



Verlag van het directiecomité 2009 - 2010



VERSLAG VAN HET DIRECTIECOMITÉ 2009-2010

Overeenkomstig artikel 48, § 1, 4^o, van de wet van 2 augustus 2002 wordt het jaarverslag van de Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen opgesteld door het directiecomité van de CBFA en goedgekeurd door de raad van toezicht. Krachtens die wetsbepaling oefent de raad "algemeen toezicht uit op de werking van de CBFA". In het kader van zijn opdracht neemt de raad geen kennis van individuele toezichtsdossiers.

Onderhavig verslag is door het directiecomité opgesteld en weerspiegelt, naast de wetgevende en reglementaire wijzigingen, de activiteiten van het directiecomité en de beslissingen die het in individuele gevallen heeft genomen tijdens het verslagjaar. Tenzij anders vermeld, loopt het verslag over de periode van 1 januari 2009 tot 31 december 2010.

Dit verslag mag als volgt geciteerd worden : "CBFA Verslag DC 2009-2010".



INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1

PRUDENTIËLE MATERIES

10

1.1. PRUDENTIEEL BELEID

11

1.1.1. Evolutie in de internationale reglementering en de internationale samenwerking

11

1.1.1.1. Europese Unie

11

De Solvency II-richtlijn

11

Richtlijnen CRD II en III: samenwerking en informatie-uitwisseling, nieuwe eigenvermogensvereisten en beloningsbeleid

12

Richtlijn tot wijziging van de regelgeving inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft

15

Nieuwe richtlijn over de instellingen voor elektronisch geld

15

Europese verordening inzake ratingbureaus

16

1.1.2. Evolutie in de nationale reglementering

18

1.1.2.1. Gemeenschappelijke aspecten

18

Nieuwe wetgeving met verscherpte herstelmaatregelen in geval van crisis

18

Nieuwe regeling voor het beroepsverbod

20

Wet van 31 juli 2009 over de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector

20

Nieuw wettelijk kader met betrekking tot de voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme

22

Circulaires over de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen

24

Circulaire inzake behoorlijk beloningsbeleid

25

Afwijkingsbeleid inzake auditcomités

27

Financiële diensten via het internet: prudentiële vereisten

28

Vragenlijsten over professionele betrouwbaarheid en passende ervaring van niet-uitvoerende bestuurders en effectieve leiders

28

Circulaires "eCorporate" over de elektronische overdracht van gegevens aan de CBFA

28

1.1.2.2. Sectorale aspecten

29

1.1.2.2.1. Kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging

29

Omzetting van de nieuwe Europese bepalingen inzake depositogarantiestelsels

29

Koninklijk besluit van 9 oktober 2009 over het openbaar karakter van de werving van terugbetaalbare gelden

30

Koninklijk besluit van 26 april 2009 betreffende de buitenlandse beheervenootschappen van ICB's

30

Wijzigingen van het eigenvermogensreglement

31

Circulaire over het beheer van het liquiditeitsrisico

32

Circulaire over het concentratierisico

33

Mededeling aan de beleggingsondernemingen en kredietinstellingen naar Belgisch recht over het verrichten van bank- en/of beleggingsdiensten op grensoverschrijdende basis

34

Wijzigingen in de rapporteringsregels : nieuwe besluiten en nieuwe circulaires van de CBFA

34

1.1.2.2.2. Verzekeringsondernemingen en herverzekeringsondernemingen

35

Wijziging van de wetgeving voor de aanvullende ziekteverzekeringen van de ziekenfondsen

35

Koninklijk besluit tot uitvoering van de controlewet herverzekeringbedrijf

36

Koninklijk besluit op de geconsolideerde jaarrekening van de verzekeringsondernemingen en de herverzekeringsondernemingen

37

Wijzigingen in de regeling met betrekking tot de actuariële functie

37

Verlaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het internecontrolesysteem en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering

38

Circulaire over het aanvullend toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in een verzekerings- en herverzekeringsgroep	38
Mededeling over de waardering van activa verhandeld op inactieve markten	39
Circulaire over effectenleningen en cessies-retrocessies van effecten	39
Circulaire over de kwartaalrapportering over de financiële staten en de solvabiliteitsmarge	40
1.1.2.2.3. Instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening	40
Wijzigingen in de wet betreffende het toezicht op de IBP's	40
Koninklijk besluit betreffende de openbaarmaking van de jaarrekening	41
Circulaire over de mededeling van de jaarrekening, statistieken en erbij te voegen documenten voor het boekjaar eindigend in 2009	41
Circulaire eCorporate over de elektronische overlegging van gegevens aan de CBFA	42
Circulaire over de kennisgeving van een grensoverschrijdende activiteit	42
Verplichting om invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidstoezeggingen te externaliseren	42
Mededeling over de financiële toestand van de IBP's op 31 december 2009	44
1.1.2.2.4. Betalingsinstellingen	44
Nieuwe wetgeving over de betalingsinstellingen	44
Uitbreiding van het toepassingsgebied van de witwaswet tot de betalingsinstellingen	46
Reglement van de CBFA inzake het eigen vermogen van de betalingsinstellingen	46
Circulaire over het schema van periodieke rapportering door de betalingsinstellingen	46
1.1.2.2.5. Andere ondernemingen	46
Koninklijk besluit van 18 mei 2009 tot opheffing van het statuut van de derivatenspecialisten	46
Vereffeningsinstellingen en daarmee gelijkgestelde instellingen: verplichting om een auditcomité op te richten	47
Circulaires rapporteringsverplichtingen borgstellingsmaatschappijen en instellingen van openbaar nut voor gemeenschappelijk vervoer	48
1.2. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP KREDIETINSTELLINGEN, BELEGGINGSONDERNEMINGEN EN BEHEERVENNOOTSCHAPPEN VAN INSTELLINGEN VOOR COLLECTIEVE BELEGGING	48
1.2.1. Gemeenschappelijke aspecten	48
Erkenning van revisoren voor de financiële ondernemingen en ICB's	48
1.2.2. Sectorale aspecten	48
1.2.2.1. Kredietinstellingen	48
Versterking van de internationale samenwerking: colleges van EER-toezichthouders en afsluiten van model-MoU's	48
Begrip "onafhankelijk bestuurder"	49
Verzoek om een afwijking van de verplichting om een onafhankelijk bestuurder te benoemen	50
Beoordeling of het geconsolideerd toezicht in een derde land gelijkwaardig is met het toezicht op geconsolideerde basis als bedoeld in het koninklijk besluit van 12 augustus 1994	50
Caisse d'Investissement de Wallonie – Toetsing aan de kwalificatie van kredietinstelling	50
Uitgifte van elektronische maaltijdcheques – Uitsluiting uit het toepassingsgebied van de reglementering inzake de uitgifte van elektronisch geld	52
1.2.2.2. Beleggingsondernemingen en beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging	53
Uitbesteding van beheerstaken door een beheervennootschap voor ICB's: beoordeling door de CBFA	53
Cumulatie van de functies van effectief leider en vertegenwoordiger van een rechtspersoon die niet-uitvoerend bestuurder is	53
1.3. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP DE VERZEKERINGSONDERNEMINGEN	54
1.3.1. Verzekeringsondernemingen	54
Winstdeling en toekenning van een tijdelijke gewaarborgde rentevoet	54
Beheer van collectieve pensioenfondsen in tak 21	54

1.4. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP DE INSTELLINGEN VOOR BEDRIJFSPENSIOENVOORZIENING	56
Memorandum voor het verkrijgen van een toelating door een IBP naar Belgisch recht	56
Inaanmerkingneming van de indexering door IBP's in het kader van het wettelijk pensioen	56
Weigering van voorafgaande instemming met de aanstelling van een erkend commissaris bij een IBP	56

HOOFDSTUK 2

TOEZICHT OP DE TUSSENPERSONEN **58**

2.1. GEMEENSCHAPPELIJKE ASPECTEN	59
Wijzigingen in de wetten op de bemiddeling	59
Geldende vereisten voor de effectieve leiders van rechtspersonen die de hoedanigheid van tussenpersoon aanvragen	59
2.2. VERZEKERINGSTUSSENPERSONEN	60
2.2.1. Evolutie in de nationale reglementering	60
Wijziging van de wetgeving inzake de aanvullende ziekteverzekeringen van de ziekenfondsen: implicaties voor de wet van 27 maart 1995	60
Afschaffing van de verplichte borgstelling of bankgarantie voor verzekeringstussenpersonen	60
Mededeling over de klantenaanbrengers	61
Bijscholing van de verzekeringssubagenten	62
2.2.2. Toezicht in de praktijk	62
Schorsing en schrapping van de inschrijving van Kobelco Groep nv in het register van de verzekeringstussenpersonen	62

HOOFDSTUK 3

TOEZICHT OP DE FINANCIËLE INFORMATIE EN MARKTEN **64**

3.1. TOEZICHT OP DE FINANCIËLE VERRICHTINGEN	65
3.1.1. Evolutie in de nationale en internationale reglementering	65
Opheffing van het koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen	65
Mededeling over de openbare aanbidding van obligaties en de toelating van obligaties tot de verhandeling op een gereguleerde markt en over de invoering van een versnelde procedure voor de goedkeuring van het prospectus	65
Mededeling van de CBFA over het verloop van openbare aanbiedingen van corporate obligaties	66
3.1.2. Toezicht in de praktijk	67
3.1.2.1. Openbare aanbiedingen van financiële instrumenten	67
Financiering van projecten via kleine stortingen door het brede publiek ("Crowdfunding")	67
Goedkeuring van een prospectus voor de openbare aanbidding van CFD's	67
Openbare aanbidding door Argen-Co CVBA – Emittent zonder historische financiële informatie	68
3.1.2.2. Openbare overnameaanbiedingen	69
Artikel 74 van de overnamewet – Jaarlijkse actualisaties van de initiële aanmeldingen	69
Verplicht openbaar overnamebod op International Brachytherapy – feitelijke controle – handelen in onderling overleg	70
Afwijking op de biedplicht voor verwervingen in het kader van inschrijvingen op een kapitaalverhoging met voorkeurrecht waartoe de algemene vergadering heeft beslist	72
De eventuele kwalificatie als onderling overleg van inbrengverbintenissen bij overnameaanbiedingen	73
Uitoefening van warrants onder de opschortende voorwaarde van het welslagen van een openbaar overnamebod	74

Verzoek tot vrijstelling van naleving van de 90 % voorwaarde opgenomen in artikel 42 van het overnamebesluit	75
De definitie van houdsteronderneming	76
Voorstellen van kredietinstellingen aan hun cliënten die financiële instrumenten hebben gekocht die naderhand, ingevolge de financiële crisis, sterk in waarde zijn gedaald	77
3.2. TOEZICHT OP DE FINANCIËLE INFORMATIE	78
3.2.1. Evolutie in de nationale en internationale reglementering	78
Nieuwe wetgeving over deugdelijk bestuur bij genoteerde vennootschappen	78
Nieuwe wetgeving over de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van beursgenoteerde vennootschappen	79
Officieel mechanisme voor de opslag van gereguleerde informatie : aanwijzing van de CBFA	82
Koninklijk besluit van 26 april 2009 over de inkoop van eigen aandelen en circulaire van de CBFA	83
3.2.2. Toezicht in de praktijk	84
Impact van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen op de verplichtingen van de emittenten inzake voorkennis	84
Politiek inzake schorsing van de notering bij de versnelde plaatsing van aandelen en converteerbare obligaties	85
Inkoop van eigen aandelen : interpretatie van het begrip "gereguleerde markt"	86
Invoering van beslissingen van de CBFA aangaande de toepassing van de IFRS's in de database van CESR	87
Naamloze vennootschap Papeteries Catala – overstap van de gereguleerde markt Euronext naar de MTF Alternext	89
3.3. TOEZICHT OP DE MARKTONDERNEMINGEN	90
3.3.1. Internationale ontwikkelingen	90
Herziening van het MoU betreffende het gecoördineerde toezicht op Euronext NV en de gereguleerde markten van de Euronext Groep	90
3.3.2. Toezicht in de praktijk	90
Harmonisatie van de marktregels en rapporteringsfaciliteiten van toepassing op de derivatenmarkten Euronext Amsterdam en Euronext Brussels	90
3.4. TOEZICHT OP DE MARKTEN	91
3.4.1. Toezicht in de praktijk	91
Richtsnoeren marktmanipulatie voor de leden van Euronext	91
3.5. BETEUGELING VAN MARKTMISBRUIK	92
3.5.1. Toezicht in de praktijk	92
Meldplicht transacties van bedrijfsleiders: begrip nauw gelieerde rechtspersonen	92
Arresten van het Europees Hof van Justitie en het Hof van Beroep in een zaak van handel met voorkennis	92
3.6. TOEZICHT OP DE INSTELLINGEN VOOR COLLECTIEVE BELEGGING	95
3.6.1. Internationale ontwikkelingen	95
Richtlijnen en verordening tot uitvoering van UCITS IV en de desbetreffende CESR-guidelines	95
Richtlijn betreffende de beheerders van alternatieve beleggingsfondsen	97
3.6.2. Evolutie in de nationale reglementering	98
Koninklijk besluit met betrekking tot vastgoedbevaks	98
Circulaire betreffende de verslaggeving inzake de beoordeling van het intern controlesysteem en de verklaring aangaande de periodieke verslagen en statistieken	99
Circulaire over de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen	100

3.6.3. Toezicht in de praktijk	101
Inventaris van prospectuswijzigingen die geen voorafgaande goedkeuring van de CBFA vereisen	101
Voorwaarden om uitsluitend via internet de netto-inventariswaarde te publiceren	101
Compartiment met vaste looptijd: toetsing van het begrip 'financiële index'	102
Kapitaalvermindering door een vastgoedbevak voor een verlies dat blijkt uit het halfjaarlijks financieel verslag	103
Buitenlandse bevek die geen ICBE is: aanpassing aan de ICB-wet	104
Lancering van subklassen van aandelen door een ICBE die resorteert onder het recht van een andere lidstaat	104
Afwijkingsbeleid inzake risicospreiding voor overheidseffecten	106
Lancering van een aandelenklasse met daaraan gekoppeld een mechanisme van automatische inkoop	106

HOOFDSTUK 4

AANVULLENDE PENSIOENEN **108**

4.1. EVOLUTIE IN DE NATIONALE REGLEMENTERING	109
Circulaire over het actueel financieringsniveau in het kader van de WAPZ	109
Mededeling over de jaarlijkse pensioenfiche	109
4.2. TOEZICHT IN DE PRAKTIJK	110
Externalisatie en onderfinanciering bij groepsverzekeringen	110
Pensioentoezegging binnen een "cafetaria"- loonpakket	110

HOOFDSTUK 5

BESCHERMING VAN DE CONSUMENTEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN, CONTROLE VAN VERZEKERINGSCONTRACTEN EN TOEZICHT OP HYPOTHECAIR KREDIET **112**

5.1. CONTROLE VAN DE VERZEKERINGSVOORWAARDEN	113
5.1.1. Evolutie in de nationale reglementering	113
Wijziging van de wettelijke regeling van de ziekteverzekeringsovereenkomsten	113
Circulaire over de rechtsbijstandsverzekering	114
5.2. BESCHERMING VAN DE CONSUMENTEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN TEGEN HET ONREGELMATIG AANBIEDEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN	115
Elektronische platformen voor het aanbieden van financiële diensten	115
Onwettige werving van terugbetaalbare gelden van het Belgische publiek door de groep Kobelco	116
Funeraire voorafregelingen	117

NOMENCLATUUR

Voor de leesbaarheid worden in het verslag van het directiecomité vereenvoudigde verwijzingen gebruikt, waarvan de volledige officiële benaming hieronder wordt weergegeven:

Commissie of CBFA	Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen
CBF	Commissie voor het Bank- en Financiewezen (vóór de fusie met de CDV)
CDV	Controledienst voor de Verzekeringen (vóór de fusie met de CBF)
Controlewet verzekeringen	Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen
Witwaswet	Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme
Bankwet	Wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen
Wet van 27 maart 1995	Wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen
Wet van 6 april 1995	Wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen
Wet van 2 augustus 2002	Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten
WAPZ	Titel II, Hoofdstuk 1, Afdeling 4 van de programmawet (I) van 24 december 2002 (wet op de aanvullende pensioenen voor zelfstandigen)
WAP	Wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid
ICB-wet	Wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles
Wet van 22 maart 2006	Wet van 22 maart 2006 betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten
Prospectuswet	Wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt
WIBP	Wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening
Overnamewet	Wet van 1 april 2007 op de openbare overnamebiedingen
Transparantiewet	Wet van 2 mei 2007 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in emittenten waarvan aandelen zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt en houdende diverse bepalingen
Controlewet herverzekeringsbedrijf	Wet van 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf
Algemeen reglement verzekeringen	Koninklijk besluit van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen
Reglement leven	Koninklijk besluit van 14 november 2003 betreffende de levensverzekeringsactiviteit
WAP-besluit	Koninklijk besluit van 14 november 2003 tot uitvoering van de wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid
ICB-besluit	Koninklijk besluit van 4 maart 2005 met betrekking tot bepaalde openbare instellingen voor collectieve belegging
Overnamebesluit	Koninklijk besluit van 27 april 2007 op de openbare overnamebiedingen
Koninklijk besluit van 14 november 2007	Koninklijk besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt
Transparantiebesluit	Koninklijk besluit van 14 februari 2008 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen
Reglement op het eigen vermogen	Besluit van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen van 17 oktober 2006 over het reglement op het eigen vermogen van de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen
ICBE-richtlijn	Richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)
Richtlijn marktmisbruik	Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie

IBP-richtlijn	Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening
Prospectusrichtlijn	Richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende het prospectus dat gepubliceerd moet worden wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel worden toegelaten en tot wijziging van richtlijn 2001/34/EG
MiFID-richtlijn	Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad
Gecoördineerde bankrichtlijn	Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking)
UCITS IV-richtlijn	Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's)
Prospectusverordening	Verordening (EG) Nr. 809/2004 van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van richtlijn 2003/71/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de in het prospectus te verstrekken informatie, de vormgeving van het prospectus, de opneming van informatie door middel van verwijzing, de publicatie van het prospectus en de verspreiding van advertenties betreft
Assuralia	Beroepsvereniging van verzekerings-ondernemingen
Bazelcomité	<i>Basel Committee on Banking Supervision</i>
CEBS	<i>Committee of European Banking Supervisors</i>
CEIOPS	<i>Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors</i>
CESR	<i>Committee of European Securities Regulators</i>
EBA	<i>European Banking Authority</i>
EER	Europese Economische Ruimte
EFRAG	<i>European Financial Reporting Advisory Group</i>
EIOPA	<i>European Insurance and Occupational Pensions Authority</i>
ESMA	<i>European Securities and Markets Authority</i>
FASB	<i>Financial Accounting Standards Board</i>
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
FEBELFIN	Belgische Federatie van het Financiewezen
FOD	Federale Overheidsdienst
IAASB	<i>International Auditing and Assurance Standards Board</i>
IAIS	<i>International Association of Insurance Supervisors</i>
IAS	<i>International Accounting Standards</i>
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i>
IBP	instelling voor bedrijfspensioenvoorziening
ICB	instelling voor collectieve belegging
ICBE	instelling voor collectieve belegging in effecten (die over een Europees paspoort beschikt)
IFRS	<i>International Financial Reporting Standards</i>
IOSCO	<i>International Organisation of Securities Commissions</i>
MoU	<i>Memorandum of Understanding</i> (samenwerkingsovereenkomst)
MTF	<i>Multilateral trading facility</i> of multilaterale handelsfaciliteit
NBB	Nationale Bank van België
OFP	organisme voor de financiering van pensioenen
W.Venn.	Wetboek van Vennootschappen



HOOFDSTUK 1

PRUDENTIËLE MATERIES

1.1. PRUDENTIEEL BELEID

1.1.1. Evolutie in de internationale reglementering en de internationale samenwerking

1.1.1.1. Europese Unie

De Solvency II-richtlijn

Op 25 november 2009 werd de Solvency II-richtlijn 2009/138/EG goedgekeurd¹.

Naast de invoering van een nieuw prudentieel kader voor het toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen, behelst de richtlijn ook een coördinatie van dertien bestaande richtlijnen in de verzekeringssector².

Het prudentieel toezicht in de Solvency II-richtlijn is, net als in Bazel II en de richtlijnen kapitaaleisen banken³, gebaseerd op drie grote pijlers:

- pijler I: de kwantitatieve vereisten;
- pijler II: de kwalitatieve vereisten en het toezicht;
- pijler III: de rapportering aan de toezichthouder en de openbaarmaking van informatie aan het publiek.

Bovendien wordt ook ruime aandacht besteed aan het toezicht op verzekeringsgroepen.

De eerste pijler bevat de voorschriften aangaande de technische voorzieningen en de solvabiliteit van de onderneming, waarbij de kapitaalvereisten variëren in functie van de risico's waaraan de onderneming is blootgesteld.

