
FSMA_2022_11 du 11/04/2022

Circulaire relative aux mécanismes particuliers

Champ d'application:

La présente circulaire s'adresse aux entités suivantes :

- les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement de droit belge,
- les sociétés d'investissement de droit belge,
- les sociétés de gestion d'organismes de placement collectif de droit belge,
- les gestionnaires agréés d'organismes de placement collectifs alternatifs de droit belge, en ce compris les gestionnaires de petite taille gérant des organismes de placement collectif alternatifs publics,
- les sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un Etat tiers, ayant établi une succursale en Belgique,
- les gestionnaires d'OPCA établis dans un pays tiers pour lesquels la Belgique n'est pas l'Etat membre de référence et qui gèrent des OPCA de droit belge et/ou commercialisent des OPCA de l'Union ou de pays tiers en Belgique, ayant établi une succursale en Belgique (dénommés ci-après dans la présente circulaire et dans son annexe « succursales établies en Belgique de gestionnaires d'OPCA de pays tiers »).

Ces entreprises sont dénommées ci-après, dans la présente circulaire et dans son annexe, les « entreprises réglementées ».

Résumé/Objectifs:

Le principe d'interdiction, pour les entreprises réglementées visées dans le champ d'application de la présente circulaire, de mettre en place un mécanisme particulier ayant pour but ou pour effet de rendre possible ou de favoriser la fraude fiscale par des tiers est désormais formellement consacré. Cette interdiction a été explicitée dans les différentes lois de contrôle applicables à ces entreprises réglementées par la loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude. La question de savoir si ce qui a été mis en place par l'entreprise concernée est un « mécanisme particulier », auquel cas la FSMA peut fixer un délai pour y remédier et peut prendre des mesures de redressement, doit être tranchée au cas par cas et sur la base d'un examen a posteriori. Néanmoins, il a toujours été jugé souhaitable que les dispositions légales soient précisées à la lumière d'un certain nombre d'opérations-types. La présente circulaire fournit des précisions sur l'interdiction de mettre en place des mécanismes particuliers. Le document joint en annexe contient une liste actualisée et non exhaustive des pratiques considérées comme des mécanismes particuliers interdits.

Structure:

1. Principe légal d'interdiction de la mise en place d'un mécanisme particulier
2. Notion de mécanisme particulier
3. Compétences de la FSMA
4. Actualisation de la liste de pratiques considérées comme des mécanismes particuliers
5. Sanctions pénales et dénonciation aux autorités judiciaires

1. Principe légal d'interdiction de la mise en place d'un mécanisme particulier

En vertu des lois de contrôle qui leur sont applicables¹, il est interdit aux sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, aux sociétés d'investissement, aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, ainsi qu'aux gestionnaires d'organismes de placement collectifs alternatifs de mettre en place un mécanisme particulier.

Cette interdiction de mettre en place un mécanisme particulier a été insérée dans les lois de contrôle par la loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude². Elle s'applique aux entreprises réglementées précitées de droit belge, ainsi qu'aux sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement relevant du droit d'un Etat tiers, ayant établi une succursale en Belgique et aux succursales établies en Belgique de gestionnaires d'OPCA de pays tiers.

2. Notion de mécanisme particulier

La notion de « mécanisme particulier est désormais³ légalement définie⁴.

¹ Articles 41/1 et 201/1 de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances, article 33/1 de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires, et article 25, §1^{er}/1 de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement.

² Pour une explication détaillée des dispositions de la loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude et de leurs conditions d'application, cf. l'exposé des motifs de cette loi (Documents parlementaires, Chambre, 2020-2021, doc 55, 1900/001, p. 4 et suivantes).

³ Il s'agit d'une notion connue de longue date en droit financier. La notion de « mécanisme particulier » a été insérée par la loi du 30 juin 1975 dans le statut des banques, des caisses d'épargne privées et de certains autres intermédiaires financiers. Comme indiqué dans le rapport annuel 1974-1975 de la Commission bancaire, la notion de mécanisme particulier vise « *des procédés systématiques impliquant une répétition d'opérations réalisées dans des conditions étrangères à la pratique bancaire normale et effectuées dans le but de faciliter la fraude fiscale par des tiers, essentiellement la clientèle* ».

