het licht van een aantal typeverrichtingen te preciseren. Deze circulaire geeft toelichting bij het verbod om bijzondere mechanismen in te stellen. Het document als bijlage bevat een geactualiseerde en niet-exhaustieve lijst van praktijken die als verboden bijzondere mechanismen worden beschouwd.

Structuur:

1. Wettelijk beginsel van het verbod om een bijzonder mechanisme in te stellen
2. Begrip "bijzonder mechanisme"
3. Bevoegdheden van de FSMA

4. Actualisering van de lijst van praktijken die als bijzondere mechanismen worden beschouwd
5. Strafrechtelijke sancties en aangifte bij het gerecht

1. Wettelijk beginsel van het verbod om een bijzonder mechanisme in te stellen

Krachtens de voor hen geldende toezichtswetten¹ is het de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, de beleggingsvennootschappen, de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging, en de beheerders van alternatieve instellingen voor collectieve belegging verboden om een bijzonder mechanisme in te stellen.

Dat verbod om een bijzonder mechanisme in te stellen, is in de toezichtswetten ingeschreven door de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding². Het geldt voor voornoemde gereguleerde ondernemingen naar Belgisch recht, voor de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies naar het recht van een derde Staat die in België een bijkantoor hebben gevestigd, en voor de in België gevestigde bijkantoren van beheerders van AICB's uit derde landen.

2. Begrip "bijzonder mechanisme"

Het begrip "bijzonder mechanisme" is voortaan³ wettelijk gedefinieerd⁴.

"Bijzonder mechanisme" verwijst naar een procedé dat aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden voldoet:

- 1° het heeft als doel of gevolg fiscale fraude door derden mogelijk te maken of te bevorderen;

¹ Artikelen 41/1 en 201/1 van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen, artikel 33/1 van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders, en artikel 25, § 1/1, van de wet van 25 oktober 2016 betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies.

² Voor een gedetailleerde toelichting bij de bepalingen van de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij die wet (Parl.St., Kamer, 2020-2021, doc 55, 1900/001, p. 4 en volgende).

³ Het begrip "bijzonder mechanisme" is al lang bekend in het financieel recht. Het is bij de wet van 30 juni 1975 opgenomen in het statuut van de banken, de private spaarkassen en bepaalde andere financiële tussenpersonen. Zoals vermeld in het jaarverslag 1974-1975 van de Bankcommissie, viseert het begrip "bijzondere mechanismen" "stelselmatige procédés die een herhaling impliceren van verrichtingen welke worden uitgevoerd in omstandigheden die vreemd zijn aan de normale bankpraktijk en met het doel de belastingsontduiking door derden, hoofdzakelijk de cliëntèle, te vergemakkelijken".

⁴ Artikel 46, derde lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, artikel 25, § 1/1, van de wet van 25 oktober 2016 betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, artikelen 41/1 en 201/1 van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen, en artikel 33/1 van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders.

- 2° het initiatief ertoe wordt door de gereguleerde onderneming zelf genomen of ze neemt er duidelijk actief aan deel, of het is het gevolg van een grove nalatigheid van de onderneming;
- 3° het bestaat uit een reeks gedragingen of onthoudingen;
- 4° het heeft een bijzonder karakter, wat betekent dat de gereguleerde onderneming weet of zou moeten weten dat het mechanisme afwijkt van de normen en de normale praktijken inzake bancaire, verzekerings- en financiële verrichtingen.

3. Bevoegdheden van de FSMA

De FSMA is de bevoegde autoriteit voor het toezicht op de naleving van voornoemd verbod om bijzondere mechanismen in te stellen, door de gereguleerde ondernemingen die onder de toepassing van deze circulaire vallen.

Deze bevoegdheid doet geen afbreuk aan het beginsel dat de FSMA niet bevoegd is inzake belastingaangelegenheden, zoals ingeschreven in artikel 46, eerste lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. Overeenkomstig het algemeen beginsel van de specialiteit van de functies van de overheden dat uit het administratief recht voortvloeit, vloeit hieruit voort dat het niet toekomt aan de FSMA, die is opgericht om toe te zien op de goede werking van de financiële diensten en markten en op de bescherming van de consument, om in de plaats te treden van de bevoegde belastingbesturen om belastingen te heffen en te innen. Het beginsel van het verbod om bijzondere mechanismen in te stellen, valt onder het administratief statuut van de betrokken gereguleerde ondernemingen. Dat beginsel wil voorkomen dat die ondernemingen handelingen stellen die fiscale fraude door cliënten mogelijk maken of bevorderen, en die niet te verantwoorden zijn in het kader van de normale en correcte uitoefening van hun verrichtingen of diensten. Deze gedragingen kunnen de financiële positie en de reputatie van de betrokken onderneming aantasten, zodat voornoemde bepalingen verantwoord zijn vanuit een prudentiële bekommernis.