Onder Solvency II worden de regels inzake de waardering van de technische voorzieningen geharmoniseerd en wordt het '*prudent person*' beginsel ingevoerd ten aanzien van alle activa. Dit '*prudent person*' beginsel houdt onder andere in dat de onderneming alleen mag beleggen in instrumenten waarvan zij de betrokken risico's goed kan identificeren, meten, bewaken, beheren, beheersen en rapporteren. Voorts moet zodanig worden belegd dat de veiligheid, de kwaliteit, de liquiditeit en het rendement van de beleggingsportefeuille als geheel is gewaarborgd⁴.

Verder zullen twee kapitaaldrempels dienen te worden gerespecteerd: (1) de solvabiliteitskapitaalvereiste (*Solvency Capital Requirement* of SCR), en (2) de minimum kapitaalvereiste (*Minimum Capital Requirement* of MCR), die respectievelijk de huidige solvabiliteitsmarge en het huidige waarborgfonds zullen vervangen. Het SCR wordt berekend ofwel aan de hand van een standaardformule ofwel aan de hand van een intern model dat door de onderneming zelf wordt opgesteld en door de toezichthouder gevalideerd moet worden.

De tweede pijler heeft hoofdzakelijk betrekking op de *governance* van de onderneming evenals het toezicht. Bepaalde risico's kunnen alleen adequaat worden aangepakt door middel van governancevereisten en niet op basis van kwantitatieve vereisten die in de solvabiliteitskapitaalvereiste tot uitdrukking komen. Een doeltreffend governancestelsel wordt dan ook als essentieel beschouwd voor een adequaat bestuur van de onderneming en voor het toezicht. De onderneming zal ook geregeld haar eigen risico's en solvabiliteit moeten beoordelen (*own risk and solvency assessment* of ORSA). Deze beoordeling maakt deel uit van de bedrijfsstrategie en zal steeds in aanmerking dienen te worden genomen bij de strategische beslissingen van de onderneming. Hierdoor zou het risicogeorïenteerde regime van Solvency II moeten doordringen in de gehele organisatie van de onderneming.

Het voornaamste doel van het toezicht blijft de bescherming van verzekeringsnemers en begunstigen. Gelet op de financiële crisis, wordt daarnaast tevens uitdrukkelijk voorzien dat de toezichthouder de mogelijke impact van zijn beslissingen op de financiële stabiliteit in de Europese Unie in overweging dient te nemen. In geval van uitzonderlijke bewegingen op de financiële markten moet de toezichthouder ook rekening houden met de potentiële procyclische effecten van zijn optreden.

De toezichthouder zal ook geregeld de adequaatheid en geschiktheid dienen te evalueren van de strategieën, processen en rapporteringsprocedures die de ondernemingen moeten vaststellen om te voldoen aan de door de richtlijn opgelegde vereisten.

De derde pijler omvat de informatie die ter beschikking dient te worden gesteld van de toezichthouder en het publiek. De bestaande rapporteringen aan de toezichthouder worden uitgebreid met bijkomende kwalitatieve informatie zoals bijvoorbeeld het door de onderneming toegepaste risicobeheersysteem.

Naast de rapportering van de jaarrekening en boekhoudkundige gegevens moet de onderneming voortaan ook aan het publiek inzicht bieden in de risico's die zij loopt door de publicatie van een jaarlijks rapport.

Tenslotte, vernieuwt de Solvency II-richtlijn het toezicht op verzekeringsgroepen, dewelke zullen worden bekeken als één economische entiteit. Er wordt dienaangaande niet langer gesproken over aanvullend toezicht, maar over groepstoezicht. Het nieuwe regime versterkt de bevoegdheden van de toezichthouder belast met het toezicht op de groep (de groepstoezichthouder). Deze

1 Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (herschikking), PB L 335 van 17 december 2009, p. 1 tot 155.

2 Zie artikel 310 van de Solvency II-richtlijn voor een opsomming van de ingetrokken richtlijnen.

3 Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking), PB L 177 van 30 juni 2006; Richtlijn 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 inzake de kapitaalvereisten van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen (herschikking), PB L 177 van 30 juni 2006.

4 Artikel 132 van de Solvency II-richtlijn.

dient ervoor te zorgen dat de bijzondere risico's eigen aan een groep niet worden verwaarloosd en zal meer samenwerking tussen de toezichthouders vereisen. Groepen zullen gebruik kunnen maken van interne modellen van toepassing op de hele groep.

De Solvency II-richtlijn voorziet in een aantal uitvoeringsmaatregelen van de Europese Commissie.

Deze richtlijn moet uiterlijk op 31 oktober 2012 in Belgisch recht zijn omgezet⁵.

Richtlijnen CRD II en III: samenwerking en informatie-uitwisseling, nieuwe eigenvermogensvereisten en beloningsbeleid

In de loop van de verslagjaren 2009 en 2010 werden met verschillende Europese teksten⁶, en voornamelijk met de Richtlijnen 2009/111/EG (CRD II) en 2010/76/EU (CRD III), wijzigingen aangebracht in de richtlijnen over het toezicht op de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen, meer bepaald op het vlak van de samenwerking en de informatie-uitwisseling tussen de toezichthouders, en tevens wat de berekeningswijze van de eigenvermogensvereisten betreft. Daarnaast werden door de CRD III Europese normen ingevoegd die het beloningsbeleid regelen voor de financiële ondernemingen die onder de richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG vallen.

Met de CRD II werd een nieuwe stap gezet in het proces om te komen tot een hechtere samenwerking en een betere informatie-uitwisseling tussen toezichthouders, in het bijzonder in het kader van het beheren van crisissituaties.

De wijzigingen van de eigenvermogensvereisten hebben dan weer voornamelijk betrekking op de definitie van het eigen vermogen, op een aantal technische bepalingen over de berekening van de minimumeigenvermogensvereisten en op de normen voor risicoconcentratie⁷.

Richtlijn CRD III, onderdeel beloningsbeleid, luidt een nieuwe fase in van gedetailleerde en technische vereisten omtrent de governance, de risicogerelateerdheid en de transparantie van het beloningsbeleid van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen.

5 Artikel 309 van de Solvency II-richtlijn.

6 Zie Richtlijn 2009/111/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2007/64/EG wat betreft banken die zijn aangesloten bij centrale instellingen, bepaalde eigenvermogensbestanddelen, grote posities, het toezichtkader en het crisisbeheer (de zogenaamde CRD II), Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid (de zogenaamde CRD III), Richtlijn 2009/27/EG van de Commissie van 7 april 2009 tot wijziging van bepaalde bijlagen bij Richtlijn 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad wat een aantal technische voorschriften inzake risicobeheer betreft en ten slotte Richtlijn 2009/83/EG van de Commissie van 27 juli 2009 tot wijziging van bepaalde bijlagen bij Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad wat een aantal technische voorschriften inzake risicobeheer betreft.

7 Over de omzetting van dit luik van de richtlijnen, zie dit verslag, p. 31.

Samenwerking en informatie-uitwisseling

Het is van wezenlijk belang dat de prudentiële toezichthouders onderling samenwerken om hun acties te coördineren alsook dat zij zo nodig samenwerken met de centrale banken om aldus de efficiëntie van het toezicht op de bankgroepen en de groepen met beleggingsondernemingen te verhogen en daarbij bijzondere aandacht te besteden aan de systemische dimensie van het toezicht.

Precies daarom legt de CRD II de verplichting op om colleges op te richten waarin de bevoegde autoriteiten zitting hebben. Deze colleges vormen een forum waar de autoriteiten tot een consensus kunnen komen over de toezichtstaken die huns inziens essentieel zijn⁸. Dankzij deze colleges moet de uitoefening van het toezicht en de aanpak van noodsituaties worden vergemakkelijkt. Een college wordt steeds georganiseerd en voorgezeten door de autoriteit die belast is met het geconsolideerde toezicht binnen de EER. Elke autoriteit die belast is met het toezicht op een dochteronderneming of een significant bijkantoor van de groep mag zitting hebben in het college. Een van de opdrachten van het college is het bereiken van een gemeenschappelijk standpunt over de analyse van de risico's die gelopen worden door de groep en de instellingen die ertoe behoren, alsook over de stappen die vanuit prudentieel oogpunt moeten worden ondernomen, waaronder het opleggen van aanvullende eigenvermogensvereisten. Als de autoriteiten het niet eens kunnen worden, kunnen zij het CEBS om advies verzoeken. In dat geval wordt het CEBS een arbitragebevoegdheid toegekend.

Aangezien een gebrek aan communicatie tussen de bevoegde autoriteiten van de lidstaten van herkomst en ontvangst schadelijk kan blijken voor de financiële stabiliteit in de lidstaten van ontvangst, versterkt de richtlijn het recht van de toezichthouders van de lidstaten van ontvangst om informatie op te vragen bij de autoriteiten van de lidstaat van herkomst, in het bijzonder als het tot een crisis komt bij significante bijkantoren. In dit kader werd een definitie uitgewerkt van het begrip "significant bijkantoor". Hiervoor werden een aantal criteria gehanteerd waaronder het bezit, door het bijkantoor in de lidstaat van ontvangst, van een marktaandeel in deposito's van meer dan 2 %, en de vermoedelijke gevolgen van een opschorting of beëindiging van de werkzaamheden van de kredietinstelling voor de liquiditeit van de markt en de betalings-, clearing- en afwikkelingssysteem in de lidstaat van de ontvangst. Voorts bepaalt de CRD II dat de bevoegde autoriteiten informatie moeten doorgeven die voor centrale banken en ministeries van financiën van essentieel belang is om hun taken bij financiële crisissen en voor het verminderen van systeemrisico's te kunnen uitoefenen.

8 De CBFA heeft in het verleden reeds op eigen initiatief en in samenwerking met haar Europese collega-toezichthouders verschillende colleges van toezichthouders voor transnationale groepen opgericht. Zie de jaarverslagen CBF 1995-1996, p. 55, CBF 1996-1997, p. 52, CBF 2000-2001, p. 131 en 132 en CBF 2001-2002, p. 179.

Daarnaast bleek het nodig dat de bevoegde autoriteiten voor deze onderlinge samenwerking op passende wijze aandacht zouden besteden aan de communautaire dimensie. Dit houdt in dat zij naar behoren rekening houden met de impact van hun beslissingen op de stabiliteit van het financiële stelsel in alle andere betrokken lidstaten. Onder voorbehoud van het nationale recht legt dit beginsel aan de bevoegde autoriteiten geenszins een resultaatsverbin-tenis op maar houdt het veeleer in dat in de gehele EER financiële stabiliteit nagestreefd dient te worden.

Eigenvermogensvereisten

A) Definitie van eigen vermogen

De CRD II zorgt voor de harmonisatie, op Europees niveau, van de criteria en limieten voor de erkenning van de zoge-naamde hybride instrumenten als eigen vermogen *sensu*

stricto (tier 1). Vergeleken bij de vroegere Belgische regle-mentering, gelden thans strengere criteria voor de erken-ning van hybride instrumenten. Op die manier neemt het vermogen toe dat deze instrumenten bieden om verliezen op te vangen. Dit is allereerst mogelijk door in de uitgif-tevoorwaarden van de hybride instrumenten te bepalen dat de betaling van de coupons of dividenden geannuleerd wordt als de financiële situatie van de instelling dit vereist en, in elk geval, als de eigenvermogensvereisten niet wor-den nageleefd, en vervolgens door ervoor te zorgen dat het kapitaal daadwerkelijk kan worden gebruikt om de verlie-zen op te vangen die de instelling lijdt.

De CRD II maakt een onderscheid tussen drie catego-rieën van hybride instrumenten en stelt voor elke catego-rie specifieke limieten vast die verschillen van de thans in Belgisch recht geldende limieten als opgeno-men in het eigenvermogensreglement.

	Limieten in het Belgische eigenvermogensreglement	Limieten opgelegd door de CRD II
Hybride instrumenten met een stimulans voor terugbetaling (<i>step up</i>)	15 % van <i>tier 1</i>	15 % van <i>tier 1</i>
Hybride instrumenten met een stimulans voor terugbetaling (<i>step up</i>) <ul style="list-style-type: none"> ■ hybride instrumenten zonder stimulans voor terugbetaling en niet- converteerbaar in aandelen 	33 % van <i>tier 1</i>	35 % van <i>tier 1</i>
Hybride instrumenten met een stimulans voor terugbetaling (<i>step up</i>) <ul style="list-style-type: none"> ■ hybride instrumenten zonder stimulans voor terugbetaling en niet- converteerbaar in aandelen ■ hybride instrumenten zonder stimulans voor terugbetaling en converteerbaar in aandelen 	33 % van <i>tier 1</i>	50 % van <i>tier 1</i>

B) Technische bepalingen over de berekening van de minimumeigenvermogensvereisten

De voornaamste wijzigingen die door de CRD II en de CRD III zijn aangebracht in de berekening van de eigen-vermogensvereisten hebben betrekking op de effectise-ringsregeling en de handelsportefeuille.

Wat de effectiseringsregeling betreft, verplicht de CRD II de initiërende instelling van een effectiseringsver-richting om 5 % van de geëffectiseerde risicoposities aan te houden. Met deze nieuwe bepaling wil de CRD II ervoor zorgen dat de instellingen die effectiseringsver-richtingen uitbrengen er belang bij hebben om de geëf-fectiseerde kredieten zorgvuldig te blijven beheren. De richtlijn eist eveneens van de kredietinstellingen dat zij dezelfde toekenningscriteria hanteren voor de geëffec-tiseerde kredieten als voor de kredieten die niet geëf-fectiseerd worden.

Voorts eist deze richtlijn van de kredietinstellingen die beleggen in effectiseringsproducten dat zij een grondig onderzoek verrichten naar de risico's die gekoppeld zijn aan hun effectiseringsposities, onder meer door deze po-sities te onderwerpen aan *stress tests*. Als een instelling deze bepaling niet naleeft, kan zij door haar toezichthou-der hogere vermogensvereisten opgelegd krijgen.

De CRD II voert op haar beurt specifieke wegingen in voor de risico's die verbonden zijn aan hereffectiserings-verrichtingen. Deze wegingen zijn hoger dan de weging-en die worden toegepast voor de effectiseringsverrich-tingen. In het kader van de 'Asset-Backed Commercial Paper'-programma's (ABCP)⁹, laat de richtlijn overigens

⁹ Deze programma's bestaan uit de uitgifte door effectiseringsvehikels (SPV's) van commercieel papier dat gedekt is door activa van diverse aard. Met deze uitgiften wordt doorgaans voldaan aan een financie-ringsbehoefte van de initiërende instellingen op korte termijn.

niet langer toe dat de instellingen gebruik maken van de externe ratings die zijn toegekend aan het commercieel papier als zij eveneens het ABCP-programma steunen, bijvoorbeeld via een liquiditeitslijn. Voor de berekening van het eigen vermogen betekent dit voor de betrokken instelling dat de bepalingen voor risicoposities zonder externe rating van toepassing zijn.

Wat de handelsportefeuille betreft, hebben de wijzigingen die worden ingevoerd door de CRD III hoofdzakelijk betrekking op de behandeling van het specifieke positierisico alsook op de kwalitatieve en kwantitatieve vereisten die van toepassing zijn voor de interne modellen. In dit verband voert de richtlijn een bijkomende vereiste in voor het wantbetaling- en migratierisico dat is vastgelegd op grond van een tijdshorizon van één jaar en een liquiditeitshorizon van ten minste drie maanden. De eigenvermogensvereiste die betrekking heeft op het specifieke risico in aandelen van de aandelenportefeuille wordt dan weer opgetrokken van 4 % tot 8 %. In het kader van het gebruik van interne modellen, zowel voor het specifieke risico als voor het algemene risico, eist de richtlijn bovendien dat de instellingen een bijkomende eigenvermogensvereiste berekenen die gebaseerd is op het potentiële verlies tijdens een stressvolle periode op de financiële markten ('*Stressed VaR*'). Voorts schrijft de richtlijn voor dat de effectiserings- en hereffectiseringsverrichtingen van de handelsportefeuille op dezelfde wijze behandeld dienen te worden als verrichtingen van de niet-handelsportefeuille. In dit kader staat de richtlijn evenwel een overgangperiode toe die verstrijkt op 31 december 2013 waarin de instellingen hun eigenvermogensvereisten mogen berekenen op grond van het hoogste bedrag dat voortvloeit uit de netto lange posities of uit de netto korte posities. De richtlijn voert tevens een specifieke behandeling in voor de zogenaamde '*correlation trading*'-portefeuille.

Tot slot verlengt de CRD III tot eind 2012 de bepaling van Richtlijn 2006/48/EG die stelt dat de eigenvermogensvereisten die berekend worden aan de hand van een intern model dat is goedgekeurd door de toezichthouder, niet minder mogen bedragen dan 80 % van de vereisten die berekend zijn volgens de standaardmethode die de richtlijn aanreikt.

Met uitzondering van de bepalingen over de handelsportefeuille die uiterlijk 31 december 2011 door de lidstaten ten uitvoer moeten zijn gelegd, moeten de overige bepalingen vóór 1 januari 2011 zijn omgezet in de nationale wetgevingen.

C) Normen voor grote risico's

Wat de regels betreft voor het beperken van de kredietrisico's op eenzelfde wederpartij, vermindert de CRD II het aantal opties die de lidstaten hebben teneinde het Europese wettelijke kader te harmoniseren. Aldus werd de bepaling geschrapt die stelt dat het totaalbedrag aan risico's op eenzelfde wederpartij die 10 % van het eigen vermogen overschrijdt, beperkt moet zijn tot 800 % van dit eigen vermogen. Deze bepaling bleek niet efficiënt te zijn aangezien de kredietinstellingen doorgaans striktere regels hanteren.

De CRD II heeft eveneens de mogelijkheid geschrapt die de instellingen voorheen hadden om een weging van 20 % toe te passen op het geheel van risico's op de overige kredietinstellingen of beleggingsondernemingen, dan wel om de risicoposities met een looptijd van één jaar of minder buiten beschouwing te laten voor de toetsing van de naleving van de limiet van 25 % van het eigen vermogen. De bedoeling van de CRD II was daarbij om systeemrisico's te voorkomen die kunnen ontstaan bij te grote risicoconcentraties op wederpartijen uit de banksector. Voorts bepaalt de richtlijn dat interbancaire risico's op dezelfde wijze behandeld moeten worden als de risico's op andere ondernemingen en dat hiervoor bijgevolg een strikte limiet geldt van 25 % van het eigen vermogen per wederpartij. Om de kleinschalige kredietinstellingen evenwel niet tot een al te ingrijpende diversificatie van hun wederpartijen te verplichten, biedt de richtlijn hun de mogelijkheid om de betrokken risico's te beperken tot het hoogste van de twee volgende bedragen: 25 % van het eigen vermogen of 150 miljoen met een maximum van 100 % van het eigen vermogen. De lidstaten hebben de mogelijkheid om het bedrag van 150 miljoen te verminderen.

De risicoposities *intraday* en *overnight* ingevolge diensten voor betaling, verrekening of vereffening, worden niet in aanmerking genomen voor de toetsing van de naleving van de concentratielimieten.

Wat de intragroepstransacties betreft (risicoposities op verbonden ondernemingen) behoudt de CRD II de optie voor de lidstaten om hier geen concentratielimieten voor op te leggen voor zover de betrokken verbonden ondernemingen zijn opgenomen in de consolidatiekring van de kredietinstelling.

Beloningsbeleid

Richtlijn CRD III bevat regels inzake remuneratie die zowel op vennootschapsniveau als op groepsniveau dienen te worden toegepast. Er zijn maatregelen en sancties voorzien in geval van onaangepast beleid en er gelden beperkingen op variabele vergoedingen in geval de instelling aanspraak kan maken op uitzonderlijke overheidsinterventie.

Deze regels en voorschriften bestaan uit drie luiken die als volgt kunnen worden beschreven.

A) Governance inzake beloningsbeleid

De verantwoordelijkheid voor het beloningsbeleid, zowel het vastleggen ervan als het toezicht erop, ligt bij het leidinggevend orgaan in zijn toezichtsfunctie. Het beleid dient jaarlijks te worden onderworpen aan een centrale en onafhankelijke interne beoordeling. Belangenconflicten bij het nemen van remuneratiebeslissingen moeten worden vermeden. Er zijn specifieke regels voorzien omtrent de beloning van medewerkers in de onafhankelijke controlefuncties, teneinde hun gezag en hun onafhankelijkheid binnen de instelling te bevorderen.

Significante instellingen¹⁰ dienen een remuneratiecomité op te richten. De samenstelling en de taken van dit comité worden nader omschreven.

B) Risicogerelateerdheid van het beloningsbeleid

Vooreerst is er de algemene vereiste dat het beloningsbeleid in overeenstemming is met en bijdraagt tot degelijk en doeltreffend risicobeheer en niet mag aanzetten tot het nemen van buitensporige risico's. Het beleid moet stroken met de strategie, de waarden en de langetermijnbelangen van de instelling en mag in geen geval ten koste gaan van een sterke eigen vermogensbasis. In dit kader is gegarandeerde variabele beloning in principe verboden, mogen ontslagvergoedingen geen beloning zijn voor falen en mogen medewerkers door indekkings technieken (*personal hedging*) de risicogerelateerde elementen van hun beloningsstructuur niet teniet doen.