⁴ Article 46, alinéa 3 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, article 25, §1^{er}/1 de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, articles 41/1 et 201/1 de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances et article 33/1 de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires

Par « mécanisme particulier », il y a lieu d'entendre un procédé qui répond aux quatre conditions cumulatives suivantes :

- 1° il a pour but ou pour effet de rendre possible ou de favoriser la fraude fiscale par des tiers ;
- 2° son initiative procède de l'entreprise réglementée elle-même ou implique de toute évidence la coopération active de l'entreprise ou encore procède d'une négligence manifeste de cette dernière ;
- 3° il implique une série de comportements ou d'omissions ;
- 4° il présente un caractère particulier, c'est-à-dire que l'entreprise réglementée sait ou devrait savoir que le mécanisme s'écarte des normes et des pratiques normales en matière d'opérations bancaires, d'assurance et financières.

3. Compétences de la FSMA

La FSMA est l'autorité compétente pour veiller au respect de l'interdiction précitée de mise en place de mécanismes particuliers par les entreprises réglementées visées dans le champ d'application de la présente circulaire.

Cette compétence ne remet pas en cause le principe, consacré à l'article 46, alinéa 1^{er} de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, selon lequel la FSMA ne connaît pas de questions d'ordre fiscal. Il s'ensuit que, conformément au principe général de la spécialité des fonctions et des autorités qui prévaut en droit administratif, il n'appartient pas à la FSMA, créée pour veiller au bon fonctionnement des services et marchés financiers ainsi qu'à la protection des consommateurs, de se substituer aux administrations fiscales compétentes pour ce qui relève de l'établissement et de la perception de l'impôt. Le principe d'interdiction de mise en place de mécanismes particuliers relève du statut administratif des entreprises réglementées concernées. Ce principe vise à empêcher que ces dernières posent des actes qui rendent possible ou favorisent la fraude fiscale par des clients et qui ne se justifient pas dans le cadre de l'exercice normal et correct de leurs opérations ou services. Ces actes peuvent porter atteinte à la situation financière et à la réputation de l'entreprise en question, de sorte que les dispositions se justifient sous l'angle prudentiel.

Les personnes chargées de la direction effective des entreprises réglementées, le cas échéant le comité de direction, élaborent une politique de prévention dans le domaine fiscal, dont ils assurent la mise en œuvre et l'application. La politique de prévention détermine les objectifs de l'entreprise réglementée, et recense et analyse les risques que l'entreprise encourt dans ce domaine. La responsabilité de la surveillance de l'application effective de la politique de prévention de l'entreprise incombe à la fonction de compliance.

En vertu de leur fonction générale de surveillance, il appartient également aux réviseurs agréés⁵ par la FSMA de s'assurer du respect des dispositions légales et du fonctionnement correct de l'entreprise réglementée auprès de laquelle ils exercent leur fonction. Plus spécifiquement, conformément à leur

⁵ Ceci ne s'applique pas aux sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement auxquelles la loi n'impose pas la désignation de tels réviseurs agréés.

fonction de signal, les réviseurs agréés sont tenus de faire d'initiative rapport à la FSMA dès qu'ils constatent des décisions ou des faits qui peuvent constituer des violations des lois de contrôle sectorielles.

Il est désormais légalement précisé que tous les réviseurs agréés qui exercent des missions confiées par la FSMA auprès d'une entreprise réglementée relevant du champ d'application de la présente circulaire sont tenus d'opérer une dénonciation à cette dernière lorsque, dans l'exercice de leurs missions, ils disposent d'éléments concrets de mécanismes particuliers prohibés par la réglementation financière⁶.

Sans préjudice de ce qui précède, il est également prévu que les réviseurs agréés sont tenus de transmettre chaque année à la FSMA une déclaration précisant s'ils ont (ou non) constaté des indices de mécanismes particuliers prohibés.⁷

De son côté, la FSMA peut imposer des mesures coercitives si elle a connaissance d'un mécanisme particulier tel que décrit ci-dessus. Dans ce cas, elle impose un délai dans lequel il doit être mis un terme aux pratiques en question. Si l'entreprise en question n'obtempère pas, la FSMA peut prendre des mesures de redressement exceptionnelles, telles que désigner un commissaire spécial, enjoindre le remplacement des membres de l'organe d'administration, suspendre l'exercice de tout ou partie de l'activité de l'entreprise ou interdire cet exercice, et révoquer l'agrément. La FSMA peut également imposer des amendes administratives à cet égard.

4. Actualisation de la liste de pratiques considérées comme des mécanismes particuliers

La question de savoir si ce qui a été mis en place par une entreprise réglementée est un « mécanisme particulier » doit être tranchée au cas par cas et sur la base d'un examen a posteriori. Néanmoins, il a toujours été jugé souhaitable que les dispositions légales soient précisées à la lumière d'un certain nombre d'opérations-types⁸.

