
FSMA_2022_12 dd. 11/04/2022

Circulaire over het voorkomingsbeleid inzake bijzonder mechanismen

Toepassingsveld:

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/Doelstelling:

Het vertrouwen van het publiek in de financiële instellingen is de hoeksteen voor de goede werking van de financiële sector. Dat vertrouwen berust op de goede reputatie van die instellingen. Bijgevolg is de beheersing van het reputatierisico een essentieel onderdeel van een gezond en voorzichtig beleid bij de financiële instellingen.

De aspecten in verband met de integriteit van de activiteiten van de financiële sector zijn een prominent onderdeel van het prudentieel toezicht op een voorzichtige en gezonde bedrijfsuitoefening door de financiële instellingen.

Al vele jaren is het fiscale gedrag zonder twijfel een belangrijk aspect van die integriteit geworden. De sector moet op fiscaal vlak dus een gericht voorkomingsbeleid voeren conform het bepaalde bij de verschillende sectorale wetten. Deze circulaire herhaalt de grondbeginselen van het fiscaal voorkomingsbeleid. Zij vervangt met onmiddellijke ingang circulaire D4/EB/5 van 18 december 1997 aan de beleggingsondernemingen.

In het kader van deze circulaire verwacht de FSMA van de gereguleerde ondernemingen dat zij hun fiscaal voorkomingsbeleid kritisch onderzoeken en, in voorkomend geval, aanpassen en actualiseren.

Structuur:

De verschillende toezichtswetten die op de gereguleerde ondernemingen van toepassing zijn¹, vereisen dat deze beschikken over een passende beleidsstructuur, een passende administratieve en boekhoudkundige organisatie en passende internecontroleprocedures die aan hun activiteiten zijn aangepast. De FSMA is in dat verband van oordeel dat elke gereguleerde onderneming een voorkomingsbeleid moet voeren dat op de beheersing van haar reputatie is gericht door, onder meer op fiscaal vlak, blijf te geven van onberispelijk gedrag.

Zo is het elke gereguleerde onderneming in het bijzonder verboden bijzondere mechanismen in te stellen die als doel of gevolg hebben fiscale fraude door derden mogelijk te maken of te bevorderen².

De doelstellingen en de verschillende actiepunten van het fiscaal voorkomingsbeleid worden hieronder toegelicht. Zoals in elk activiteitsdomein moeten de gereguleerde ondernemingen natuurlijk zelf de inhoud van het voorkomingsbeleid definiëren.

1. Doelstellingen van het voorkomingsbeleid

Het is de gereguleerde ondernemingen niet toegestaan om rechtstreeks of onrechtstreeks samen te werken met cliënten die een beroep op hen doen om zich aan hun fiscale verplichtingen te onttrekken. In het kader van de goede werking van de financiële sector, moet elke gereguleerde onderneming erop toezien haar reputatie en het vertrouwen dat het publiek in haar stelt, te handhaven. De onderneming kan deze doelstelling realiseren door blijf te geven van onberispelijk gedrag op fiscaal vlak.

¹ Artikelen 25 en 84, § 2, 3°, 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 en 201 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 artikelen 26 en 140, § 1, van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders.

² 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.

In dat opzicht is het de gereguleerde ondernemingen, krachtens de verschillende toezichtswetten, verboden om bijzondere mechanismen in te stellen. Het begrip “bijzonder mechanisme” wordt thans in die verschillende toezichtswetten gedefinieerd³. De FSMA heeft daarnaast ook een circulaire gepubliceerd met daarin een lijst van praktijken die als “bijzondere mechanismen” worden beschouwd (zie de bijlage bij circulaire [FSMA 2022_11](#) over bijzondere mechanismen). Noteer in dat verband dat de opsomming van de typeverrichtingen in dat document niet limitatief is.

Deze bijzondere mechanismen vallen niet onder het fiscaal recht, maar situeren zich op het vlak van het goede beheer van de gereguleerde ondernemingen. Bijgevolg vallen zij onder de prudentiële toezichtsbevoegdheden van de FSMA ten aanzien van de gereguleerde ondernemingen waarop deze circulaire van toepassing is.

Onverminderd de mogelijke strafrechtelijke dimensie ervan en buiten de impact ervan op de reputatie van de gereguleerde onderneming, kan het instellen van bijzondere mechanismen een aanzienlijke patrimoniale weerslag hebben die haar solvabiliteit en liquiditeit kan aantasten en zelfs haar leefbaarheid in het gedrang kan brengen.

Volledigheidshalve wordt nog vermeld dat de aldus gedefinieerde doelstellingen geen afbreuk doen aan de toepassing 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. Deze wet is met name van toepassing op het witwassen van geld en van andere activa die voortkomen uit een misdrijf in verband met ernstige en al dan niet georganiseerde fiscale fraude.