Vervolgens is er een reeks specifiekere vereisten die voor medewerkers met een materiële impact op het risicoprofiel van de instellingen concreet gestalte geven aan de risicogerelateerdheid van een beloningsbeleid. Ze hebben betrekking op welke soorten prestatiecriteria en welk tijdskader dienen te worden gehanteerd bij het vaststellen van variabele verloningen. Het vaste en variabele gedeelte van een beloning moeten evenwichtig zijn verdeeld op grond van passende interne verhoudingen daartoe. Actuele en toekomstige risico's worden via een risicocorrectie op de *pools* van variabele beloningen in rekening gebracht, zowel op het moment van de onmiddellijke uitbetaling als op het moment van de uitgestelde betaling. Dergelijke correctie moet er desnoods toe kunnen leiden dat, bij verminderde financiële prestaties van de instelling, het variabele gedeelte tot nul wordt gebracht. Minstens 40 tot 60 % van het variabele gedeelte moet uitgesteld betaald worden over een periode van minstens drie tot vijf jaar. Minstens 50 % van het variabele gedeelte moet worden uitbetaald in financiële instrumenten, gespreid over zowel het onmiddellijke als het uitgestelde gedeelte. Richtlijn CRD III bepaalt om welk soort instrumenten het precies kan gaan. Aan deze instrumenten worden retentieperiodes gekoppeld tijdens dewelke de medewerker ze niet te gelde kan maken.

C) Transparantie van het beloningsbeleid

De Pijler 3 transparantievereisten¹¹ wordt uitgebreid tot informatie over het beloningsbeleid. Het betreft zowel informatie over de algemene kenmerken van het beloningsbeleid, als kwalitatieve en kwantitatieve informatie die specifiek betrekking heeft op de medewerkers die een materiële impact hebben op het risicoprofiel van de instelling. De kwantitatieve informatie dient steeds op geaggregeerde basis te worden gegeven, hetzij per bedrijfsonderdeel, hetzij per categorie van medewerkers, en voor significante instellingen, ook op niveau van de bestuurders als geheel.

10 Het betreft de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen die significant zijn wat betreft hun omvang, interne organisatie en de aard, reikwijdte en complexiteit van hun activiteiten.

11 Over Pijler 3, zie CBFA verslag DC 2008-2009, p. 17.

Richtlijn tot wijziging van de regelgeving inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft

Op 7 oktober 2008 heeft de Raad van de Europese Unie er zich toe verbonden de bescherming van de deposito's van private spaarders te versterken, teneinde het vertrouwen in de financiële sector te herstellen. Er werd geoordeeld dat de financiële crisis heeft aangetoond dat het nodig was om de dekking van de deposito's die werd geboden door richtlijn 94/19/EG betreffende de depositogarantiestelsels te verhogen.

In deze context heeft richtlijn 2009/14/EG¹² voormelde richtlijn 94/19/EG gewijzigd, voor wat betreft de dekking en de uitbetalingstermijn. Ook werd de aan de depositanten te verstrekken informatie uitgebreid. De richtlijn strekt er eveneens toe om de convergentie van de depositogarantiestelsels van de lidstaten te bevorderen.

Richtlijn 2009/14/EG heeft de minimale dekking van 20.000 euro verhoogd tot 50.000 euro. Tevens bepaalt ze dat ten laatste op 31 december 2010, de dekking voor het geheel van de deposito's van eenzelfde deposant op 100.000 euro moest worden gebracht.

De terugbetalingstermijn werd verkort om het vertrouwen van de depositanten te versterken. Deze termijn bedroeg drie maanden en kon worden verlengd met negen maanden. Richtlijn 2009/14/EG vermindert deze termijn tot twintig werkdagen, te rekenen vanaf de datum waarop de toezichhouder heeft vastgesteld dat de kredietinstelling niet in staat lijkt de deposito's terug te betalen, of een rechterlijke instantie een uitspraak heeft gedaan die leidt tot de onbeschikbaarheid van het deposito. Deze termijn kan slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden verlengd met tien werkdagen.

Bovendien, als de bevoegde overheid het in gebreke blijven van een instelling vaststelt, brengt richtlijn 2009/14/EG de termijn om deze vaststelling te doen terug van eenentwintig tot vijf werkdagen, om de snelheid van de terugbetaling niet in het gedrang te brengen.

Nieuwe richtlijn over de instellingen voor elektronisch geld

Op 5 september 2009 is een nieuwe richtlijn goedgekeurd over de instellingen voor elektronisch geld¹³, die richtlijn 2000/46/EG¹⁴ opheft. De lidstaten moeten die nieuwe richtlijn vóór 30 april 2011 in hun nationaal recht hebben omgezet.

12 Richtlijn 2009/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2009 tot wijziging van Richtlijn 94/19/EG inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft.

13 Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG.

14 Richtlijn 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfs-economisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld.

De nieuwe richtlijn onderscheidt vijf categorieën uitgevers van elektronisch geld, waarvan de kredietinstellingen en de instellingen voor elektronisch geld de belangrijkste zijn¹⁵. Elektronisch geld wordt gedefinieerd als een elektronisch, met inbegrip van magnetisch, opgeslagen monetaire waarde vertegenwoordigd door een vordering op de uitgever, die is uitgegeven in ruil voor ontvangen geld om betalingstransacties te verrichten, en die door een andere natuurlijke of rechtspersoon dan de uitgever van elektronisch geld wordt aanvaard.

De richtlijn bestaat uit twee delen. Het eerste deel behandelt het statuut van de instellingen voor elektronisch geld en bepaalt de voorwaarden voor de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van die instellingen, alsook de wijze waarop prudentieel toezicht op hen wordt uitgeoefend.

De instellingen voor elektronisch geld hebben voortaan een eigen statuut, dat losstaat van het statuut van de kredietinstellingen, waaraan zij tot nog toe onderworpen waren in het kader van de toepassing van richtlijn 2000/46/EG.

Zo dienen zij verplicht een vergunning te verkrijgen van de toezichthoudende autoriteit van hun lidstaat van herkomst, voor zij hun werkzaamheden mogen beginnen uitoefenen. Zij beschikken dan over een Europees paspoort.

De vergunningsprocedure en -voorwaarden zijn geënt op de regeling die, krachtens richtlijn 2007/64/EG¹⁶, van toepassing is op de betalingsinstellingen. In die zin zijn de vereisten inzake het aanvangskapitaal en het eigen vermogen versoepeld ten opzichte van de vroegere regeling. Tegenover die versoepeling staat echter dat striktere regels worden opgelegd op het vlak van de bescherming van de gelden die in ruil voor elektronisch geld worden ontvangen. Zo zijn de instellingen voor elektronisch geld verplicht om de geldmiddelen die zij in ruil voor het uitgegeven elektronisch geld ontvangen, gescheiden te houden en ze bij een kredietinstelling te plaatsen dan wel in veilige activa met een lage risicograad te beleggen. Verder voorziet de richtlijn ook in de mogelijkheid om de geldmiddelen te dekken door een verzekeringspolis of een vergelijkbare garantie.

Krachtens de nieuwe richtlijn mogen de betrokken instellingen ook andere werkzaamheden dan de uitgifte van elektronisch geld verrichten, inclusief bedrijfswerkzaamheden die geen verband houden met de uitgifte van elektronisch geld (hybride instellingen). Zij mogen

echter geen deposito's of andere terugbetaalbare gelden in ontvangst nemen van het publiek¹⁷.

De bevoegde autoriteiten van de lidstaten kunnen instellingen waarvan de bedrijfswerkzaamheden een gemiddeld uitstaand elektronisch geld genereren dat niet hoger ligt dan een bepaald bedrag, vrijstellen van de toepassing van sommige bepalingen van de richtlijn.

Het tweede deel van de richtlijn bepaalt de regels inzake de uitgifte en de terugbetaalbaarheid van elektronisch geld, die zo zijn opgevat dat zij van toepassing zijn op alle emittenten van elektronisch geld, inclusief de kredietinstellingen. In de eerste plaats behoudt de richtlijn de uitgifte van elektronisch geld voor aan de "emittenten van elektronisch geld" in de zin van de richtlijn, die elektronisch geld tegen de nominale waarde moeten uitgeven in ruil voor ontvangen geld. Verder definieert de richtlijn regels voor de terugbetaalbaarheid van elektronisch geld en verbiedt zij dat rente wordt toegekend. Tot slot bevat de richtlijn regels voor de klachten- en buitengerechtelijke beroepsprocedures voor de beslechting van geschillen.

Europese verordening inzake ratingbureaus

Een Europese verordening van 16 september 2009¹⁸ voert voor de in de EER gevestigde ratingbureaus een registratieprocedure in die voor het hele Europese grondgebied geldt en een voorafgaande voorwaarde is waaraan zij moeten voldoen om ratings te mogen afgeven die bedoeld zijn om in de EER voor reguleringdoeleinden te worden gebruikt. Dat een rating voor reguleringdoeleinden wordt gebruikt, impliceert dat dit specifiek gebeurt met het oog op de naleving van het Gemeenschapsrecht en er in hoofdzaak toe strekt door de gereguleerde ondernemingen als referentiepunt te worden gebruikt bij de berekening van hun eigenvermogensvereisten of van de risico's op hun activiteiten. De verordening doet echter geen algemene verplichting ontstaan om financiële instrumenten op grond van deze verordening te beoordelen.

Verordening nr. 1060/2009 is overigens niet van toepassing op niet-openbare ratings die worden opgesteld naar aanleiding van een afzonderlijke opdracht, alleen aan de opdrachtgever worden afgegeven, en niet voor openbaarmaking bedoeld zijn.

Bovendien is het niet de bedoeling dat die verordening in de plaats treedt van de conform de gecoördineerde bankrichtlijn vastgestelde procedure voor de erkenning van externe kredietbeoordelingsinstellingen (EKBI's). Volgens die richtlijn mogen de kredietinstellingen de ratings van emittenten van effecten die zijn gedefinieerd

15 Ook de postcheque- en girodiensten die, krachtens de nationale wetgeving, gemachtigd zijn om elektronisch geld uit te geven, de Europese Centrale Bank en nationale centrale banken wanneer zij niet handelen in hun hoedanigheid van monetaire of andere publieke autoriteit, en de lidstaten en hun regionale en lokale overheden wanneer zij handelen in hun hoedanigheid van overheidsinstantie, worden als uitgevers van elektronisch geld beschouwd.

16 Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG. Over de omzetting van die richtlijn in Belgisch recht, zie dit verslag, p. 44.

17 De richtlijn verduidelijkt dat de geldmiddelen die de instellingen voor elektronisch geld in ontvangst nemen van houders van elektronisch geld, onmiddellijk tegen elektronisch geld worden omgeruild en dat die geldmiddelen geen van het publiek in ontvangst genomen deposito's of andere terugbetaalbare gelden vormen in de zin van artikel 5 van richtlijn 2006/48/EG.

18 Verordening nr. 1060/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 inzake ratingbureaus.

en gepubliceerd door EKBI's die door een prudentieel toezichthouder zijn erkend, enkel bij de berekening van hun gewogen risicovolume gebruiken¹⁹. Bijgevolg geldt de in de verordening bedoelde registratieprocedure ook voor de EKBI's, zelfs als zij al door de bevoegde autoriteit van een EER-lidstaat zijn erkend.

Om te kunnen worden geregistreerd, moeten de EKBI's niet enkel aan bepaalde voorwaarden voldoen in verband met de afgifte van ratings, maar ook organisatorische regels naleven, zoals op het vlak van belangenconflicten, transparantie en governance.

De registratieaanvragen moeten worden ingediend bij CESR, het Comité van Europese effectenregelgevers, dat ze aan de bevoegde autoriteiten van alle lidstaten overlegt. De beslissingen tot registratie worden, op advies van CESR, genomen door een college dat is samengesteld uit de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst van het ratingbureau (of de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten van herkomst in het geval van een groep ratingbureaus) en de andere bevoegde autoriteiten die er een belang bij hebben²⁰.

Het toezicht op de geregistreerde ratingbureaus wordt uitgeoefend door de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst van het bureau, in samenwerking met CESR en de bevoegde autoriteiten van de andere betrokken lidstaten. Zo kan de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst van een bureau dat zijn verplichtingen niet naleeft, maatregelen nemen, zoals de publicatie van een bericht, een tijdelijk verbod om ratings af te geven, een tijdelijke opschorting van het gebruik van de afgegeven ratings voor reguleringsdoeleinden, en zelfs een intrekking van de registratie. Bovendien stelt elke lidstaat voorschriften vast met betrekking tot de geldende sancties bij schendingen van de bepalingen van de verordening.

De verordening verbiedt de bevoegde autoriteiten echter om zich, bij de uitoefening van hun toezicht, te bemoeien met de inhoud van de ratings en met de methodologieën waarmee ratings worden vastgesteld door een ratingbureau.

Opdat de in derde landen afgegeven ratings voor reguleringsdoeleinden zouden kunnen worden gebruikt in de EER, voert de verordening ook een bekrachtigingsregeling en een certificatiestelsel op basis van gelijkwaardigheid in. Die bekrachtigingsregeling biedt de in de EER gevestigde en geregistreerde ratingbureaus de mogelijkheid om in derde landen afgegeven ratings voor reguleringsdoeleinden te bekrachtigen, op voorwaarde echter dat zij aan bepaalde voorwaarden voldoen. Zo moeten het ratingbureau van het derde land en het ratingbureau dat de betrokken ratings bekrachtigt, hebben samengewerkt bij de opstelling van de te bekrachtigen ratings.

¹⁹ Zie CBFA Verlagen DC 2008-2009, p. 18, 2007, p. 22.

²⁰ Hetzij omdat een bijkantoor van het betrokken ratingbureau of van één van de ondernemingen in de betrokken groep ratingbureaus, in haar rechtsgebied gevestigd is, hetzij omdat het gebruik van door het ratingbureau of de groep ratingbureaus in kwestie afgegeven ratings voor reguleringsdoeleinden, in haar rechtsgebied wijdverbreid is of een aanzienlijke impact heeft of kan hebben.

Bovendien moet het ratingbureau van het derde land aan minstens even strenge vereisten voldoen als vermeld in de verordening. Voor kleine ratingbureaus uit derde landen die geen aanwezigheid of affiliatie in de EER hebben, is een specifiek certificatiestelsel ingevoerd. Die regeling houdt in dat de Europese Commissie erkent dat het juridische en toezichtskader van een derde land gelijkwaardig is aan de vereisten van de verordening.

In november 2010 hebben de Raad, het Europees Parlement en de Commissie een akkoord bereikt over diverse, in de verordening aan te brengen wijzigingen in het vooruitzicht van de organisatie van een op Europees niveau gecentraliseerd toezicht op de ratingbureaus²¹. Zo regelt de gewijzigde verordening de overdracht – aan de ESMA – van de bevoegdheden met betrekking tot de registratie van en het doorlopend toezicht op de in de EER actieve ratingbureaus. Daarmee kwam er dus een einde aan de functies van de in de toezichthoudende colleges verenigde nationale bevoegde autoriteiten.

De gewijzigde verordening verleent de ESMA de vereiste bevoegdheden voor de uitoefening van haar nieuwe opdrachten, inclusief uitgebreide onderzoeksbevoegdheden op basis waarvan zij de ratingbureaus of andere, bij de ratingactiviteiten van die bureaus betrokken personen kan vragen haar alle nuttige informatie te bezorgen. Daarnaast kan zij onderzoeken verrichten naar mogelijke inbreuken op de bepalingen van de verordening en heeft zij in dat verband het recht om inspecties ter plaatse te verrichten in de lokalen van die ratingbureaus, alle vastleggingen en ander materiaal te onderzoeken dat relevant is voor de uitvoering van haar taken, en daarvan kopieën te maken. Verder mag de ESMA de verantwoordelijken en de personeelsleden van de ratingbureaus, alsook alle andere personen van wie de ondervraging haar nuttig lijkt, ook horen en van hen eisen dat zij haar overzichten van telefoon- en dataverkeer bezorgen.

Wanneer de ESMA vermoedt dat een inbreuk is gepleegd op de bepalingen van de verordening, kan zij trouwens een scala aan toezichtsmaatregelen nemen : zo kan zij het ratingbureau in gebreke stellen, het tijdelijk verbieden ratings af te geven, het gebruik van de betrokken ratings voor reguleringsdoeleinden opschorten of, in laatste instantie, de registratie van het bureau intrekken.

Tot slot is de ESMA ook gemachtigd om administratieve geldboetes of dwangsommen op te leggen aan de ratingbureaus die een inbreuk plegen op de bepalingen van de verordening.

De bevoegde nationale autoriteiten blijven niettemin specifieke toezichtsbevoegdheden behouden met betrekking tot het gebruik van de ratings door kredietinstellingen of andere gereguleerde ondernemingen die de ratings voor reguleringsdoeleinden gebruiken. Naast de klassieke mechanismen voor informatie-uitwisseling en samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten, voert de wijzigingsverordening ook een systeem

²¹ De wijzigingsverordening werd nog niet gepubliceerd in het publicatieblad.

in van taakdelegatie aan de bevoegde nationale autoriteiten, met name wanneer specifieke onderzoekstaken in de lokalen van een ratingbureau moeten worden verricht, of wanneer bepaalde maatregelen plaatselijke ervaring of een specifieke kennis van buitenlandse talen vereisen. Die taakdelegatie heeft echter geen enkele impact op de verantwoordelijkheid van de ESMA, die instructies kan geven aan de autoriteit waaraan een bepaalde taak werd gedelegeerd.

De vooropgestelde datum van inwerkingtreding van de gewijzigde verordening is 1 juli 2011. Op die datum zal de ESMA alle dossiers met betrekking tot de registratieaanvragen of het doorlopend toezicht op de ratingbureaus moeten hebben ontvangen.

1.1.2. Evolutie in de nationale reglementering

1.1.2.1. Gemeenschappelijke aspecten

Nieuwe wetgeving met verscherpte herstelmaatregelen in geval van crisis

In het licht van de lessen die konden worden getrokken uit de financiële crisis en in navolging van andere buitenlandse wetgevingen, heeft de wetgever met de wet van 2 juni 2010²² verdergaande herstelmaatregelen ingevoerd die de autoriteiten kunnen opleggen aan instellingen uit de bank- en financiële sector.

Deze wet creëert een juridisch kader dat de Staat toelaat uitzonderlijke herstelmaatregelen te treffen als het risico van deficiëntie van deze instellingen van dien aard is dat het de stabiliteit van het Belgische of internationale financiële stelsel in gevaar kan brengen²³. Deze maatregelen, die identiek zijn voor de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen en de vereffeningsinstellingen en daarmee gelijkgestelde instellingen, zijn door de wet van 2 juni 2010 in de verschillende controlewetgevingen ingevoerd²⁴.

Een situatie waarin de Staat gemachtigd is om op te treden, houdt juridisch gezien in dat een inbreuk is gepleegd op het wettelijk toezichtsstatuut²⁵ die de financiële stabiliteit in het gedrang dreigt te brengen. Zodra is vastgesteld dat een dergelijke situatie zich voordoet, kan de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, de onderstaande maatregelen nemen hetzij op verzoek van de toezichthoudende autoriteit, hetzij op eigen initiatief maar in elk geval na het advies van de toezichthoudende autoriteit te hebben ingewonnen. In de parlementaire voorbereiding is gepreciseerd dat ingeval de toezichthoudende autori-

teit dit verzoek formuleert, het om proceseconomische redenen ook als haar advies moet worden beschouwd²⁶.

De tussenkost van de Staat houdt in dat de Koning de mogelijkheid heeft om ten gunste van de Staat of enige andere Belgische of buitenlandse publiek- of privaatrechtelijke persoon daden van beschikking te stellen, meer bepaald de overdracht, de verkoop of de inbreng van:

- activa, passiva of een of meerdere bedrijfstakken en, meer algemeen, alle of een deel van de rechten en verplichtingen van de betrokken instelling;
- al dan niet stemrechtverlenende aandelen, uitgegeven door de instelling, die al dan niet het kapitaal vertegenwoordigen.

Naar het voorbeeld van Engeland en Duitsland verleent een dergelijk prerogatief de Staat de bevoegdheid om in uitzonderlijke omstandigheden wanneer de financiële moeilijkheden die een instelling ondervindt een bedreiging vormen voor de stabiliteit van het financiële stelsel, de overdracht te bevelen van activa, bedrijfstakken of effecten die door haar zijn uitgegeven.

De vergoeding die betaald moet worden aan de eigenaars van de goederen of aan de houders van de rechten wordt vastgesteld in het besluit dat de overdracht van deze goederen of rechten regelt^{27, 28}. Als de bij koninklijk besluit aangewezen overnemer een andere persoon is dan de Staat, komt de prijs die door de overnemer verschuldigd is, als bedongen in de overeenkomst met de Staat, als vergoeding toe aan de eigenaars of houders volgens de verdeelsleutel die in hetzelfde besluit is vastgelegd²⁹.