De personen belast met de effectieve leiding van de gereguleerde ondernemingen, in voorkomend geval het directiecomité, werken een voorkomingsbeleid op fiscaal vlak uit, waarvan zij de tenuitvoerlegging en de toepassing garanderen. Dat voorkomingsbeleid bepaalt de doelstellingen van de gereguleerde onderneming, en identificeert en analyseert de risico's die zij op dat vlak loopt. De compliancefunctie is verantwoordelijk voor het toezicht op de effectieve toepassing van het voorkomingsbeleid van de onderneming.

Conform hun algemene toezichtsfunctie moeten de door de FSMA erkende revisoren⁵ nagaan of de gereguleerde onderneming waar zij hun functie uitoefenen, de wettelijke bepalingen naleven en correct functioneren. Meer specifiek moeten de erkende revisoren, conform hun signaalfunctie, op eigen initiatief verslag uitbrengen bij de FSMA zodra zij kennis krijgen van beslissingen of feiten die op een overtreding van de sectorale toezichtswetten kunnen wijzen.

⁵ Dit geldt niet voor de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies die, krachtens de wet, geen erkend revisor hoeven aan te stellen.

Voortaan is expliciet wettelijk bepaald dat alle erkende revisoren die de hun door de FSMA toevertrouwde opdrachten uitvoeren bij een gereguleerde onderneming die onder de toepassing van deze circulaire valt, verplicht zijn bij haar aangifte te doen wanneer zij over concrete elementen beschikken met betrekking tot bijzondere mechanismen die verboden zijn door de financiële regelgeving⁶.

Onverminderd wat voorafgaat, wordt ook bepaald dat de erkende revisoren de FSMA jaarlijks een verklaring moeten bezorgen waarin zij aangeven (al dan niet) aanwijzingen van verboden bijzondere mechanismen te hebben vastgesteld⁷.

De FSMA kan op haar beurt dwingende maatregelen opleggen indien zij kennis krijgt van een eerder beschreven bijzonder mechanisme. Zij legt dan een termijn op waarbinnen de betrokken praktijken moeten worden stopgezet. Als de betrokken onderneming daaraan geen gevolg geeft, kan de FSMA uitzonderlijke herstelmaatregelen nemen, zoals een speciaal commissaris aanstellen, de vervanging van leden van het bestuursorgaan gelasten, de uitoefening van het bedrijf van de onderneming geheel of ten dele schorsen of verbieden, en de vergunning herroepen. Ook kan de FSMA in dit verband administratieve geldboetes opleggen.

4. Actualisering van de lijst van praktijken die als bijzondere mechanismen worden beschouwd

Of wat een gereguleerde onderneming heeft ingevoerd, een "bijzonder mechanisme" is, moet per geval en op grond van een a-posteriori-onderzoek worden uitgemaakt. Toch werd het steeds wenselijk geacht de bepalingen in het licht van een aantal typeverrichtingen te preciseren⁸.

Om na te gaan welk gepast gevolg zou kunnen worden gegeven aan de aanbevelingen van de parlementaire onderzoekscommissie "Optima" en van de bijzondere commissie "Internationale fiscale fraude/Panama Papers", werd in 2018 een gemengde werkgroep opgericht met vertegenwoordigers van het kabinet van de minister van Financiën, de Bijzondere Belastinginspectie, de NBB en de FSMA⁹. Eén van de aanbevelingen van de commissie "Internationale fiscale fraude/Panama Papers" betrof de actualisering van de bestaande circulaire en van de mededeling over bijzondere mechanismen (aanbeveling 4).

⁶ Artikel 76, tweede lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

⁷ Artikelen 106, § 1, 5°, en 247, § 1, 5°, van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen, en artikel 357, § 1, 6°, van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders.