Afin d'examiner quelles suites appropriées pourraient être données aux recommandations de la commission d'enquête parlementaire « Optima » et de la commission spéciale « Fraude fiscale internationale/Panama Papers », un groupe de travail mixte composé de représentants du cabinet du ministre des Finances, de l'Inspection spéciale des impôts, de la BNB et de la FSMA a été mis en place en 2018⁹. L'une des recommandations de la commission « Fraude fiscale internationale/Panama

⁶ Article 76, alinéa 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

⁷ Articles 106, §1^{er}, 5° et 247, §1^{er}, 5° de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la Directive 2009/65/CE et aux organismes de placement en créances et article 357, §1^{er}, 6° de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires.

⁸ Par la voie de deux circulaires, datées respectivement du 2 février 1976 et du 25 janvier 1977, la Commission bancaire de l'époque a transmis aux banques une liste de pratiques à considérer comme des « mécanismes particuliers ». Ces deux documents ont été mis à jour et remplacés par les circulaires du 18 décembre 1997 de l'ancienne Commission bancaire et financière (CBF) D1 97/9 aux établissements de crédit et D4 97/4 aux entreprises d'investissement.

⁹ Les travaux liés au Document sur les mécanismes particuliers ont été finalisés après l'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude afin que cette loi puisse également être prise en compte.

Papers » concernait la mise à jour des circulaires existantes et de la communication relative aux mécanismes particuliers (recommandation 4).

C'est pour cette raison que, conformément à l'avis du groupe de travail mixte précité, une nouvelle liste de pratiques considérées comme des mécanismes particuliers interdits a été établie¹⁰. À cet égard, il a été examiné quels mécanismes pouvaient être supprimés des listes existantes, quels mécanismes devaient éventuellement être reformulés et lesquels devaient être ajoutés. Les références légistiques ont également été adaptées.

Le texte en annexe constitue, comme les documents existants précédemment, une liste des opérations-types considérées comme des mécanismes particuliers administratifs/prudentiels. Il s'agit d'une liste non exhaustive. En d'autres termes, le principe d'interdiction précité s'applique intégralement à tout autre mécanisme particulier au sens susvisé qui serait mis en place par les entreprises réglementées visées dans le champ d'application de la présente circulaire.

5. Sanctions pénales et dénonciation aux autorités judiciaires

Enfin, il convient de noter que les lois de contrôle prévoient désormais également des sanctions pénales pour toute personne qui met en place intentionnellement un mécanisme particulier¹¹.

En ce qui concerne les sanctions pénales, il appartient au parquet, maître des poursuites, d'apprécier s'il y a (ou non) lieu d'ouvrir une enquête judiciaire qui, le cas échéant, si tous les éléments constitutifs de l'infraction pénale sont réunis, débouchera sur une inculpation et une sanction pénale (qui sera prononcée par le juge pénal).

Conformément à l'article 46, alinéa 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, tel que modifié par la loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude, la FSMA est tenue de procéder à une dénonciation aux autorités judiciaires si elle dispose d'éléments concrets concernant des mécanismes particuliers, dont la mise en place est passible de sanctions pénales, dans une entreprise soumise à son contrôle en ce qui concerne l'interdiction de mise en place d'un mécanisme particulier.

¹⁰ La présente circulaire remplace la circulaire D4 97/4 aux entreprises d'investissement. Une circulaire similaire a été publiée par la BNB pour les établissements financiers soumis à son contrôle prudentiel : Circulaire NBB_2021_16 du 6 juillet 2021 relative aux mécanismes particuliers.

¹¹ La loi du 2 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude fait désormais de la mise en place intentionnelle d'un mécanisme particulier une infraction pénale. L'élément matériel de cette incrimination pénale consiste donc en la mise en place d'un mécanisme particulier. Il s'agit là d'une notion bien connue en droit financier, dont les éléments constitutifs sont demeurés inchangés. À cela s'ajoute l'exigence de l'existence d'un élément moral, à savoir un dol général. S'agissant d'un dol général, l'élément moral requiert deux éléments fondamentaux, à savoir la connaissance effective (sciens) et la volonté de commettre l'infraction (volens). Ainsi, l'auteur sait que son comportement est pénalement punissable, mais il adopte délibérément ce comportement. En substance, cela signifie que l'auteur met en place intentionnellement un mécanisme particulier, tout en sachant que cela est pénalement punissable. La notion de « dol général » inclut tant des actes positifs que des négligences coupables. Pour plus de précisions à ce sujet, cf. l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2021 portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude (Documents parlementaires, Chambre, 2020-2021, doc 55, 1900/001, p. 12 et suivantes).

Annexe :

- [FSMA_2022_11-01: Document Mécanismes particuliers](#)