Wat betreft de rechterlijke toetsing van de daden van beschikking die door de Koning worden bevolen en de mogelijke rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend, regelt een tweede wet van 2 juni 2010³⁰, die is aangenomen volgens de bicamerale procedure, de bescherming van de patrimoniale belangen van de eigenaars van de activa of de effecten waarvan de Koning de overdracht zou hebben bevolen. Deze wet³¹ die gebaseerd is op de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake onteigening ten algemene nutte, voert een specifieke gerechtelijke procedure in om te voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit artikel 16 van de Grondwet, artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag

22 Wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector (BS 14 juni 2010).

23 De wet geeft een aantal criteria op aan de hand waarvan getoetst kan worden of de stabiliteit van het financiële stelsel dreigt te worden aangetast: omvang van de deposito's van de betrokken kredietinstelling, belang op de kredietmarkt en rol in het financiële stelsel.

24 Respectievelijk via invoeging van een artikel 57bis in de bankwet, een artikel 26bis in de controlewet verzekeringen en een artikel 23bis in de wet van 2 augustus 2002.

25 Bijvoorbeeld bij niet-naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen van het bankstatuut (zie artikel 57, § 1, eerste lid van de bankwet).

26 Parl. St., Kamer 2009-2010, 52e zittingsperiode, 2406/001, p. 15.

27 In de praktijk zal deze schadeloosstelling aan de instelling zelf worden uitbetaald of aan de houders van de effecten die door de instelling zijn uitgegeven.

28 De wet bepaalt dat de schadeloosstelling uit een vast en een variabel gedeelte mag bestaan voor zover dit variabele gedeelte kan worden vastgesteld aan de hand van criteria die niet afhangen van de Staat noch van de overnemer.

29 Artikel 26bis, § 2 van de controlewet verzekeringen, artikel 57bis, § 2 van de bankwet en artikel 23bis, § 2 van de wet van 2 augustus 2002.

30 Wet van 2 juni 2010 tot aanvulling, wat de verhaalmiddelen betreft, van de wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector (BS 14 juni 2010).

31 Via invoeging van een artikel 57ter in de bankwet, een artikel 26ter in de controlewet verzekeringen en een artikel 23ter in de wet van 2 augustus 2002.

voor de Rechten van de Mens en artikel 6, § 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens³².

Dit impliceert in essentie dat de Staat, wanneer hij gebruik wenst te maken van de bevoegdheden om de overdracht van activa of aandelen te bevelen, de rechtbank van eerste aanleg van Brussel zal moeten saisisseren opdat deze, enerzijds, de wettigheid van de overdrachtshandeling en, anderzijds, het billijke karakter, *prima facie*, van de vooropgestelde schadeloosstelling zou verifiëren. Pas als de rechtbank bij vonnis vaststelt dat aan beide voorwaarden is voldaan, kan de eigendomsoverdracht plaatsvinden. Achteraf kunnen de eigenaars van wie de activa of effecten op die manier zijn overgedragen, nog om een herziening van de vergoeding vragen, weliswaar steeds voor dezelfde rechtbank, maar op dat moment kunnen zij de eigendomsoverdracht zelf niet meer in vraag stellen.

Voor het overige regelt de wet diverse aspecten die allen gericht zijn op het waarborgen van de doeltreffendheid en de rechtszekerheid van de maatregelen die de Koning neemt, meer bepaald wat betreft de invloed van deze maatregelen op de lopende overeenkomsten, de neutralisering van bepaalde regels aangaande het faillissement³³, de vraagstukken inzake aansprakelijkheid en de regels omtrent internationale bevoegdheid en toepasselijk recht.

De wet van 2 juni 2010 voert niet enkel deze regeling in maar zorgt ook nog voor een aantal belangrijke wijzigingen.

Allereerst worden de herstelmaatregelen waarin de verschillende controlewetten reeds voorzien, nader uitgewerkt. De artikelen 57 van de bankwet en 26 van de controlewet verzekeringen verlenen de toezichthouder al de bevoegdheid om de activiteiten van een kredietinstelling of een verzekeringsonderneming te schorsen. De wet preciseert dat dit prerogatief ook betrekking heeft op het schorsen van de uitvoering van de lopende overeenkomsten. Zo laat de aldus gewijzigde bepaling de toezichthouder bijvoorbeeld toe om voor een kredietinstelling, in voorkomend geval, de terugbetaling te schorsen van de cliënten-deposito's of andere terugbetaalbare gelden³⁴. Een andere wijziging stelt de toezichthouder, in afdoend gemotiveerde spoedeisende gevallen, in staat om onmiddellijk herstelmaatregelen te nemen in plaats van eerst een hersteltermijn te moeten opleggen. Dit geldt voor spoedeisende situaties waarin zo snel mogelijk moet kunnen worden ingegrepen zonder eerst een formele hersteltermijn te moeten opleggen, hetzij omdat de onderneming duidelijk in de onmogelijkheid verkeert om de toestand recht te zetten, hetzij omdat de belangen van de cliënten ernstig bedreigd zijn. Voor deze twee aspecten voert de nieuwe wet dezelfde wijzigingen in voor de beleggingsondernemingen, de beheerverenootschappen van instellingen voor collectieve belegging en de herverzekeringsondernemingen.

32 Parl. St., Kamer 2009-2010, 52e zittingsperiode, 2407/001.

33 Aldus geldt de niet-tegenwerpbaarheid in de gevallen waarin de artikelen 17, 18 en 20 van de faillissementswet voorzien niet wanneer de instelling of een van haar aandeelhouders failliet zou worden verklaard ná een interventie van de Staat.

34 Parl. St., Kamer 2009-2010, 52e zittingsperiode, 2406/001, p. 13.

Ten tweede haalt de wet van 2 juni 2010 de kredietinstellingen uit het toepassingsgebied van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen en breidt zij deze regel op grond van identieke overwegingen uit tot de andere ondernemingen die onder prudentieel toezicht staan³⁵.

Tot slot wijzigt de wet van 2 juni 2010 een aantal wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op de financiële instrumenten die in omloop zijn via inschrijving op een rekening³⁶. Het geldende wettelijk kader voor scripturale effecten kent aan de eigenaars van de betrokken financiële instrumenten een gezamenlijk terugvorderingsrecht toe op de effecten die zijn ingeschreven op naam van de tussenpersoon (aangesloten lid, rekeninghouder of erkende rekeninghouder) in geval van faillissement van deze laatste of in alle andere gevallen van samenloop.

Volgens deze bepalingen wordt het saldo, indien er onvoldoende effecten zijn, in principe verdeeld tussen de eigenaars in verhouding tot hun rechten. Een dergelijk tekort aan effecten kan zich voordoen wanneer de tussenpersoon, met toestemming³⁷ van de eigenaars, gebruik maakt van de effecten die hij voor hun rekening aanhoudt.

Met de wijziging die de wet van 2 juni 2010 invoert, zorgt zij ervoor dat de eigenaars die hun tussenpersoon geen toestemming hebben gegeven om hun effecten te gebruiken, niet delen in de verliezen ingevolge het gebruik dat van deze effecten is gemaakt en die gedragen worden door de eigenaars die hiervoor wel toestemming hebben gegeven. Bijgevolg zullen de eigenaars die geen toestemming hebben gegeven om over hun effecten te beschikken, bij het terugvorderen van hun effecten voorrang hebben op de eigenaars die hier wel toestemming voor hebben verleend. In dit verband is het van doorslaggevend belang dat de toestemming van de cliënten conform Richtlijn 2006/73/EG (artikel 19) op uitdrukkelijke wijze wordt verleend. Dit is de reden waarom deze wetswijziging pas in werking zal treden als precies is vastgesteld aan welke modaliteiten voldaan moet zijn om de toestemming van de cliënt als uitdrukkelijk te kunnen beschouwen³⁸, zonder dat deze toestemming louter wordt afgeleid van zijn onderschrijving van de algemene voorwaarden voor het openen van een rekening waarin een clause zou zijn opgenomen over het gebruik van de financiële instrumenten van cliënten.

35 Voor de motivering zie Parl. St., Kamer 2009-2010, 52e zittingsperiode, 2406/001, pp. 7 tot 11.

36 Respectievelijk (i) artikel 13 van het koninklijk besluit nr. 62 betreffende de bewaargeving van vervangbare financiële instrumenten en de vereffening van transacties op deze instrumenten, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 27 januari 2004, (ii) artikel 8 van de wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetair beleidsinstrumentarium, en (iii) artikel 471 van het W.Venn.

37 In verband met deze toestemming, zie artikel 77bis van de wet van 6 april 1995.

38 Deze precisering zou moeten worden ingevoegd in artikel 69, § 3 van het koninklijk besluit van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de MiFID-richtlijn.

Nieuwe regeling voor het beroepsverbod

De wet van 6 april 2010³⁹, die eveneens gewijd is aan het deugdelijk bestuur bij genoteerde vennootschappen⁴⁰, zorgt voor een hervorming van de geldende regeling inzake het beroepsverbod voor de leiders van vennootschappen uit de bank- en financiële sector⁴¹.

Deze hervorming is ingegeven door de noodzaak om, waar nodig, de rechtszekerheid van de regeling voor het beroepsverbod te versterken in het licht van de lering die door het Grondwettelijk Hof is getrokken uit de geldende regeling inzake het beroepsverbod voor de ondernemingen die onder het gemeen vennootschapsrecht ressorteren⁴².

De wetgever heeft ervoor geopteerd om artikel 19 van de bankwet als wettelijke referentie bepaling te beschouwen en in de andere sectorale wetten een verwijzing naar deze bepaling op te nemen. Hieronder schetsen wij bondig de krachtlijnen van deze hervorming.

Het automatische karakter van het beroepsverbod voor de bank- en financiële sector wordt behouden maar de termijn waarvoor het verbod wordt opgelegd, is voortaan beperkt in tijd⁴³. Zo geldt er thans een verbodsduur van twintig jaar ingeval er een gevangenisstraf van meer dan twaalf maanden is opgelegd. Er werd rekening gehouden met deze strafmaat die dermate zwaarwichtig is dat zij bij elke nieuwe veroordeling uitstel onmogelijk maakt⁴⁴. Voor de overige gevangenisstraffen of geldboetes, alsook voor de veroordelingen met uitstel is een verbodstermijn van tien jaar opgelegd.

Voor leiders die bij een faillissement betrokken zijn, houdt de nieuwe wet een versoepeling in van de regeling door het faillissement niet langer te beschouwen als een geval waarin een beroepsverbod wordt opgelegd en verwijst zij op dit punt naar het gemeen recht⁴⁵.

De nieuwe wet voorziet in een machtiging aan de Koning met het oog op een aanpassing van de lijst van de wetgevingen die de misdrijven aangeven waarvoor een beroepsverbod geldt, ingeval deze wetgevingen worden gewijzigd. Op te merken valt dat de Koning uitsluitend gemachtigd wordt om de lijst aan te passen, niet om ze uit te breiden.

39 Wet van 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank- en financiële sector (BS 23 april 2010).

40 Zie dit verslag, p. 78.

41 Deze wet verduidelijkt tevens de geldende regeling inzake het beroepsverbod voor de effectieve leiders van rechtspersonen die de hoedanigheid van tussenpersoon aanvragen. Zie dit verslag, p. 59.

42 Parl. St. Kamer, zitting 2009-2010, 52e legislatuur, 2336/001, pp. 28 tot 38, m.n. p. 32.

43 Wat het specifieke karakter betreft van de bank- en financiële sector, waardoor een strengere regeling verantwoord is dan voorgeschreven door het gemeen recht, verwijzen wij naar de parlementaire voorbereiding waar uitgebreid wordt uiteengezet op welke punten de nieuwe bepalingen stroken met het voorschrift van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (*Ibidem*, p. 33 tot 37).

44 *Ibidem*, p. 32.

45 Zie het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen, artikelen 3 tot 3ter.

De nieuwe regeling is van toepassing op vroegere situaties. Aangezien zij niet zo streng is als de vorige regeling, geldt zij voor alle situaties, inclusief voor de situaties die vóór haar inwerkingtreding zijn ontstaan. De bepaling bevestigt uitdrukkelijk dat de gevolgen van de voorheen door de CBFA verleende afwijkingen in de toekomst hun uitwerking blijven behouden.

Wet van 31 juli 2009 over de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector

De wet van 31 juli 2009⁴⁶ heeft richtlijn 2007/44/EG van 5 september 2007⁴⁷ in Belgisch recht omgezet. Die richtlijn strekt ertoe een uniform kader in te voeren zodat, bij de verwerving of vergroting van gekwalificeerde deelnemingen, kan worden beoordeeld of de betrokken aandeelhouders over de vereiste kwaliteiten beschikken om een gezond en voorzichtig beheer te waarborgen van de financiële instellingen waarop prudentieel toezicht wordt uitgeoefend.

Om discrepanties tussen de nationale wetgevingen van de lidstaten te vermijden, heeft deze richtlijn voor een maximale harmonisatie geopteerd die de lidstaten dan ook geen inhoudelijke keuze laat wat de omzetting betreft.

De richtlijn strekt ertoe, voor de beoordeling van kandidaat-verwerwers, een identieke regeling in te voeren in de prudentiële wetgevingen die gelden voor de kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, herverzekeringsondernemingen en beleggingsondernemingen.

De aldus ingevoerde uniforme regeling berust op de volgende elementen:

- de beperking van het aantal deelnemingspercentages die, als ze worden overschreden, de prudentiële beoordeling van de kandidaat-verwerwer noodzakelijk maken;
- de vaststelling van een procedure en van precieze termijnen om tot deze beoordeling over te gaan;
- de limitatieve opsomming van criteria van strikt prudentiële aard op basis waarvan de beoordeling moet worden verricht, met toepassing van het evenredigheidsbeginsel;
- de verplichting voor de lidstaten om een volledige en op het evenredigheidsbeginsel gebaseerde lijst openbaar te maken van de inlichtingen die de kandidaat-verwerwers aan de bevoegde autoriteiten moeten verstrekken om de beoordeling mogelijk te maken.

46 Wet van 31 juli 2009 tot omzetting van Richtlijn 2007/44/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (BS 8 september 2009, 2de editie, p. 61322).

47 Richtlijn 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot wijziging van Richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PB L 247 van 21 september 2007).

Met het oog op een uniforme toepassing van deze nieuwe bepalingen hebben CEBS, CEIOPS en CESR in december 2008 gedragslijnen⁴⁸ goedgekeurd, die ertoe strekken te zorgen voor een algemeen begrip van de verschillende, in de richtlijn opgesomde beoordelingscriteria, een efficiënte samenwerking tussen de bevoegde autoriteiten aan te moedigen wanneer de bijzonderheden van een verwerving dit vereisen, en op uniforme wijze en eveneens op grond van het evenredigheidsbeginsel de lijst op te maken van de informatie die de kandidaat-verwerwers moeten verstrekken.

Op grond daarvan heeft de wet van 31 juli 2009 de bepalingen van de richtlijn in zo identiek mogelijke bewoordingen omgezet, en daarbij de volgende wetten gewijzigd:

- de bankwet;
- de controlewet verzekeringen;
- de controlewet herverzekeringbedrijf;
- de wet van 6 april 1995;
- de ICB-wet, wat de beheervenootschappen van ICB's betreft. Hoewel richtlijn 2007/44/EG niet op die vennootschappen van toepassing is, heeft de wetgever het toch wenselijk geacht ze in deze hervorming op te nemen met het oog op de coherentie van de prudentiële wetgevingen.

Het aantal deelnemingspercentages die, als ze worden overschreden, de beoordeling van de geschiktheid van de kandidaat-verwerver noodzakelijk maken, wordt door de richtlijn beperkt tot vier (gekwalficeerde deelneming⁴⁹, 20 %, 30 % en 50 %). Bij overschrijding van die percentages moeten de kandidaat-verwerwers dus een kennisgeving verrichten aan de CBFA.

De wet van 31 juli 2009 heeft, op grond van de 6^{de} considerans van de richtlijn die stelt dat *"deze richtlijn de lidstaten niet belet te verlangen dat de bevoegde autoriteiten in kennis worden gesteld van verwervingen van deelnemingen die onder de in deze richtlijn vastgestelde drempels liggen, zolang te dien einde ten hoogste één extra drempel van minder dan 10 % door een lidstaat wordt opgelegd"*, bovendien - met een louter informatief doel - een kennisgevingsplicht behouden als het deelnemingspercentage van 5 % wordt overschreden. Ook een deelneming die geen 10 % bedraagt, kan immers een gekwalficeerde deelneming zijn, als zij de houder ervan in staat stelt een invloed van betekenis uit te oefenen op het beheer van de financiële instelling. Het behoud van die kennisgevingsdrempel moet het mogelijk ma-

ken een eventuele invloed op te sporen die zou betekenen dat er een gekwalficeerde deelneming bestaat. Als deze drempel wordt overschreden, zal dat echter geen aanleiding geven tot de beoordeling van de verwerver en zal de CBFA evenmin bevoegd zijn om zich tegen die verwerving te verzetten.

Met toepassing van de nieuwe wettelijke bepalingen⁵⁰ heeft de CBFA op haar website de lijst van informatie gepubliceerd die kandidaat-verwerwers moeten verstrekken in het vooruitzicht van de prudentiële beoordeling van de door hen geplande verwervingen. Bij de opstelling van die lijst heeft de CBFA terdege rekening gehouden met de lijst van informatie die de drie Europese comités van prudentiële toezichthouders in hun voornoemde gedragslijnen hadden vastgesteld. Om de concrete tenuitvoerlegging van de nieuwe wettelijke bepalingen te vergemakkelijken, heeft de CBFA bovendien beslist om:

- verschillende begrippen in herinnering te brengen of te verduidelijken met betrekking tot situaties waarin haar een kennisgeving moet worden gestuurd ; zij heeft daarbij bijzondere aandacht besteed aan de verduidelijking van het begrip "onrechtstreekse gekwalficeerde deelneming", dat niet wettelijk gedefinieerd is en momenteel op Europees niveau ook niet overal op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd;
- de kandidaat-verwerwers van een deelneming praktische kennisgevingsmodaliteiten aan te bevelen die een snel en efficiënt onderzoek van hun plannen mogelijk moet maken, gelet op de strikte termijnen waarover zij daartoe beschikt ; één van die modaliteiten houdt in dat zij kennisgevingsformulieren ter beschikking stelt;
- de essentiële onderdelen van de wettelijke beoordelingsprocedure (beoordelingscriteria en -termijnen, gevallen waarin die termijnen kunnen worden opgeschort, ...) te herhalen en, in voorkomend geval, te verduidelijken.

Dat is precies de doelstelling van de "Mededeling aan de personen die voornemens zijn een gekwalficeerde deelneming in het kapitaal van een financiële onderneming te verwerven, te vergroten, te verkleinen of te vervreemden"⁵¹, die de CBFA op haar website heeft gepubliceerd.

Daarnaast heeft de CBFA de financiële instellingen ook een circulaire gestuurd⁵² die er, enerzijds, toe strekt hen op de hoogte te brengen van de publicatie van voornoemde mededeling aan de kandidaat-verwerwers en, anderzijds, de modaliteiten te actualiseren met betrekking tot de naleving van hun wettelijke verplichtingen inzake de jaarlijkse kennisgeving over de bekende samenstelling van hun aandeelhouderskring en inzake de occasionele kennisgeving over de verwervingen en

48 *Guidelines for the prudential assessment of acquisitions and increases in holdings in the financial sector required by Directive 2007/44/EC.*

49 In artikel 3, § 1, 3^o, van de bankwet wordt een "gekwalficeerde deelneming" gedefinieerd als "het rechtstreeks of onrechtstreeks bezit van ten minste 10 % van het kapitaal van een vennootschap of van de stemrechten die zijn verbonden aan de door deze vennootschap uitgegeven effecten, dan wel elke andere mogelijkheid om een invloed van betekenis uit te oefenen op het beleid van de vennootschap waarin wordt deelgenomen".

50 Zie het nieuwe artikel 24, § 3, derde lid, van de bankwet en de nieuwe analoge bepalingen in de andere betrokken toezichtswetten.

51 Mededeling CBFA_2009_31 van 18 november 2008.

52 Circulaire CBFA_2009_32 van 18 november 2009 gericht aan de financiële instellingen met betrekking tot de verwervingen, vergrotingen, verkleiningen of vervreemdingen van gekwalficeerde deelnemingen in hun kapitaal.

vervreemdingen van hun effecten of aandelen – zodra zij daarvan kennis krijgen – die tot gevolg hebben dat een aandeelhouder een door de wet gedefinieerde kennisgevingsdrempel overschrijdt. Deze nieuwe circulaire vervangt de desbetreffende vroegere circulaires.