⁸ Met twee circulaire, van respectievelijk 2 februari 1976 en 25 januari 1977, heeft de toenmalige Bankcommissie de banken een lijst toegezonden van praktijken die als "bijzondere mechanismen" moeten worden beschouwd. Deze twee documenten werden geactualiseerd en vervangen door de circulaire van 18 december 1997 van de voormalige Commissie voor het Bank- en Financiewezen (CBF) D1 97/9 aan de kredietinstellingen en D4 97/4 aan de beleggingsondernemingen.

⁹ De werkzaamheden met betrekking tot het document "bijzondere mechanismen" werden gefinaliseerd na de inwerkingtreding van de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding, zodat ook met deze wet rekening kon worden gehouden.

Overeenkomstig het advies van voornoemde gemengde werkgroep, werd daarom een nieuwe lijst opgesteld van praktijken die als verboden bijzondere mechanismen worden beschouwd¹⁰. Hierbij werd nagegaan welke mechanismen uit de bestaande lijsten konden worden geschrapt, welke mechanismen eventueel moesten worden geherformuleerd en welke mechanismen moesten worden toegevoegd. Ook de legistische verwijzingen werden daarbij aangepast.

De tekst als bijlage bevat, net als de eerdere documenten, een lijst van typeverrichtingen die als administratieve/prudentiële bijzondere mechanismen worden beschouwd. Het gaat om een niet-limitatieve lijst. Voornoemd verbodsbeginsel is, met andere woorden, integraal van toepassing op ieder ander bijzonder mechanisme in voornoemde zin dat de gereglementeerde ondernemingen die onder de toepassing van deze circulaire vallen, zouden instellen.

5. Strafrechtelijke sancties en aangifte bij het gerecht

Tot slot wordt erop gewezen dat de toezichtswetten voortaan ook in strafrechtelijke sancties voorzien voor wie met opzet een bijzonder mechanisme instelt¹¹.

Wat de strafrechtelijke sancties betreft, is het aan het parket, dat beslist of er al dan niet wordt vervolgd, om te beoordelen of (al dan niet) een gerechtelijk onderzoek moet worden ingesteld, dat, in voorkomend geval, als alle constitutieve bestanddelen van de strafrechtelijke inbreuk aanwezig zijn, tot een inbeschuldigingstelling en een strafrechtelijke sanctie zal leiden (uit te spreken door de strafrechter).

Overeenkomstig artikel 46, tweede lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, als gewijzigd bij de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding, moet de FSMA bij het gerecht aangifte doen wanneer zij over concrete elementen beschikt over bijzondere mechanismen, waarvan het instellen strafrechtelijk strafbaar is, bij een onderneming onder haar toezicht met betrekking tot het verbod om een bijzonder mechanisme in te stellen.

Bijlage:

- [FSMA 2022 11-01: Document Bijzondere mechanismen](#)

¹⁰ Deze circulaire vervangt circulaire D4 97/4 aan de beleggingsondernemingen. De NBB heeft een soortgelijke circulaire gepubliceerd voor de financiële instellingen onder haar prudentieel toezicht: circulaire NBB_2021_16 van 6 juli 2021 betreffende de bijzondere mechanismen.

¹¹ De wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding stelt het met opzet instellen van een bijzonder mechanisme voortaan strafrechtelijk strafbaar. Het materieel element van deze strafrechtelijke strafbaarstelling is dus het instellen van een bijzonder mechanisme. Het gaat hier om een welbekend begrip in het financieel recht, waarvan de constitutieve bestanddelen ongewijzigd zijn gebleven. Daarnaast is er het vereiste dat er een moreel element aanwezig moet zijn, nl. een algemeen opzet. Vermits het om een algemeen opzet gaat, vereist het moreel element twee essentiële componenten, nl. de effectieve kennis (“*sciens*”) en de wil om de inbreuk te plegen (“*volens*”). De dader weet zo dat zijn handelswijze strafrechtelijk strafbaar is, maar gedraagt zich bewust toch op die wijze. In essentie betekent dit dat de dader opzettelijk een bijzonder mechanisme instelt, wetende dat dit strafrechtelijk strafbaar is. Het begrip “algemeen opzet” omvat zowel positieve handelingen als schuldig verzuim. Voor verdere precisering hierover, zie de memorie van toelichting bij de wet van 2 juni 2021 houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding (Parl. St., Kamer, 2020-2021, doc 55, 1900/001, p. 12 en volgende).