2. Uitwerking van een voorkomingsbeleid en risico-identificatie

Het komt de personen belast met de effectieve leiding van de gereguleerde ondernemingen, in voorkomend geval het directiecomité, toe een fiscaal voorkomingsbeleid uit te werken, dat geregeld te actualiseren, en de tenuitvoerlegging en toepassing ervan te garanderen. De compliancefunctie is verantwoordelijk voor het toezicht op de effectieve toepassing van het voorkomingsbeleid van de onderneming.

Het voorkomingsbeleid bepaalt de doelstellingen van de gereguleerde onderneming, en identificeert en analyseert de risico's die zij op dat vlak loopt.

De onderneming moet daartoe een fiscaal voorkomingsbeleid uitwerken na een grondige analyse, vanuit fiscaal oogpunt, van al haar activiteiten.

³ 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.

Daarbij moet vooral bijzondere aandacht worden besteed aan de verrichtingen die de onderneming met andere verwante vennootschappen uitvoert. Verder moet rekening worden gehouden met het bestaan van specifieke risico's wanneer de onderneming een beroep doet op de diensten van tussenpersonen (agenten of makelaars) die voor haar rekening handelen.

Zo nodig, moet het voorkomingsbeleid ook aandacht besteden aan de risico's die de directieleden van de gereguleerde onderneming lopen wanneer zij bestuursopdrachten vervullen als vertegenwoordigers van de onderneming bij dochterondernemingen of bij andere ondernemingen waarmee een operationele samenwerking of overeenkomst bestaat.

Bovendien moet dit voorkomingsbeleid coherent en consequent zijn op het niveau van de onderneming en zelfs van de groep als zij deel uitmaakt van zo'n structuur.

3. Sensibilisering van het personeel en uitwerking van instructies voor het personeel

Het voorkomingsbeleid wordt in duidelijke, volledige en gecoördineerde instructies vertaald voor de betrokken leiders en medewerkers. Als de onderneming activiteiten heeft uitbesteed waarop die instructies van toepassing zijn, ziet zij erop toe dat die instructies effectief worden nageleefd voor die activiteiten, en dat zij ter zake een controle kan uitoefenen.

De instructies betreffen de houding die elke leider, werknemer of medewerker van de gereguleerde onderneming (inclusief, in voorkomend geval, iedere persoon die mogelijk als lasthebber van de onderneming optreedt, onder wie de agenten en de makelaars) aanneemt ten aanzien van verrichtingen die het imago of de financiële toestand van de onderneming of het imago van de Belgische financiële sector zouden kunnen schaden. Deze houding kan de vorm aannemen van een verbintenis om af te zien van de verrichting, om de effectieve leiders of het bestuursorgaan over de verrichting te laten beslissen, of om de kenmerking van de verrichting integraal en formeel te documenteren.

De aard en de eigenlijke inhoud van de instructies voor de medewerkers moeten aan de activiteiten van de onderneming en de complexiteit van haar organisatie zijn aangepast. In voorkomend geval, besteden zij de nodige aandacht aan specifieke activiteiten zoals vermogensbeheer, beleggingsadvies, diensten van juridisch en fiscaal advies door medewerkers die rechtstreeks in contact staan met de cliënten, en alle andere diensten die de personen belast met de effectieve leiding, in voorkomend geval het directiecomité, als risicovol beschouwen in het kader van het voorkomingsbeleid en daarom proberen te vermijden.

De instructies besteden ook aandacht aan de relaties met cliënten en overheden. Zo bevatten zij een afdoende begrenzing met betrekking tot de mogelijkheid voor derden om volmachten te verlenen aan personeelsleden. Bovendien moeten zij duidelijk stellen dat de informatie over tegoeden en verrichtingen die de onderneming aan de fiscale besturen moet meedelen over haar cliënten, correct en volledig is.

4. Tenuitvoerlegging en follow-up

In het kader van de tenuitvoerlegging van een passende interne controle, moeten voornoemde instructies worden omgezet in procedures, die ook binnen de onderneming worden verspreid.

De personen belast met de effectieve leiding van gereguleerde ondernemingen, in voorkomend geval het directiecomité, nemen passende maatregelen, zoals de sensibilisering van het personeel en de permanente vorming, om de werknemers, medewerkers en lasthebbers van de onderneming vertrouwd te maken met het voorkomingsbeleid, de uitgewerkte procedures, de wettelijke bepalingen ter zake, en de verschillende types “bijzondere mechanismen”. De aandacht van de medewerkers moet met name worden gevestigd op het feit dat de medewerking aan een “bijzonder mechanisme” zware sancties tot gevolg kan hebben, tot ontslag toe.

Tot slot zal de interne audit van de gereguleerde ondernemingen er periodiek op toezien dat voornoemde instructies correct worden toegepast, en dat de door de ondernemingen opgelegde regels inzake integriteit en deontologie worden nageleefd.