De CBFA is wettelijk verplicht om binnen twee werkdagen de ontvangst te bevestigen van de kennisgevingen die zij ontvangt, voor zover zij vergezeld gaan van alle vereiste informatie.

Nieuw wettelijk kader met betrekking tot de voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme

In de loop van het jaar 2010, werd het gehele wettelijk kader ter voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme aangepast. Het aangepaste geheel omvat enerzijds de gewijzigde witwaswet, en anderzijds het nieuwe reglement⁵³ en de nieuwe circulaire⁵⁴ van de CBFA.

Voor de financiële sector hadden de aanpassingen hoofdzakelijk betrekking op de structuur van het wettelijk kader. De inhoudelijke aanpassingen waren daarentegen eerder beperkt: het Belgische anti-witwasdispositief werd in 2004 reeds grondig aangepast aan de nieuwe FATF-aanbevelingen, met het oog op de FATF-evaluatie van België in 2005. Naar aanleiding van deze evaluatie is gebleken dat het Belgische preventieve anti-witwasdispositief in ruime mate in overeenstemming was met de FATF-aanbevelingen.

Echter, aangezien de Europese richtlijn 2005/60⁵⁵, die de nieuwe FATF-aanbevelingen heeft opgenomen in de Europese rechtsorde, gekenmerkt werd door een geheel nieuwe structuur, leek het – met het oog op de leesbaarheid en rechtszekerheid – aangewezen om deze structuur over te nemen in de Belgische wetgeving.

Bijgevolg hebben de meeste aanpassingen aan de witwaswet betrekking op het hergroeperen van bepaalde verplichtingen in eenzelfde artikel of hoofdstuk enerzijds, en het verschuiven van verplichtingen die opgenomen waren in het reglement van de CBFA naar het niveau van de wet anderzijds. Rekening houdend met deze grondige herschikking van de wet, dienden het bestaande reglement en de circulaire bijgevolg eveneens vervangen te worden door een nieuwe tekst.

53 Reglement van de CBFA van 23 februari 2010 betreffende de voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 16 maart 2010, en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 24 maart 2010.

54 Circulaire CBFA_2010_09 van 6 april 2010 - Waakzaamheidsplicht ten aanzien van het cliënteel, voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen van geld en terrorismefinanciering, en voorkoming van de financiering van de proliferatie van massavernietigingswapens.

55 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

Aanpassingen aan de witwaswet

Naast de reeds vermelde aanpassingen op het vlak van de structuur, kunnen een (beperkt) aantal nieuwigheden op inhoudelijk vlak worden aangestipt.

Zo werd het toepassingsgebied *ratione personae* uitgebreid tot de ICB's die hun effecten rechtstreeks verhandelen bij het publiek enerzijds, en de vereffeninginstellingen bedoeld in artikel 23, § 1 van de wet van 2 augustus 2002 anderzijds.

Andere wijzigingen hadden onder meer betrekking op de aard van de in te winnen identificatiegegevens voor de natuurlijke personen, de definitie van politiek prominente personen, de invoering van uitzonderingen op het "tipping off" verbod⁵⁶, en de bevoegdheden van de verschillende controleoverheden.

Voorts kan tevens de aandacht worden gevestigd op het feit dat artikel 16, § 3 van de wet de financiële instellingen heden de mogelijkheid biedt om het Rijksregister te consulteren (door middel van een getrappt systeem, via de beroepsorganisaties) met het oog op de verificatie van de identiteit van klanten die op afstand werden geïdentificeerd.

De vroegere bepalingen van het reglement van de CBFA over de verscherpte klantenonderzoeksmaatregelen ten aanzien van "politiek prominente personen" zijn nu in de wet opgenomen en conform de ter zake geldende richtlijn⁵⁷ gewijzigd. Bijgevolg moeten voortaan enkel nog verscherpte klantenonderzoeksmaatregelen worden genomen ten aanzien van buitenlandse politiek prominente personen.

Daarnaast voorziet de wet nog in een uitbreiding van enerzijds het regime van vereenvoudigd klantenonderzoek (ten aanzien van klanten of producten die een laag risico op witwassen van geld of financiering van terrorisme inhouden) en anderzijds de mogelijkheden waarbij een beroep kan worden gedaan op een derde zaakaanbrenger⁵⁸.

Verder kan ook nog worden vermeld dat voortaan de uiteindelijke begunstigen van een vennootschap gedefinieerd worden als de natuurlijke persoon of personen die de uiteindelijke eigenaar zijn van meer dan 25 % van de aandelen of stemrechten van die vennootschap, of die dit percentage rechtstreeks of onrechtstreeks houden⁵⁹.

56 Zie artikel 30 van de wet, i.e. het verbod om het feit dat een melding werd verricht aan de CFI kenbaar te maken.

57 Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie van 1 augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigde klantenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten.

58 Zie artikel 10 van de wet.

59 Om de identificatie van de uiteindelijke begunstigen te vergemakkelijken, is het Wetboek van Vennootschappen zo gewijzigd dat de aandeelhouders van andere naamloze vennootschappen die aandelen aan toonder of gedematerialiseerde aandelen hebben uitgegeven dan diegene waarop de wettelijke bepalingen over de transparantie van de aandeelhouderskring eerder al betrekking hadden, ertoe verplicht zijn om die vennootschappen ervan op de hoogte te brengen als zij de drempel van 25 % van het kapitaal of de stemrechten overschrijden. Bovendien verplicht de witwaswet de cliënten die vennootschappen en rechtspersonen zijn, voortaan om de financiële instellingen waarmee zij een zakenrelatie aanknopen, op de hoogte te brengen van de identiteit van hun uiteindelijke begunstigen.

Bovendien moet worden opgemerkt dat, naar aanleiding van deze wetwijziging, de bevoegdheid van de Cel voor financiële informatieverwerking om de uitvoering van financiële verrichtingen op te schorten als de vermoedens voldoende gegrond blijken, werd uitgebreid tot de verrichtingen die door andere financiële instellingen moeten worden uitgevoerd dan door de instelling die de verdachte verrichting oorspronkelijk heeft gemeld.

Tot slot is de wettelijke bescherming tegen het gevaar voor represailles die wordt geboden aan personen die verdachte verrichtingen melden, verscherpt door de betrokkenen meer anonimiteit te garanderen dan in het verleden.

Het nieuwe reglement van de CBFA

Gelet op het feit dat een aantal bepalingen die vroeger in het reglement van de CBFA van 27 juli 2004 vervat zaten, nu in de wet zijn opgenomen, hielden de belangrijkste wijzigingen die door het reglement van de CBFA van 23 februari 2010 in haar reglement van 27 juli 2004 zijn aangebracht, met name de schrapping van de overtollige bepalingen in.

Het nieuwe reglement definieert ook de wijze waarop bepaalde nieuwe wettelijke bepalingen ten uitvoer moeten worden gelegd, met name de bepalingen over de raadpleging van het Rijksregister om de identiteit te verifiëren van cliënten die niet fysiek aanwezig zijn bij hun identificatie, of de voorwaarden waaronder de informatie die de cliënten die vennootschappen of andere rechtspersonen zijn, over de uiteindelijke begunstigten verstrekken, als toereikend mag worden beschouwd om te voldoen aan de verplichting tot identificatie van de betrokken effectieve begunstigten.

De wijziging van het reglement is ook benut om, op basis van de sinds 2004 opgedane ervaring, uitvoeringsmodaliteiten voor de wettelijke verplichtingen te definiëren die beter rekening houden met de kenmerkende bijzonderheden van bepaalde situaties. Zo voert het reglement nieuwe modaliteiten in voor de identificatie en de identiteitsverificatie van de werknemers van professionele tegenpartijen. Verder bepaalt het reglement ook onder welke voorwaarden financiële instellingen, in bepaalde duidelijk omschreven en beperkte gevallen, verwijzingen naar de bij de cliëntenidentificatie opgevraagde bewijsstukken mogen bewaren in plaats van een afschrift van die stukken. Overigens aanvaardt en regelt het reglement ook de door de Europese richtlijn toegestane versoepeling met betrekking tot het moment waarop de identiteit van de cliënt moet worden geverifieerd bij de opening van een bankrekening.

De nieuwe circulaire van de CBFA

In het licht van de wijzigingen in het wettelijke en reglementaire kader diende de CBFA ook haar witwascirculaire aan de financiële instellingen te actualiseren. Evenmin als de wijzigingen in de wettelijke en reglementaire bepalingen hebben ook de wijzigingen in de circulaire van de CBFA de inhoud daarvan fundamenteel gewijzigd.

De circulaire is eigenlijk een handleiding die de betrokken financiële instellingen de nodige verduidelijkingen verstrekt in het vooruitzicht van een effectieve toepassing van de regeling tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

Vanuit dat oogpunt is de nieuwe circulaire uitvoeriger dan de vorige, te meer daar zij ook Verordening (EG) nr. 1781/2006⁶⁰ en de door CEBS, CEIOPS en CESR in hun "Common Understanding" van 16 oktober 2008 verstrekte toelichtingen bij die Europese Verordening bevat.

Bovendien is het toepassingsgebied van de circulaire uitgebreid tot de verplichtingen van de financiële instellingen op het vlak van de voorkoming van de proliferatie van massavernietigingswapens, die eveneens worden gedefinieerd via rechtstreeks toepasselijke Europese verordeningen waarop de aandacht van de financiële instellingen specifiek wordt gevestigd.

Mededelingen van de CBFA over de landen die de FATF-aanbevelingen niet of onvoldoende naleven

In februari en juni 2009 heeft de Financial Action Task Force (FATF) zijn vroegere waarschuwingen herhaald over de ernstige tekortkomingen in het systeem van de Islamitische Republiek Iran ter bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. De FATF riep alle landen op om doeltreffende tegenmaatregelen te nemen om hun financiële sector te beschermen tegen de risico's van witwassen en terrorismefinanciering die van dat land uitgaan, en om zich te hoeden voor correspondentbankrelaties die worden gebruikt om de tegenmaatregelen en de risicobeperkende praktijken te omzeilen of te vermijden.

Bovendien bestond er een consensus tussen de EU-lidstaten om van de financiële instellingen te eisen dat zij een verhoogde waakzaamheid aan de dag zouden leggen bij de uitvoering van verrichtingen of het aangaan of onderhouden van zakenrelaties met personen of entiteiten die banden hebben met Iran, en met name wanneer zij interbancaire relaties aangaan of onderhouden met in Iran gevestigde banken.

In België vormde het CBFA-reglement van 27 juli 2004 betreffende de voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme een afdoende wettelijke grondslag om de door de FATF aanbevolen verhoogde waakzaamheid aan de dag te kunnen leggen, zonder dat daarvoor eerst nieuwe reglementaire bepalingen dienden te worden uitgewerkt. Wat meer specifiek de correspondentbankrelaties betreft, voorzag dat reglement in specifieke maatregelen met betrekking tot een nieuw onderzoek van die relaties, indien de betrokken financiële instelling in kennis zou worden gesteld van informatie die het vertrouwen zou kunnen ondermijnen in de wettelijke en reglementaire voorschriften tot bestrijding van het witwassen van geld en de financiering

⁶⁰ Verordening (EG) nr. 1781/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 november 2006 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler.

van terrorisme van het land van vestiging van de financiële instelling-cliënt.

Op basis van die grondslag heeft de CBFA de aan de bepalingen van de witwaswet onderworpen financiële instellingen op 1 juli 2009 een mededeling gestuurd, om hun aandacht te vestigen op de publieke waarschuwing van de FATF voor Iran⁶¹. In die mededeling verzocht de CBFA met name de kredietinstellingen om haar binnen twee maanden de lijst te bezorgen van de kredietinstellingen naar Iraans recht of gevestigd in Iran waarmee zij een zakenrelatie onderhouden, en haar te informeren over de conclusies van het nieuwe onderzoek van hun relaties met elk van die instellingen en over de eventuele maatregelen die zij naar aanleiding van dat onderzoek hadden genomen.

Eveneens in februari en juni 2009 heeft de FATF de financiële instellingen aanbevolen een verhoogde waakzaamheid aan de dag te leggen ten aanzien van Oezbekistan en Turkmenistan, zonder hen echter op te roepen tegenmaatregelen tegen die landen te nemen. Bovendien had ook Moneyval⁶² in december 2008 al een soortgelijke waarschuwing gepubliceerd over Azerbeidzjan. In haar mededeling van 1 juli 2009 heeft de CBFA de in België gevestigde financiële instellingen dan ook aanbevolen een verhoogde waakzaamheid aan de dag te leggen wanneer zij verrichtingen uitvoeren dan wel zakenrelaties aangaan of onderhouden met personen die banden hebben met die drie landen.

Tot slot heeft de CBFA in voornoemde mededeling ook de aandacht gevestigd op een bericht van de FOD Financiën, waarin alle betrokkenen worden gewezen op de verplichtingen die verbonden zijn aan de toepassing van de wettelijke en reglementaire maatregelen voor een financieel embargo en de bevrozing van tegoeden ten aanzien van bepaalde, door de Verenigde Naties, de Europese Unie en België aangeduide personen en entiteiten⁶³.

Gelet op de beslissingen die de VN-Veiligheidsraad, de FATF en de Raad van Europa in juni en juli 2010 ten aanzien van Iran hebben genomen, en op de recente beslissingen van de FATF ten aanzien van de andere landen waarvan de mechanismen voor de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme ernstige lacunes vertonen, heeft de CBFA haar mededeling van 1 juli 2009 geactualiseerd via een mededeling van 25 augustus 2010⁶⁴.

61 Mededeling CBFA_2009_27 van 1 juli 2009.

62 Moneyval is een comité van deskundigen op het vlak van de beoordeling van de maatregelen ter bestrijding van het witwassen van kapitaal en de terrorismefinanciering, dat is opgericht onder auspiciën van de Raad van Europa.

63 Bericht van de FOD Financiën - Administratie van de Thesaurie, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 18 mei 2009.

64 Mededeling CBFA_2010_18 van 25 augustus 2010.

Circulaires over de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen

De circulaire van 8 mei 2009⁶⁵ bevat de nieuwe richtlijnen van de Commissie inzake de opdracht van de erkende commissarissen tot medewerking aan het prudentieel toezicht bij financiële instellingen onder prudentieel toezicht⁶⁶, met uitzondering van de verzekeringsondernemingen, de IBP's en de ICB's.

De circulaire van 9 februari 2010⁶⁷ heeft de richtlijnen van de Commissie tot de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen uitgebreid.

De nieuwe circulaires vervangen de bestaande circulaires⁶⁸ met als uitgangspunt de wijzigingen aan de bepalingen in de toezichtwetten en -besluiten betreffende het revisoraal toezicht.

De richtlijnen van de CBFA werden vervolledigd met een Belgische professionele norm voor de erkende commissarissen, met inbegrip van voorbeeldverslagen⁶⁹. De nieuwe professionele norm vervangt de specifieke normen inzake de controle van de kredietinstellingen van 5 november 1993 en van verzekeringsondernemingen van 29 juni 1979.

De circulaires lichten de drie kerntaken van de erkende commissaris toe zoals vastgelegd in de wet: het verslag over de periodieke staten en dit per type van instelling, het verslag over de interne controle en de informatie-uitwisseling tussen de CBFA en de erkende commissarissen.

Verslaggeving over de periodieke staten

De werkzaamheden van de erkende commissaris betreffende de periodieke prudentiële rapportering hebben tot

65 Circulaire CBFA_2009_19 van 8 mei 2009.

66 Het gaat om volgende instellingen:

- kredietinstellingen naar Belgisch recht;
- beursvennootschappen naar Belgisch recht;
- beheervenootschappen van ICB's naar Belgisch recht;
- vereffeninginstellingen en de met vereffeninginstellingen gelijkgestelde instellingen naar Belgisch recht;
- in België gevestigde bijkantoren van kredietinstellingen, beursvennootschappen en beheervenootschappen van ICB's die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de EER;
- in België gevestigde bijkantoren van de hiervoor genoemde instellingen die ressorteren onder het recht van een Staat die geen lid is van de EER;
- financiële holdings naar Belgisch recht; en
- financiële dienstengroepen naar Belgisch recht (gemengde financiële holding naar Belgisch recht).

67 Circulaire CBFA_2010_06 van 9 februari 2010 - Medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen.

68 Circulaire D1 99/1 van 12 maart 1999 (opdracht van de erkende commissaris bij kredietinstellingen en financiële holdings en de in België gevestigde bijkantoren van deze instellingen) en circulaire D4/EB/2001/2 van 30 november 2001 (opdracht van de erkende commissaris bij beursvennootschappen en de in België gevestigde bijkantoren van deze instellingen).

Nota's E1 tot en met E9 aan de erkende commissarissen, nota van 14 december 1988, circulaires van 20 december 1989, 8 januari 1992 en 5 april 2000 alsook instructies aan de commissaris in mededeling D.208 van 3 december 2001.

69 Het bericht dat de norm is goedgekeurd werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 12 januari 2011 door de Minister die bevoegd is voor Economie.

doel aan het einde van het eerste halfjaar en aan het einde van het jaar verslag uit te brengen over de resultaten van respectievelijk een beperkt nazicht en een controle.

De bewoordingen van de rapportering van de erkende commissaris zijn vastgelegd in de verschillende controleretten en betreffen de conformiteit van de prudentiële rapportering met de richtlijnen van de CBFA, de toepassing van de boekings- en waarderingsregels voor de opstelling van de jaarrekening en de volledigheid en juistheid van de gerapporteerde staten.

De richtlijnen van de CBFA bevatten afzonderlijke secties voor de verschillende toezichtstatuten, waarbij voor elk statuut de prudentiële rapportering nauwkeurig wordt omschreven alsook de omvang van de revisorale werkzaamheden voor het nazicht van de naleving van de reglementaire normen en verplichtingen betreffende de eigen-vermogensregeling worden verduidelijkt.

In overleg met de erkende commissarissen worden hun opdrachten gekaderd in internationale audit en *assurance* normen zoals uitgevaardigd door de IAASB. Het beperkt nazicht van de periodieke staten per einde halfjaar dient te worden uitgevoerd overeenkomstig de internationale standaard *ISRE 2410 - International Standard on Review Engagements - Review of interim financial information performed by the independent auditor of the entity* en de richtlijnen van de CBFA. De controle van de periodieke staten per einde jaar dient te worden uitgevoerd overeenkomstig de *International Standards on Auditing* en de richtlijnen van de CBFA.

Verslaggeving over de interne controle

De opdracht van de erkende commissaris inzake de interne controle betreft de beoordeling van de interne controlemaatregelen die de instellingen hebben getroffen en het meedelen van de bevindingen aan de CBFA. De belangrijkste elementen in deze beoordeling vormen het verslag van de personen belast met de effectieve leiding en de kennis die de erkende commissaris verkrijgt en de documentatie die hij opstelt in het kader van zijn certificatie van de jaarrekening. De Commissie verwacht dat de erkende commissaris onderzoekt of voornoemd verslag van de effectieve leiding weerspiegelt hoe deze te werk is gegaan bij het opstellen van het verslag en of dit wordt ondersteund met voldoende documentatie. Om dit doel te bereiken bevatten de circulaire een aantal minimumprocedures die de erkende commissaris dient uit te voeren, zoals het verkrijgen van voldoende kennis over de instelling en haar omgeving en het nazicht van de documentatie ter ondersteuning van het verslag van de effectieve leiding.

De circulaire refereren op verschillende plaatsen naar de verklaring van de effectieve leiding inzake prudentiële rapportering en de verslaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het interne controlesysteem⁷⁰. Beide verklaringen van de effectieve leiding vloeien voort uit de wijzigingen in de toezichtwetten en -besluiten be-

treffende het revisoraal toezicht. De verklaringen zijn belangrijk voor het revisoraal werk omwille van het algemeen aanvaarde principe dat een revisor zich enkel kan uitspreken nadat de effectieve leiding zich heeft uitgesproken, net zoals de effectieve leiding de jaarrekening opstelt en de revisor hierover een verklaring aflevert.

Informatie-uitwisseling

De bestaande bepalingen met betrekking tot de informatie-uitwisseling tussen de CBFA en de erkende commissarissen werden niet gewijzigd. Deze informatie-uitwisseling neemt drie vormen aan. Er zijn ten eerste de mededelingen die de erkende commissarissen op eigen initiatief aan de Commissie verrichten in het kader van de zogenaamde signaalfunctie. Deze functie houdt in dat de erkende commissaris de CBFA inlicht van zodra deze kennis krijgt van beslissingen, feiten of ontwikkelingen die de positie van de instelling op betekenisvolle wijze kan beïnvloeden, zowel financieel, organisatorisch als inzake interne controle. Ook dienen overtredingen op het Wetboek van Vennootschappen, de statuten, de toezichtswet en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en reglementen te worden gemeld, alsook een weigering van de certificatie of de formulering van een voorbehoud.

Voorts bezorgen de erkende commissarissen de CBFA een kopie van de mededelingen die zij aan de effectieve leiding van de instelling onder toezicht richten.

Ten slotte zijn er de contacten die de CBFA zelf onderhoudt met de erkende commissarissen, zoals de regelmatige besprekingen over de gecontroleerde instellingen. De CBFA zorgt ervoor de commissaris te verwittigen wanneer zij bij de instelling een audit zal verrichten. Zij stuurt de commissaris in de regel een kopie van de correspondentie die zij aan de instelling richt.

Circulaire inzake behoorlijk beloningsbeleid

De CBFA heeft een circulaire gepubliceerd over behoorlijk beloningsbeleid bij financiële instellingen (hierna "de circulaire beloningsbeleid" genoemd)⁷¹. Deze circulaire is prudentieel van aard en heeft onder meer tot doel te vermijden dat remuneratieprikkels zouden worden gegeven die medewerkers van een financiële instelling ertoe zouden aanzetten om excessieve risico's te nemen.

De circulaire beloningsbeleid sluit aan bij internationale initiatieven die op dit vlak zijn genomen, zoals de beginselen van de *Financial Stability Board* op niveau van de G-20.

De beginselen die vervat zijn in de circulaire zijn, net als de beginselen van de circulaire *internal governance*⁷², van toepassing op de Belgische kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, herverzekeringsondernemingen, beleggingsondernemingen, beheervennootschappen van

70 Zie hierover het CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 16.

71 Circulaire CBFA_2009_34 d.d. 26 november 2009, aanbeveling inzake behoorlijk beloningsbeleid van financiële instellingen.

72 Circulaire PPB-2007-6-CPB-CPA d.d. 30 maart 2007, prudentiële verwachtingen van de CBFA inzake het deugdelijk bestuur van financiële instellingen.

ICB's, vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen. Ze gelden eveneens voor de in België onder het toezicht van de CBFA geplaatste moederondernemingen van financiële groepen in het kader van het aanvullend of geconsolideerd groepstoezicht, alsook op de Belgische bijkantoren van financiële instellingen die niet onder het recht van een lidstaat van de Europese Unie ressorteren.

Betrokken personen

De gereguleerde instelling dient zelf aan te geven voor welke categorieën van medewerkers zij voornemens is een beloningsbeleid uit te stippelen en vervolgens verder uit te werken. De circulaire beloningsbeleid geeft weliswaar vier voorbeelden van mogelijke categorieën, maar het is aan de instelling zelf om deze categorieën nader te bepalen afhankelijk van haar aard, omvang en specifieke activiteiten. Deze categorieën bestaan uit leden van het bestuursorgaan, de effectieve leiding, medewerkers die sleutelfuncties of onafhankelijke controlefuncties uitoefenen en zogenaamde *risk takers*, i.e. personen die zowel individueel als collectief een sterke impact kunnen hebben op het risicoprofiel van de financiële instelling. De instelling dient daarbij voor ogen te houden dat het beloningsbeleid voor alle personeelsleden steeds moet kaderen in een gezond risicobeheer.

Voor het implementeren van de aanbevelingen over governance, risicogerelateerdheid en transparantie (zie hieronder) dient het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen. Dit kan zowel op het niveau van de financiële sector (kleinere instellingen met een relatief eenvoudig risicoprofiel versus complexe, systemische instellingen), als op het niveau van de instelling zelf (hoe groter de effectieve invloed van een persoon of een personeelscategorie binnen de organisatie, hoe strikter de beginselen moeten worden toegepast).

Governance

Het organisatorische kader voor het remuneratiebeleid van een instelling dient belangenconflicten te vermijden en te beheersen. In de praktijk geldt als algemene regel dat niemand over zijn eigen remuneratie mag beslissen. Hiervoor moet de doorslag worden gegeven door objectieve criteria die eventueel zijn aangegeven door de onafhankelijke controlefuncties (zoals interne audit, *compliance* en risicobeheer).

Behoudens de bevoegdheden van de algemene vergadering, vervult de raad van bestuur een dubbele rol wat de remuneratie betreft. Enerzijds stelt hij het algemene remuneratiebeleid vast en anderzijds bepaalt hij de remuneratie van de effectieve leiding en van de uitvoerend bestuurders. Volgens de circulaire verdient het aanbeveling de raad van bestuur te laten bijstaan door een onafhankelijk remuneratiecomité dat is samengesteld uit niet-uitvoerend bestuurders. De effectieve leiding is dan weer belast met de tenuitvoerlegging van het beloningsbeleid voor de personeelsleden voor wie de raad van bestuur geen individuele beslissing neemt. Voortaan is het remuneratiebeleid tevens onderdeel van het *inter-*

nal governance memorandum en ook van de jaarlijkse internecontroleverklaring van de effectieve leiding.

Wie betrokken is bij het vaststellen en uitwerken van het remuneratiebeleid dient te beschikken over de nodige expertise en functionele onafhankelijkheid. Dit laatste is des te crucialer voor de onafhankelijke controlefuncties waar er in geen enkel geval een rechtstreeks verband mag bestaan tussen de vergoeding en de gecontroleerde activiteiten.

Risicogerelateerdheid van de remuneratie

Als algemeen principe geldt dat een instelling een denkoefening moet wijden aan het meest geschikte type remuneratiebeleid, rekening houdend met haar strategie, waarden en langetermijndoelstellingen en daarbij horende risicotolerantie en -beheersing. Belangrijk is dat het remuneratiebeleid de medewerkers van een instelling er geenszins mag toe aanzetten buitensporige risico's te nemen. Bovendien moet de instelling steeds in staat zijn om een uiterst flexibel bonusbeleid te voeren. Zo nodig moeten de (uitgestelde) bonussen volledig tot nul kunnen worden herleid. Gegarandeerde bonussen zijn niet langer toelaatbaar.

Dit leidt tot een aantal specifiekere richtsnoeren:

- Wanneer prestaties worden gemeten met het oog op het toekennen van een variabele vergoeding, zouden verschillende jaren in aanmerking moeten worden genomen zodat de beoordeling betrekking heeft op een langere termijn⁷³. De circulaire geeft als aanbeveling om voor deze beoordeling uit te gaan van een combinatie van prestaties, met name op individueel niveau, op niveau van het bedrijfsonderdeel en op groepsniveau. Om de individuele prestaties te beoordelen wordt zowel rekening gehouden met financiële als met niet-financiële criteria. Voor deze laatste criteria is het aangewezen om risicocorrigerende criteria op te nemen in de prestatiemeting. Dit zijn bijvoorbeeld het naleven van interne regels, het bereiken van risicobeheerdoelstellingen, het ontbreken van opmerkingen van de interne audit enz.⁷⁴, met dien verstande dat een mindere prestatie op het gebied van deze niet-financiële criteria de overhand moet kunnen hebben op goede financiële prestaties (de zogenaamde *knock-out* criteria).
- De instelling krijgt tevens de raad om nog een risicocorrectie (*risk adjustment*) toe te passen alvorens de hoogte van de variabele vergoeding definitief vast te stellen, teneinde rekening te houden met alle onderliggende risico's van de prestaties, om aldus de kosten van kapitaal en liquiditeit in rekening te brengen⁷⁵.

⁷³ Zie verderop omtrent *deferral*.

⁷⁴ Zie de voorbeelden in de bijlage, punt (c) van het document *Compensation Principles and Standards Assessment Methodology* van het Bazelcomité, januari 2010.

⁷⁵ Meer over *risk adjustment*: *FSB Principles for Sound Compensation Practices*, april 2009, p. 8 en 9 en de voorbeelden in de *Annex*, punt (a) van de hogervermelde *Basel Methodology*.

- Als de bezoldiging een variabele beloningscomponent bevat, dienen het vaste en het variabele deel evenwichtig verdeeld te zijn. Het variabele deel zou begrensd moeten zijn. Gecombineerd leidt dit tot een maximumratio vast/variabel.
- Als er een aanzienlijke variabele beloning wordt toegekend, zou het toekennen van het grootste deel van deze beloning gedurende een minimale wachtperiode (*deferral*) moeten worden uitgesteld⁷⁶. Het uitgestelde gedeelte kan bestaan uit aandelen, opties, contanten of andere middelen⁷⁷. Voor aandelen zou een retentieperiode moeten worden opgelegd zodat er een daadwerkelijk verband ontstaat met de langetermijnperspectieven van de instelling.
- Op het uitgestelde deel zou opnieuw een risicocorrectie moeten worden toegepast, op basis van risicogegevens die intussen beschikbaar zijn omtrent de prestaties waarvoor de bonus oorspronkelijk is toegekend. Voor de technieken van deze risicocorrectie wordt verwezen naar het tweede streepje⁷⁸. De risicocorrectie kan ertoe leiden dat de instelling een deel van het uitgestelde gedeelte niet, zoals gepland, kan uitbetalen en zelf dient in te houden (ook wel *holdback*, *malus* of *performance adjustment* genoemd). Een echte *claw back* is dit niet: de instelling vraagt het personeel immers geen remuneratie terug waarvan de eigendomsrechten reeds waren overgegaan. In principe voorziet de circulaire beloningsbeleid enkel in een dergelijke zuivere *claw back* wanneer is aangetoond dat er sprake is van fraude of misleiding.

Transparantie

De instelling dient de nodige transparantie aan de dag te leggen omtrent haar remuneratiebeleid, en dit zowel intern als extern.

Opvolging en controle

Tegen 31 januari 2010 dienden de financiële instellingen de beginselen van hun beloningsbeleid intern vast te stellen. Deze beginselen moesten, na concreet te zijn uitgewerkt, vanaf 30 juni 2010 worden toegepast, onder voorbehoud van de heronderhandeling van bestaande contracten. Mochten deze beginselen niet worden nageleefd, zal de CBFA niet nalaten op te treden tegenover de betrokken instelling door 'kwalitatieve' maatregelen te nemen (die gericht zijn op het aanpassen of bijsturen van het beloningsbeleid), en desnoods door 'kwantita-

tieve' maatregelen op te leggen (in de vorm van bijkomende kapitaalvereisten).

Omzetting van CRD III

De CRD III⁷⁹ bevat een luik beloningsbeleid dat tegen 1 januari 2011 dient te worden omgezet. Deze omzetting gebeurt op drie niveaus: bij wet en bij een reglement en een nieuwe circulaire beloningsbeleid uitgevaardigd door de CBFA. Tezamen zullen deze een meer gedetailleerde uitwerking geven aan de vereiste van een adequaat beloningsbeleid. De omzetting is op het moment van het afsluiten van dit verslag reeds verregaand gevorderd. In mededeling 2010_23 van 17 november 2010 heeft de CBFA de financiële instellingen aangemaand tot tijdige implementatie van de CRD III beloningsvereisten.

Afwijkingsbeleid inzake auditcomités

Ingevolge de wet van 17 december 2008⁸⁰ dienen kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, beleggingsondernemingen en beheervennootschappen van ICB's een auditcomité op te richten in de schoot van hun wettelijk bestuursorgaan indien zij een aantal kwantitatieve grenzen overschrijden.

Het auditcomité moet bestaan uit niet-uitvoerende bestuurders van het bestuursorgaan. Ten minste één lid dient een onafhankelijk bestuurder te zijn in de zin van artikel 526ter W.Venn. en over de nodige deskundigheid op het gebied van boekhouding of audit te beschikken.

Voor zover een auditcomité opgericht is dat voor de gehele groep bevoegd is en voldoet aan de Belgische wettelijke vereisten of aan andere Europese vereisten met een equivalent karakter, kan de CBFA afwijkingen van de voormelde bepalingen toestaan voor de individuele gereguleerde entiteiten binnen die groep. Zij kan tevens specifieke voorwaarden vastleggen voor het verlenen van deze afwijkingen. Luidens de wet dient de CBFA haar afwijkingsbeleid openbaar te maken.

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA haar afwijkingsbeleid vastgelegd in een mededeling⁸¹. Zij legt daarbij de klemtoon op de mogelijke afwijkingen in de samenstelling van het auditcomité. Zo aanvaardt de CBFA dat enkel een meerderheid van de leden van het auditcomité van een dochteronderneming niet-uitvoerende bestuurders zijn. De overige leden mogen externe personen of zelfs personeelsleden van de moederonderneming zijn, voor zover deze zich evenwel niet in een situatie van belangenconflicten bevinden.

76 Deze aanbeveling dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de *FSB Implementation Standards*. De "wachtperiode" is in feite een "spreidingsperiode" van minimum drie jaar, waarbinnen een pro rata uitbetaling (*vesting*) kan gebeuren. FSB schrijft ook voor dat 40 tot 60 % van het variabele gedeelte dient te worden uitgesteld.

77 Ook hier tonen de *FSB Implementation Standards* zich strikter: een substantieel deel van de variabele vergoeding, zoals 50 % of meer, zou moeten bestaan uit aandelen of andere niet-cash instrumenten (*Standard 8*).

78 Op internationaal niveau wordt het over het algemeen als onvolledig beschouwd wanneer enkel de evolutie van de aandelenprijs wordt gebruikt als techniek voor dergelijke risicocorrectie, aangezien de aandelenkoers niet steeds risicogerelateerd is.

79 Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid (PB L 329 van 14 december 2010). Zie dit verslag, p. 12.

80 Wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen. Zie CBFA verslag DC 2008-2009, p. 12.

81 Mededeling CBFA_2009_22 van 25 mei 2009 betreffende het afwijkingsbeleid inzake auditcomités.

De mogelijkheden tot volledige vrijstelling van de verplichting tot oprichting van een auditcomité worden door de CBFA zeer beperkend omschreven en gekoppeld aan een aantal voorwaarden, zoals de aanwezigheid van een onafhankelijk bestuurder in het wettelijk bestuursorgaan van de betrokken onderneming.

Financiële diensten via het internet: prudentiële vereisten

Een circulaire van 7 april 2009⁸² bevat de principes die de CBFA als referentiekader hanteert bij de beoordeling van de passende organisatie van financiële instellingen die diensten aanbieden via het internet. Omwille van de sterke ontwikkeling van dergelijke dienstverlening was de reeds bestaande circulaire van 2000⁸³ aan vervanging toe. De nieuwe circulaire is van toepassing op alle financiële instellingen.

In het eerste deel van de circulaire wordt toelichting verschaft bij de diverse risico's waarmee de financiële instellingen geconfronteerd worden wanneer zij met hun cliënten communiceren via internet. De circulaire zet de vereisten inzake organisatie en interne controle uiteen die ervoor moeten zorgen dat deze risico's op een gepaste wijze worden beheerd. Teneinde de toepassing van de MiFID-regels⁸⁴ bij het verstrekken van beleggingsdiensten via internet te verduidelijken, wordt bijzondere aandacht besteed aan de naleving van de gedragsregels.

Het tweede deel van de circulaire handelt over de gezonde praktijken inzake het beheer van de internetbeveiligingsrisico's. In dit deel worden concrete richtlijnen gegeven betreffende enerzijds de beveiliging van de interne computerinfrastructuur van de financiële instellingen en anderzijds de bescherming van cliëntenverrichtingen via het internet. De financiële instellingen worden verzocht om de CBFA onverwijld te informeren over risicovolle incidenten waarbij derden er via het internet in slagen de beveiliging van internetdiensten of de eigen informaticainfrastructuur te omzeilen.

Om de e-bankingfraudes optimaal en efficiënt te bestrijden en derhalve het vertrouwen van het publiek in de financiële internetdienstverlening te vrijwaren, zoekt de CBFA de financiële instellingen om:

- voor fraudegevoelige financiële internetdiensten aan retail cliënten niet langer gebruik te maken van eenvoudige authenticatieoplossingen, die uitsluitend steunen op een beperkt aantal herbruikbare geheimen en die ongemerkt ontvreemd kunnen worden via het internet;

- gepaste effectieve beveiligings- en/ of monitoringoplossingen te hanteren om de kans op fraude bij risicovolle verrichtingen te verhinderen.

Vragenlijsten over professionele betrouwbaarheid en passende ervaring van niet-uitvoerende bestuurders en effectieve leiders

De CBFA ziet erop toe dat bestuurders en effectieve leiders over de vereiste professionele betrouwbaarheid, deskundigheid en passende ervaring beschikken. Zowel de benoeming als de herbenoeming van de betrokken personen moet voorafgaandelijk aan de CBFA worden voorgelegd. Met het oog op een vlot en gestandaardiseerd verloop van deze procedures, heeft de CBFA reeds in 2006⁸⁵ twee vragenlijsten opgesteld aan de hand waarvan dergelijke dossiers aan haar kunnen worden voorgelegd.

Aangezien de sectorale reglementering van de betrokken instellingen tijdens de voorbije jaren op verschillende punten werd aangepast⁸⁶, waren de opgestelde formulieren aan herziening toe.

Tijdens de verslagperiode werden via een mededeling drie bijgewerkte formulieren ter beschikking gesteld van de personen die zich kandidaat stellen voor respectievelijk een functie van effectieve leider, een functie van niet-uitvoerend bestuurder en een hernieuwing van een hierboven vermeld mandaat⁸⁷.

Het toepassingsgebied van de formulieren werd verruimd tot alle financiële instellingen waar de CBFA zich moet uitspreken over het *fit and proper* karakter van de bestuurders en de effectieve leiders.

Circulaires "eCorporate" over de elektronische overdracht van gegevens aan de CBFA

De CBFA heeft een beveiligd communicatieplatform ter beschikking gesteld van de instellingen onder haar toezicht, waardoor een permanente gegevensuitwisseling met die instellingen mogelijk wordt. Dit platform, dat de naam "eCorporate" draagt, omvat een toepassing voor het beheer van de door de CBFA gevraagde informatie, en een permanente toegang voor de raadpleging van die informatie door zowel de CBFA als de instellingen onder toezicht zelf.

Het platform werd begin 2009 opgestart voor de verzekeringsondernemingen en is in de loop van dat jaar ook in werking getreden voor de kredietinstellingen, de beleggingsondernemingen, de beheervenootschappen

82 Circulaire CBFA_2009_17 van 7 april 2009 - Financiële diensten via het internet: prudentiële vereisten.

83 Circulaire D1 2000/2 van 5 mei 2000 - Financiële diensten via het internet: prudentiële vereisten.

84 Zie de artikelen 26 tot 29 van de wet van 2 augustus 2002 evenals het koninklijk besluit van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten.

85 Uniforme brief PPB-2006-11-CPB-CPA van 13 juli 2006.

86 Zie artikel 20 en artikel 20bis van de bankwet, artikel 62 en 62bis van de wet van 6 april 1995, artikel 38 en 153 van de ICB-wet, artikel 10, 10bis en artikel 12 van het koninklijk besluit van 26 september 2005 (over deze wijzigingen, zie CBFA verslag DC 2007, p. 15 en 16). Zie ook artikel 14bis van de controlewet verzekeringen en artikel 18 van de controlewet herverzekeringsbedrijf (over deze wijzigingen, zie CBFA verslag DC 2008-2009, p. 19 en 20).

87 Mededeling CBFA_2009_20 van 8 mei 2009 betreffende vragenlijsten over professionele betrouwbaarheid en passende ervaring van niet-uitvoerende bestuurders en effectieve leiders.

van ICB's, de vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen, de instellingen voor elektronisch geld, de Belgische bijkantoren van dergelijke instellingen, de financiële holdings, de financiële dienstengroepen en de wisselkantoren. Niet alleen deze instellingen, maar ook de revisoren dienen hun verslagen via dit kanaal over te maken.

De meerwaarde van "eCorporate" bestaat erin dat de instellingen documenten kunnen overmaken door ze op te laden in plaats van deze naar de CBFA te sturen via gewone e-mails.

Om het nieuwe beveiligde platform "eCorporate", zijn doelstellingen en zijn praktische toegangsmodaliteiten voor te stellen, werden door de CBFA twee circulaire's opgesteld⁸⁸. Deze circulaire's omschrijven welke documenten (verslagen, verklaringen, ...) via dit nieuwe platform dienen te worden overgelegd⁸⁹. Ze bepalen eveneens de frequentie waarmee en de termijn waarbinnen ze moeten worden overgemaakt.

1.1.2.2. Sectorale aspecten

1.1.2.2.1. Kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging

Omzetting van de nieuwe Europese bepalingen inzake depositogarantiestelsels

Richtlijn 2009/14/EG van 11 maart 2009 tot wijziging van richtlijn 94/19/EG inzake de depositogarantiestelsels wat dekking en uitbetalingstermijn betreft⁹⁰, werd in Belgisch recht omgezet door verschillende legislatieve teksten.

De verhoging van de dekking van de deposito's tot 100.000 euro werd reeds in Belgisch recht ingevoerd door het koninklijk besluit van 14 november 2008⁹¹, bekrachtigd door de programmawet van 22 december 2008.

De bepalingen van de richtlijn inzake te verstrekken informatie werden omgezet door het koninklijk besluit van 29 augustus 2009 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 mei 1999 betreffende de informatieverstrek-

king aan depositanten en beleggers⁹². Hiermee werd de nieuwe bepaling van de wijzigingsrichtlijn omgezet, die stelt dat de kredietinstelling de deposant dient in te lichten indien voor een deposito geen garantie vanwege het depositogarantiestelsel geldt.

De verdere omzetting, inzonderheid wat betreft de uitbetalingstermijnen, geschiedde door de wet van 29 december 2010⁹³. Deze wet heeft hiertoe een aantal wijzigingen aangebracht aan de bankwet, aan de wet van 6 april 1995 en aan de wet van 2 augustus 2002, die van belang zijn voor de toezichhoudende overheid.

Gelet onder meer op de sterk verkorte uitbetalingstermijnen is bepaald dat de toezichhoudende overheid de instanties die een Belgische depositobeschermingsregeling beheren, dient te informeren over de gevallen waarbij zij problemen op het spoor komt die waarschijnlijk tot de interventie van deze regelingen zullen leiden. Hierdoor kunnen de instanties zich voorbereiden op een eventuele interventie wat moet leiden tot onder meer het respecteren van de uitbetalingstermijnen.

De beslissing waarbij wordt vastgesteld dat een kredietinstelling, een beleggingsonderneming of een beheervennootschap van ICB's in gebreke blijft, dient voortaan door de toezichhoudende overheid te worden genomen uiterlijk vijf werkdagen nadat voor het eerst is vastgesteld dat werd nagelaten een verschuldigd en betaalbaar deposito terug te betalen.

De instanties die de depositogarantieregeling beheren, het Beschermingsfonds en het Bijzonder Beschermingsfonds, dienen de deposito's terug te betalen binnen een termijn van twintig werkdagen. De toezichhoudende overheid kan ten hoogste één verlenging toestaan die niet langer mag zijn dan tien werkdagen. De vroegere uitbetalingstermijn van drie maanden die met negen maanden kon worden verlengd werd strijdig geoordeeld met de noodzaak het vertrouwen van depositanten in stand te houden en voldeed niet aan hun behoeften.

De instanties die een Belgische beschermingsregeling beheren, moeten geregeld tests uitvoeren om na te gaan of zij kunnen voldoen aan de verplichtingen opgelegd door richtlijn 94/19/EG zoals gewijzigd door richtlijn 2009/14/EG, waaronder de uitbetalingstermijn.

88 Circulaire's CBFA_2009_16: Periodieke rapporteringsstaten van de verzekeringsondernemingen – eCorporate en CBFA_2009_21: eCorporate: overlegging van kwalitatieve documenten – identificatiefiche – rapporteringsfiche – CSSR-technische fiche. Voor de verzekeringsondernemingen is eCorporate operationeel sedert 2 april 2009. Voor de andere instellingen, waarop de tweede circulaire betrekking heeft, vond eCorporate ingang op 1 juni 2009.

89 De lijst van documenten gaat als bijlage aan de circulaire's. De circulaire's spreken van kwalitatieve informatie in tegenstelling tot de kwantitatieve gegevens die ingezameld worden via de CSSR-toepassing en die het voorwerp uitmaken van andere circulaire's.

90 Zie dit verslag, p. 15.

91 Koninklijk besluit van 14 november 2008 tot uitvoering van de wet van 15 oktober 2008 houdende maatregelen ter bevordering van de financiële stabiliteit en inzonderheid tot instelling van een staatsgarantie voor verstrekte kredieten en andere verrichtingen in het kader van de financiële stabiliteit, voor wat betreft de bescherming van de deposito's en de levensverzekeringen, en tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. Zie het CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 12.

92 Belgisch Staatsblad van 11 september 2009.

93 Wet van 29 december 2010 houdende diverse bepalingen (I), (B.S. 31 december 2010, derde uitgave).

Koninklijk besluit van 9 oktober 2009 over het openbaar karakter van de werving van terugbetaalbare gelden

Er werd een nieuw koninklijk besluit⁹⁴ uitgevaardigd om het openbare karakter van bepaalde financiële verrichtingen te definiëren. Dit besluit herroept en vervangt het koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen.

Het nieuwe besluit legt het openbare karakter vast van het in ontvangst nemen van terugbetaalbare gelden in de zin van de artikelen 1 (definitie van kredietinstelling⁹⁵) en 4 (monopolie van het in ontvangst nemen van terugbetaalbare gelden⁹⁶) van de bankwet⁹⁷. Wat precies verstaan dient te worden onder "publiek" is essentieel voor de toepassing van deze artikelen aangezien de wetgever uitsluitend de verrichtingen beoogt waarbij terugbetaalbare gelden in ontvangst worden genomen indien deze verrichtingen een openbaar karakter hebben.

De definitie van de term "publiek" in de zin van de artikelen 1 en 4 van de bankwet wordt niet ingrijpend gewijzigd door het nieuwe besluit. Het openbare karakter van de ontvangst van terugbetaalbare gelden wordt nog steeds bepaald aan de hand van dezelfde drie alternatieve criteria:

- reclamemiddelen aanwenden die aan meer dan 50 personen worden gericht;
- meer dan 50 personen aanspreken voor het werven van terugbetaalbare gelden;
- rechtstreeks of onrechtstreeks beroep doen op een of meer bemiddelaars.

De drempels werden dus niet in lijn gebracht met de hogere drempels van de prospectusrichtlijn⁹⁸, en dit teneinde dezelfde mate van bescherming voor de spaarders te blijven waarborgen. Daarentegen werd de definitie van

reclame wel enigszins gewijzigd om ze af te stemmen op de nieuwe technologieën.

Het koninklijk besluit van 7 juli 1999 behelsde twee uitzonderingen op de drie voormelde criteria. Zo werd niet beschouwd dat een onderneming gelddeposito's of andere terugbetaalbare gelden in ontvangst nam van het publiek of een beroep deed op het publiek voor de ontvangst van dergelijke deposito's of gelden:

- 1° indien het in ontvangst nemen van deze gelddeposito's of andere terugbetaalbare gelden gebeurde in de vorm van een aanbieding van effecten waarvoor een vrijstelling van de prospectusverplichting gold;
- 2° indien de onderneming zich ertoe beperkte de liquide middelen van met haar verbonden ondernemingen in ontvangst te nemen om de belegging ervan te centraliseren of om eigen verrichtingen dan wel verrichtingen van de met haar verbonden ondernemingen te financieren.

In het nieuwe koninklijk besluit van 9 oktober 2009 is de tweede uitzondering ongewijzigd behouden. De eerste uitzondering is daarentegen niet overgenomen. Zij is immers overbodig voor de toepassing van artikel 4 van de bankwet omdat hierin al een uitzonderingsregeling⁹⁹ vervat is. Voorts is het ten aanzien van artikel 1 van de bankwet evenmin gerechtvaardigd om deze uitzondering te behouden omdat zij niet strookt met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen die een ruimere interpretatie geeft aan het begrip "kredietinstelling"¹⁰⁰, namelijk: elke instelling die het in ontvangst nemen van terugbetaalbare gelden van het publiek via de uitgaven van schuldinstrumenten combineert met het verstrekken van kredieten voor eigen rekening, wordt beschouwd als een kredietinstelling. Daarbij is geen uitzondering mogelijk voor de instellingen die openbare aanbiedingen van schuldinstrumenten uitbrengen met een prospectus of aanbiedingen van schuldinstrumenten die zijn vrijgesteld van de prospectusplicht¹⁰¹.

Koninklijk besluit van 26 april 2009 betreffende de buitenlandse beheervennootschappen van ICB's

Het koninklijk besluit van 26 april 2009 zorgt voor de gedeeltelijke omzetting van de ICBE-richtlijn¹⁰² door een reglementering in te voeren voor de buitenlandse beheervennootschappen van ICB's. Het besluit zet in het bijzonder de bepalingen van de ICBE-richtlijn om die betrekking hebben op het Europees paspoort van de be-

94 Koninklijk besluit van 9 oktober 2009 over het openbaar karakter van de werving van terugbetaalbare gelden.

95 Artikel 1 van de bankwet definieert een kredietinstelling als een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van gelddeposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening.

96 Artikel 4 van de bankwet bepaalt dat enkel de kredietinstellingen in België een beroep mogen doen op het publiek om deposito's of andere terugbetaalbare gelden op zicht, op termijn of met opzegging te ontvangen, dan wel in België dergelijke gelddeposito's of terugbetaalbare gelden van het publiek mogen ontvangen. Er gelden evenwel een aantal uitzonderingen.

97 Voor toelichting bij de overige aspecten van dit besluit, zie dit verslag, p. 65.

98 Er wordt aan herinnerd dat de volgende aanbiedingen volgens de prospectusregeling geen openbaar karakter hebben:

- 1) de aanbiedingen van beleggingsinstrumenten die uitsluitend gericht zijn aan gekwalificeerde beleggers;
- 2) de aanbiedingen van beleggingsinstrumenten die gericht zijn aan minder dan 100 natuurlijke of rechtspersonen die geen gekwalificeerde beleggers zijn;
- 3) de aanbiedingen van beleggingsinstrumenten die een totale tegenwaarde van ten minste 50.000 euro per belegger en per afzonderlijke aanbieding vereisen;
- 4) de aanbiedingen van beleggingsinstrumenten met een nominale waarde per eenheid van ten minste 50.000 euro; en
- 5) de aanbiedingen van beleggingsinstrumenten met een totale tegenwaarde van minder dan 100.000 euro.

99 Deze uitzondering die is opgenomen in artikel 4 van de bankwet is overigens ruimer dan de uitzondering die vervat is in het koninklijk besluit van 7 juli 1999 aangezien zij niet enkel betrekking heeft op de verrichtingen waarvoor een vrijstelling van de prospectusplicht geldt, maar op alle verrichtingen die conform de prospectuswet worden uitgevoerd.

100 HJEG, 11 februari 1999, arrest van het Hof in zaak C-366/97 (Romanelli), Jur. H.v.J., I, nr. 2, 1999, p. 862.

101 Zie het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 9 oktober 2009.

102 De oorspronkelijke ICBE-richtlijn, namelijk Richtlijn 85/611/EEG, was onder meer gewijzigd bij Richtlijn 2001/107/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 januari 2002 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), teneinde een reglementering in te voeren voor de beheervennootschappen en de vereenvoudigde prospectussen.

heerveenootschappen van ICB's die ressorteren onder het recht van een lidstaat van de EER, alsook de bepalingen over de samenwerking tussen de autoriteiten die in de lidstaat van herkomst en in de lidstaat van ontvangst belast zijn met het verlenen van de vergunning en het uitoefenen van toezicht op deze beheerveenootschappen. Daarnaast voert het besluit een toezichtsstatuut in voor de beheerveenootschappen van ICB's die ressorteren onder het recht van een lidstaat van de EER maar niet voldoen aan de voorwaarden die de richtlijn oplegt (niet-geharmoniseerde communautaire vennootschappen), alsook voor de beheerveenootschappen van ICB's die ressorteren onder het recht van een derde staat.

Aldus onderscheidt het koninklijk besluit van 26 april 2009 drie categorieën van buitenlandse beheerveenootschappen: de beheerveenootschappen die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de EER en in het toepassingsgebied vallen van de nationale bepalingen die door de betrokken Staat zijn genomen voor de omzetting van de ICBE-richtlijn, de beheerveenootschappen die ressorteren onder het recht van een andere lidstaat van de EER maar niet in het toepassingsgebied vallen van de nationale bepalingen die door de betrokken Staat zijn genomen voor de omzetting van de ICBE-richtlijn, en ten slotte de beheerveenootschappen die ressorteren onder het recht van een derde staat.

De vennootschappen die tot de eerste categorie behoren, krijgen een Europees paspoort volgens een procedure die nauw aanleunt bij de procedure die bij koninklijk besluit van 20 december 1995 betreffende de buitenlandse beleggingsondernemingen is uitgewerkt voor de communautaire beleggingsondernemingen. Met de vergunning die hun wordt verleend in hun lidstaat van herkomst, mogen deze beheerveenootschappen van ICB's hun werkzaamheden uitoefenen in België, hetzij via de oprichting van een bijkantoor, hetzij in het kader van het vrij verrichten van diensten. Het prudentiële toezicht op deze beheerveenootschappen wordt uitgeoefend door de toezichthouder van de lidstaat van herkomst. In haar hoedanigheid van toezichthouder van de lidstaat van ontvangst, controleert de CBFA evenwel of deze vennootschappen de voor hen geldende financieelrechtelijke bepalingen naleven, waaronder de gedragsregels. Voorts zijn deze vennootschappen onderworpen aan de in België geldende bepalingen van algemeen belang. Wat het revisorale toezicht betreft, zijn enkel de beheerveenootschappen die de nevendienst van bewaarneming en administratie van rechten van deelneming in ICB's mogen verrichten, verplicht om een revisor aan te stellen die daartoe door de CBFA is erkend.

Wat de vennootschappen betreft die tot de twee overige categorieën behoren, bepaalt het besluit dat hun Belgische bijkantoren onderworpen zijn aan het merendeel van de bepalingen van de ICB-wet die van toepassing zijn op de beheerveenootschappen naar Belgisch recht.

Het besluit legt tevens regels vast voor de vennootschappen die onder deze laatste twee categorieën vallen en in België werkzaam zijn zonder er gevestigd te zijn. In navolging van de geldende regeling voor buitenlandse beleggingsondernemingen, mogen deze niet in België

gevestigde vennootschappen voortaan hun werkzaamheden zonder vergunning verrichten op het Belgisch grondgebied¹⁰³ op voorwaarde dat zij geen beroep doen op het publiek. Wel dienen zij zich vooraf bekend te maken bij de CBFA, met vermelding van de beheertaken of de beleggingsdiensten die zij voornemens zijn te verrichten en de categorieën van beleggers aan wie zij voornemens zijn deze diensten te verlenen. Daarnaast zijn deze vennootschappen onderworpen aan het merendeel van de verplichtingen en verbodsbepalingen die van toepassing zijn op de beheerveenootschappen naar Belgisch recht¹⁰⁴, alsook aan de in België geldende bepalingen van algemeen belang. Tot slot kan de CBFA deze vennootschappen verzoeken om haar informatie te verstrekken over hun werkzaamheden in België. Indien een vennootschap zich niet schikt naar de voor haar geldende regels of indien zij de belangen van haar cliënten in het gedrang brengt, kan de CBFA maatregelen treffen en de vennootschap zelfs verbieden om nog actief te zijn in België.

Wijzigingen van het eigenvermogensreglement

In de loop van de jaren 2009 en 2010 werden de richtlijnen over het toezicht op de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen herhaaldelijk gewijzigd¹⁰⁵, voornamelijk op het vlak van de samenwerking en de uitwisseling van informatie tussen toezichthouders, maar eveneens wat de berekeningswijze van de eigenvermogensvereisten betreft¹⁰⁶.

Rekening houdend met deze nieuwe Europese bepalingen, heeft de CBFA het eigenvermogensreglement tweemaal gewijzigd.

103 Inclusief het verrichten van beleggingsdiensten.

104 Zie de verplichtingen en verbodsbepalingen vastgesteld in de artikelen 168 tot 171, 173 en 174 van de ICB-wet, in het bijzonder de verplichting om bij het verlenen van beleggingsdiensten een strikte scheiding in acht te nemen tussen de verschillende activiteiten en de gedragsregels.

105 Het betreft hoofdzakelijk (1) Richtlijn 2009/111/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2007/64/EG wat betreft banken die zijn aangesloten bij centrale instellingen, bepaalde eigenvermogensbestanddelen, grote posities, het toezichtkader en het crisisbeheer (de zogenaamde CRD II) en (2) Richtlijn 2010/76/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG wat betreft de kapitaalvereisten voor de handelsportefeuille en voor hersecuritisaties, alsook het bedrijfseconomisch toezicht op het beloningsbeleid (de zogenaamde CRD III), en daarnaast ook (3) Richtlijn 2009/27/EG van de Commissie van 7 april 2009 tot wijziging van bepaalde bijlagen bij Richtlijn 2006/49/EG van het Europees Parlement en de Raad wat een aantal technische voorschriften inzake risicobeheer betreft en (4) Richtlijn 2009/83/EG van de Commissie van 27 juli 2009 tot wijziging van bepaalde bijlagen bij Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad wat een aantal technische voorschriften inzake risicobeheer betreft.

106 Voor een uitvoerige beschrijving van de inhoud van deze richtlijnen, zie dit verslag, p. 12.

Wijzigingen van het eigenvermogensreglement, ingevoegd bij reglement van 2 maart 2010

Het reglement van 2 maart 2010¹⁰⁷ zorgt voor de omzetting van de bepaling van Richtlijn 2010/76/EU (CRD III) aangaande het minimumniveau van het eigen vermogen (de zogenaamde "floor") bij de toepassing van de interneratingbenadering voor het kredietrisico en de geavanceerde meetbenadering voor het operationele risico. Deze bepaling van Richtlijn 2006/48/EG die normaal gezien op 31 december 2009 kwam te vervallen, werd echter verlengd tot 31 december 2011. Dit houdt in dat het minimumeigenvermogen, in beide gevallen, ten minste gelijk moet zijn aan 80% van de eigenvermogensvereisten als berekend op grond van de reglementering die vóór 1 januari 2007 van toepassing was.

Wijzigingen van het eigenvermogensreglement, ingevoegd bij reglement van 27 juli 2010

Met het reglement van 27 juli 2010 zijn in het eigenvermogensreglement de technische bepalingen van de Europese Richtlijnen 2009/27/EG, 2009/83/EG en 2009/111/EG (CRD II) ingevoegd die betrekking hebben op het eigen vermogen¹⁰⁸.

Deze wijzigingen hebben hoofdzakelijk betrekking op de bepalingen over de definitie van het eigen vermogen, de limieten inzake grote risico's en de eigenvermogensvereisten voor effectiseringsverrichtingen.

Voor de intragroepstransacties laat de CRD II de lidstaten de keuze om ze al dan niet te onderwerpen aan een begrenzingsnorm. De CBFA heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en haar vroegere benadering derhalve gewijzigd. In dat verband beperkt het reglement de intragroepsposities tot 100% van het eigen vermogen van de instelling (tegenover 25 % voor de overige wederpartijen) door uitsluiting van, enerzijds, de risicoposities op de in de consolidatiekring van de instelling opgenomen dochterondernemingen, en anderzijds de risicoposities op de in de prudentiële consolidatiekring van de groep opgenomen entiteiten die in België zijn gevestigd, op voorwaarde dat voor hen dezelfde prudentiële normen gelden als voor de instelling. De CBFA kan evenwel een vrijstelling verlenen aan de instellingen die voor hun financiering in hoofdzaak een beroep doen op de professionele markt en waarvan het bedrag van de ontvangen deposito's van niet-professionele wederpartijen in om-

vang beperkt is ten opzichte van het geheel van de door de Belgische banksector ontvangen deposito's.

Dit wijzigingsreglement is in werking getreden op 31 december 2010. Voor de intragroepstransacties wordt de nieuwe norm evenwel pas van toepassing op 31 december 2012 teneinde de betrokken groepen toe te laten de nodige maatregelen te nemen om zich hieraan te conformeren.

Circulaire over het beheer van het liquiditeitsrisico

Het nemen van liquiditeitsrisico's is inherent aan het bankbedrijf. Het transformeren van relatief volatiele financiering (onder meer deposito's) op kortere termijn in relatief illiquide activa op langere termijn vormt de kernactiviteit van kredietinstellingen en stelt hen bloot aan liquiditeitsrisico's, met name omdat vervallen of teruggetrokken financieringen moeten worden hernieuwd.

De CBFA en de NBB besteedden dan ook reeds lang voor de kredietcrisis veel aandacht aan de opvolging van het liquiditeitsrisico van kredietinstellingen. Sinds de FSAP-zending (*Financial Sector Assessment Program*) van het IMF in België in 2005 organiseerden zij samen jaarlijks stresstesten inzake liquiditeit waarbij de grote Belgische bankgroepen een kwantitatieve en kwalitatieve beoordeling opmaakten van de impact van bepaalde scenario's op hun liquiditeitsposities¹⁰⁹. Daarnaast voerde de CBFA eind 2006, na externe consultatie, een herziening door van de prudentiële aanpak van het liquiditeitsrisico op basis van twee pijlers: enerzijds de monitoring van prudentiële ratio's omtrent de liquiditeitspositie van instellingen berekend op basis van een periodieke standaardrapportering en anderzijds door de CBFA opgelegde expliciete kwalitatieve richtlijnen inzake liquiditeitsbeheer die worden getoetst tijdens inspecties ter plaatse¹¹⁰.

Na een doorlichting van deze prudentiële aanpak van het liquiditeitsrisico naar aanleiding van de huidige financiële crisis en internationaal overleg tussen toezichthouders, heeft de CBFA tijdens deze verslagperiode besloten haar aanpak verder te laten evolueren in het verleden van deze eerdere initiatieven en dit met het oog op het verder aanscherpen van het toezicht op het liquiditeitsbeheer. De CBFA heeft daartoe een nieuwe circulaire inzake het beheer van het liquiditeitsrisico gepubliceerd¹¹¹.

Concreet introduceerde de CBFA vanaf juni 2009 stresstest ratio's tot observatie van de liquiditeitspositie van financiële instellingen. Deze stresstest ratio's trachten weer te geven in welke mate de liquiditeitspositie van de betrokken instellingen bestand is tegen de impact van welbepaalde door de CBFA gedefinieerde uitzonderlijke omstandigheden in een stress scenario. De ratio's worden berekend aan de hand van de bestaande periodieke liquiditeitsrapportering die de betrokken instellingen aan de CBFA overmaken. In deze rapportering dienen de instellingen hun buffer aan li-

107 Reglement van de CBFA van 2 maart 2010 tot wijziging van het reglement van de Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen van 17 oktober 2006 op het eigen vermogen van de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen. Dit reglement werd goedgekeurd bij koninklijk besluit van 20 juli 2010 (BS van 13 augustus 2010). Met haar circulaire CBFA_2010_17 van 23 augustus 2010 heeft de CBFA de sector op de hoogte gebracht van deze wijziging.

108 Reglement van de CBFA van 27 juli 2010 tot wijziging van het eigenvermogensreglement met het oog op de omzetting van de technische bepalingen van de Europese Richtlijnen 2009/27/EG, 2009/83/EG en 2009/111/EG tot wijziging van bepaalde bepalingen van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG over het toezicht op de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen. Dit reglement werd goedgekeurd bij koninklijk besluit van 3 september 2010 (BS van 14 september 2010). Met haar circulaire CBFA_2010_20 van 30 september 2010 heeft de CBFA de sector op de hoogte gebracht van deze wijziging.

109 Zie Jaarverslagen CBFA 2006, p. 32, 2007, p. 35.

110 Zie CBFA Verslag DC 2006, p. 28 en 29.

111 Circulaire CBFA_2009_18 van 8 mei 2009 betreffende het beheer van het liquiditeitsrisico.

quide financiële activa op datum van rapportering weer te geven evenals de voorziene en potentiële kasstromen voor de komende twaalf maanden. Op basis van deze standaardrapportering berekent de CBFA observatieratio's rekening houdend met door haar gestelde hypothesen die identiek worden toegepast voor alle Belgische kredietinstellingen. Deze observatieratio's worden gehanteerd om een versterkte dialoog met de instellingen te voeren inzake hun liquiditeitspositie.

Daarnaast worden in de circulaire ook de kwalitatieve vereisten inzake het beheer van liquiditeitsrisico's geactualiseerd op basis van herziene internationale richtlijnen. Zo publiceerde het Bazilcomité in september 2008¹¹² nieuwe kwalitatieve richtlijnen voor het liquiditeitsbeheer van kredietinstellingen. Bij de opmaak van deze richtlijnen ging vooral aandacht uit naar de aspecten van liquiditeitsbeheer die onder druk kwamen te staan tijdens de financiële crisis: de liquiditeitsnoodplannen van instellingen, de impact van complexe financiële instrumenten op de liquiditeitspositie, het ontwerp van stress testen voor de liquiditeitspositie van instellingen, liquiditeitsrisico's verbonden aan buitenbalansvehikels en andere potentiële liquiditeitsverplichtingen, grensoverschrijdende liquiditeitsstromen en het beheer van de liquiditeitspositie in verschillende deviezen, als ook de coördinatie en communicatie tussen nationale toezichthouders en centrale banken.

Voorts wordt via deze circulaire de opvolging van de liquiditeitspositie van instellingen geïntensifieerd door de frequentie van de bestaande liquiditeitsrapportering op te voeren en de rapporteringstermijnen ervan te verkorten.

Zoals voorzien in de circulaire vond in het laatste kwartaal van 2009 een eerste evaluatie plaats van de impact van de getroffen maatregelen in het licht van de economische ontwikkelingen en de evoluties van het internationale overleg tussen toezichthouders over de prudentiële aanpak van het beheer van het liquiditeitsrisico van kredietinstellingen.

Op basis van deze evaluatie heeft de CBFA reglementaire kwantitatieve liquiditeitsnormen ingevoerd in de aanloop naar de toepassing van internationale normen terzake en heeft ze terzake een reglement goedgekeurd¹¹³. De reglementaire kwantitatieve liquiditeitsnormen, die per 1 januari 2011 in voege treden, zijn identiek aan de voormelde stress test ratio's die sinds 2009 als observatieratio's worden gehanteerd. Het reglement van de CBFA van 27 juli 2010 bepaalt dat de stress test ratio's van de betrokken instellingen op permanente basis lager dan of gelijk dienen te zijn aan 100 % voor de posities op één week en één maand. Dit betekent dat deze instellingen de extreme omstandigheden van het stress scenario dienen te kunnen weerstaan zonder een beroep te doen op noodliquiditeitssteun. De invoering van deze normen op

zowel geconsolideerde als vennootschappelijke basis impliceert dat de CBFA verwacht dat kredietinstellingen zowel op het niveau van de groep als op het niveau van de individuele Belgische kredietinstellingen over een aanvaardbare liquiditeitspositie beschikken en dat grensoverschrijdende overdrachten van liquiditeiten vanuit Belgische kredietinstellingen naar buitenlandse verbonden partijen zich inschrijven in dit kader.

Los van het voorgaande kan de CBFA, indien de omstandigheden het vereisen, individuele prudentiële acties blijven ondernemen ten opzichte van instellingen met een buitensporig liquiditeitsrisico of een inadequaat liquiditeitsbeheer.

Circulaire over het concentratierisico

De financiële crisis vormde de aanleiding voor de herziening van de CEBS-richtlijnen voor het concentratierisicobeheer, die dateerden van december 2006. De bedoeling van die herziening was een allesomvattende benadering uit te werken waarbij alle aspecten van het concentratierisico aan bod kwamen. Op 2 september 2010 heeft het CEBS zijn nieuwe richtlijnen gepubliceerd. Die richtlijnen tellen vijf hoofdstukken :

- hoofdstuk 1 schetst de context waarin de krachtlijnen zijn ontwikkeld;
- hoofdstuk 2 definieert het concentratierisico vanuit twee oogpunten : enerzijds, vanuit het oogpunt van de "intrarisicoconcentratie" die verwijst naar de risicoconcentraties die kunnen ontstaan door interacties tussen verschillende risicoposities binnen één risicocategorie, en, anderzijds, vanuit het oogpunt van de "interrisicoconcentratie" die verwijst naar risicoconcentraties die kunnen ontstaan door interacties tussen verschillende risicoposities in verschillende risicocategorieën, zoals het markt- en het kredietrisico;
- hoofdstuk 3 beschrijft de algemene beginselen van het concentratierisicobeheer;
- hoofdstuk 4 behandelt de aspecten van het concentratierisicobeheer die eigen zijn aan bepaalde risicogebieden, zoals het krediet-, markt-, operationeel en liquiditeitsrisico;
- hoofdstuk 5 verschaft de basis voor het desbetreffende toezichts- en evaluatieproces door de toezichthouder.

Bij de richtlijnen zitten ook twee bijlagen met voorbeelden van zowel concentratierisico's als indicatoren voor het concentratierisicobeheer. Het gaat daarbij in essentie om indicatoren met betrekking tot het kredietrisico die doorgaans bij de meting van de sectorale concentratie worden gebruikt.

112 *Principles for Sound Liquidity Risk Management* (September 2008).

113 Het reglement van de CBFA van 27 juli 2010 op de liquiditeit van kredietinstellingen, financiële holdings, vereffeninginstellingen en met vereffeninginstellingen gelijkgestelde instellingen werd bekrachtigd bij koninklijk besluit van 3 september 2010 en op 16 september 2010 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd.

Tegen die achtergrond heeft de CBFA een circulaire¹¹⁴ gericht aan de financiële instellingen¹¹⁵, die ertoe strekt hoofdstuk 3 van circulaire PPB-2006-17-CPB van 20 december 2006 aan te vullen door er voornoemde CEBS-richtlijnen in op te nemen. Dat hoofdstuk over het beheer van het sectorconcentratierisico handelde totnogtoe uitsluitend over het kredietrisico. De CEBS-richtlijnen vullen die benadering dus aan door er de andere risicocategorieën aan toe te voegen en een transversale en geïntegreerde visie op het concentratierisico op de voorgrond te stellen.

De door circulaire PPB-2006-17-CPB geponeerde beginselen blijven dus integraal van toepassing, maar dienen nu in hoofdzaak in de ruimere context van circulaire CBFA_2010_27 te worden gesitueerd. Ook de in circulaire PPB-2006-17-CPB vervatte rapporteringsverplichtingen inzake het sectorconcentratierisico en de concentraties op landen blijven in dit stadium ongewijzigd van toepassing.

Mededeling aan de beleggingsondernemingen en kredietinstellingen naar Belgisch recht over het verrichten van bank- en/of beleggingsdiensten op grensoverschrijdende basis

De mededeling van 18 november 2009¹¹⁶ richt zich tot de kredietinstellingen en beleggingsondernemingen naar Belgisch recht die hun activiteiten geheel of gedeeltelijk in andere lidstaten van de EER willen uitoefenen, hetzij in het kader van het vrij verrichten van diensten, hetzij via de vestiging van een bijkantoor. De mededeling van 15 oktober 2007¹¹⁷ wordt door deze mededeling vervangen.

In de mededeling van 2007 werd voornamelijk aangegeven welke de impact was van de MiFID-richtlijn, zoals omgezet in Belgisch recht¹¹⁸, op de informatieverstrekkingprocedure die de beleggingsondernemingen en kredietinstellingen moeten volgen wanneer zij grensoverschrijdende diensten willen aanbieden op het grondgebied van een andere lidstaat. Om een dergelijke informatieverstrekking te verrichten, werden de beleggingsondernemingen naar Belgisch recht verzocht gebruik te maken van de standaardformulieren die bij die mededeling waren gevoegd en die gebaseerd waren op de daarmee vergelijkbare CESR-formulieren¹¹⁹.

De mededeling van 18 november 2009 heeft in hoofdzaak tot doel de formulieren die door de kredietinstellingen naar Belgisch recht worden gebruikt, aan te passen. Voor die instellingen bestonden er in 2007 immers nog geen op Europees niveau geharmoniseerde formulieren voor de informatieverstrekking. Aan deze formu-

lieren werd in 2009 de laatste hand gelegd door CEBS¹²⁰. Deze door CEBS opgestelde formulieren zijn zelf grotendeels gebaseerd op de CESR-formulieren.

Wijzigingen in de rapporteringsregels : nieuwe besluiten en nieuwe circulaires van de CBFA

Naar aanleiding van diverse reglementaire wijzigingen dienden de rapporteringsregels voor de kredietinstellingen op verschillende punten te worden aangepast. In eerste instantie dienden die regels te worden aangepast om er de nieuwe statistische vereisten van de ECB in te integreren. Naar aanleiding daarvan heeft de CBFA een circulaire gepubliceerd¹²¹ die alle ter zake nog geldende bepalingen uit vorige circulaires bundelt om de reglementaire teksten zo beter leesbaar te maken. Die aanpassing heeft verder ook geresulteerd in de opheffing van het CBFA-besluit van 28 april 1992 waarin het rapporteringsschema werd gedefinieerd¹²², en de vervanging van dat besluit door het CBFA-besluit van 28 december 2009¹²³. In de loop van 2010¹²⁴ integreerde de CBFA in de eigenvermogensrapportering ook de reglementaire aanpassingen ingevolge de omzetting van richtlijn 2009/111/EG. Het betreft een opname in het nationale rapporteringsraamwerk van de door CEBS aangebrachte wijzigingen in COREP (*Common Reporting framework*). Slechts enkele tabellen dienden in dit kader bijgesteld te worden. Deze actualisering van de eigenvermogensrapportering is eveneens toepasselijk op de andere financiële instellingen onderworpen aan het eigenvermogensreglement en de bijhorende rapportering zoals de beleggingsondernemingen, financiële holdings, vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen.

Bovendien stelt de CBFA sinds enkele jaren voor elke instelling waarop zij toezicht houdt, een fiche op met daarin een samenvattend overzicht van de periodieke rapporteringsstaten die, naast de signaletiekgegevens, ook een beschrijving bevat van de voor de betrokken instelling geldende rapporteringsverplichtingen. Die "rapporteringsfiches" zijn voortaan voor de instellingen toegankelijk via het beveiligde computerplatform "eCorporate"¹²⁵. Dat platform geeft de instellingen een realtime beeld over de stand van zaken met betrekking tot de voor hen geldende rapporteringsverplichtingen en de door hen te respecteren deadlines.

114 Circulaire CBFA_2010_27 van 16 december 2010.

115 De circulaire is gericht aan de financiële holdings, de kredietinstellingen, de vereffeningsinstellingen en de met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen.

116 Mededeling CBFA_2009_30 van 18 november 2009.

117 Mededeling PPB/123 van 15 oktober 2007.

118 Koninklijk besluit van 27 april 2007 tot omzetting van de Europese richtlijn betreffende de markten voor financiële instrumenten.

119 Die formulieren zijn bij het *Protocol on MiFID Passport Notifications* gevoegd (CESR/07-317, oktober 2007, bijgewerkt in oktober 2009). Dit protocol is beschikbaar op de website van CESR (www.cesr-eu.org).

120 Die formulieren zijn bij de *CEBS guidelines for passport notifications* van 27 augustus 2009 gevoegd. Die *guidelines* zijn beschikbaar op de website van CEBS (www.c-ebs.org).

121 Gecoördineerde circulaire CBFA_2009_38 van 28 december 2009 over het schema van de periodieke rapportering door de kredietinstellingen (Schema A, Boeken I, II en III).

122 CBFA-besluit van 28 april 1992 op de periodieke rapportering over de financiële positie van kredietinstellingen aan de NBB en aan de CBFA.

123 CBFA-besluit van 28 december 2009 over de periodieke rapportering over de kredietinstellingen aan de NBB en aan de CBFA.

124 Circulaire CBFA_2010_19 van 31 augustus 2010 over de periodieke rapportering door de instellingen over de naleving van de eigenvermogensvereisten.

125 Circulaire CBFA_2009_21 van 20 mei 2009 over eCorporate. Voor meer informatie over die circulaire en de invoering van het eCorporate-platform, zie dit verslag, p. 28.

De rapporteringsverplichtingen voor de financiële holdings naar Belgisch recht zijn eveneens uitgebreid. Zo heeft de CBFA de financiële holdings naar Belgisch recht gevraagd voortaan ook de FINREP (*Financial Reporting*), i.e. de op de IAS/IFRS gebaseerde financiële rapportering, over te leggen. Omwille van de progressieve invoering van die rapportering diende, voor de periodieke staten op 30 september 2010 en 31 december 2010, slechts een beknopte versie van de FINREP aan de CBFA te worden overgelegd¹²⁶.

Tot slot is ook de rapportering door de beleggingsondernemingen en de beheerverenootschappen van ICB's herzien. Zo is het koninklijk besluit van 23 september 1992 op de jaarrekening van de kredietinstellingen in oktober 2008 gewijzigd, zodat dat nu ook geldt voor de beleggingsondernemingen en de beheerverenootschappen van ICB's. Die wijziging strekte er in hoofdzaak toe een betere vergelijkbaarheid en homogeniteit tussen de actoren uit de financiële sector te garanderen met betrekking tot de voor hen geldende verplichtingen inzake de publicatie van hun jaarlijkse financiële informatieverstrekking. Daarom werd het opportuun geacht om de inwerkingtreding van dat koninklijk besluit te baat te nemen om de prudentiële rapportering die de betrokken instellingen periodiek aan de CBFA overleggen, te actualiseren¹²⁷. Die rapportering werd immers nog gedefinieerd door diverse circulaires uit de vroege jaren 90. De nieuwe rapporteringsregels treden in werking vanaf 31 maart 2011 en zullen dus gelden voor de beleggingsondernemingen, de beheerverenootschappen van ICB's en de in België gevestigde bijkantoren van dergelijke instellingen uit het buitenland.

1.1.2.2.2. Verzekeringsondernemingen en herverzekeringsondernemingen

Wijziging van de wetgeving voor de aanvullende ziekteverzekering van de ziekenfondsen

Uit een met redenen omkleed advies van de Europese Commissie bleek dat de wetgeving inzake aanvullende ziekteverzekeringen aangeboden door ziekenfondsen en andere mutualistische entiteiten niet in overeenstemming was met de Europese schadeverzekeringsrichtlijnen¹²⁸. Ingevolge dit advies werd de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering aangepast door de wet van 26 april 2010¹²⁹. Meer bepaald was de Europese Commissie van oordeel dat de ziekenfondsen en de andere mutualistische entiteiten die op de markt van de aanvullende ziektekostenverzekeringen in concurrentie treden met de verzeke-

ringsondernemingen, eveneens moesten voldoen aan de regels voorzien in voormelde richtlijnen. België werd uiteindelijk op 28 oktober 2010 door het Hof van Justitie van de Europese Unie veroordeeld wegens onjuiste en onvolledige omzetting van voormelde richtlijnen¹³⁰.

De wet van 26 april 2010 onderscheidt binnen de aanvullende diensten die door ziekenfondsen en andere mutualistische entiteiten georganiseerd worden, enerzijds de verzekeringen en anderzijds de verrichtingen en andere diensten zonder verzekeringskarakter¹³¹.

Deze laatste diensten zonder verzekeringskarakter kunnen verder worden georganiseerd door ziekenfondsen, landsbonden en maatschappijen van onderlinge bijstand die geen verzekeringen aanbieden. Op de verrichtingen en de andere diensten die geen verzekeringen uitmaken, is de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, zoals aangepast door de wet van 26 april 2010, van toepassing.

Wat betreft de diensten die verzekeringen uitmaken, voorziet de wet dat deze diensten door een afzonderlijke rechtspersoon georganiseerd en beheerd worden, namelijk de maatschappij van onderlinge bijstand (MOB), en dit ingevolge het specialiteitsbeginsel voorzien in artikel 8, 1°, b) van de eerste richtlijn verzekeringen niet-leven. Deze rechtsvorm bestond reeds in de mutualistische sector als entiteit waarin verschillende ziekenfondsen konden participeren om bepaalde diensten van de aanvullende ziekteverzekering aan hun leden aan te bieden. Voortaan wordt de MOB daarnaast één van de rechtsvormen naar Belgisch recht om verzekeringsactiviteiten uit te oefenen en wordt zij als dusdanig in de verzekeringswetgeving en de Europese regelgeving opgenomen.

De wet bepaalt dat op deze nieuwe vorm van verzekeringsonderneming de Belgische verzekeringswetgeving van toepassing is, met name de controlewet verzekeringen, de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst¹³² en de wet van 27 maart 1995. Deze verzekeringswetgeving omvat onder meer de bepalingen van voormelde richtlijnen verzekeringen niet-leven.

Gelet op het specifiek karakter van de MOB's, zijn er evenwel uitzonderingen. Vooreerst kunnen deze MOB's enkel ziekteverzekeringen aanbieden, zoals bedoeld in tak 2 (ziekte) van bijlage 1 van het algemeen reglement verzekeringen, alsook, op bijkomende wijze, een dekking van de risico's die behoren tot de hulpverlening

126 Circulaire CBFA_2010_14 van 13 juli 2010 over de rapportering door de financiële holdings.

127 Circulaire CBFA_2010_10 van 14 april 2010 over de prudentiële rapportering door de beleggingsondernemingen en de beheerverenootschappen van instellingen voor collectieve belegging.

128 Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, en Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG.

129 Wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering.

130 Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie [28 oktober 2010 – Europese Commissie/Koninkrijk België (Zaak C-41/10), PB C/346/21].

131 Overeenkomstig artikel 67, vijfde en zesde lid, van de wet van 26 april 2010, kunnen de ziekenfondsen, de landsbonden en de maatschappijen voor onderlinge bijstand andere diensten organiseren die geen verrichtingen zijn, en die niet tot doel hebben om een recht op tussenkomst te creëren wanneer zich een onzekere en toekomstige gebeurtenis voordoet. Deze andere diensten die georganiseerd dienen te worden in overeenstemming met het criterium bedoeld in het eerste lid, h) van artikel 67, worden bepaald bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, na advies van de Controledienst voor de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen en van de CBFA.

132 Het betreft inzonderheid de bepalingen van hoofdstuk IV van titel III van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

zoals bedoeld in tak 18 (hulpverlening) van bijlage 1 van voornoemd algemeen reglement. Bovendien zullen hun verzekeringsproducten enkel aan de leden van de aangesloten ziekenfondsen mogen worden aangeboden. Daarnaast hebben ze een burgerlijk karakter, streven ze geen winstoogmerk na en is het mandaat van hun bestuurders onbezoldigd. Ten slotte worden deze MOB's gecontroleerd door de Controledienst voor de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (CDZ).

De voorwaarden om verzekeringsproducten aan te bieden en te distribueren die van toepassing zijn op de verzekeringsondernemingen en verzekeringstussenpersonen gelden ook voor de MOB's, waarbij – zoals gesteld – de controle evenwel door de CDZ wordt uitgeoefend. Dit houdt in dat de MOB die verzekeringsproducten wenst aan te bieden, hiertoe de toelating moet hebben bekomen van de CDZ en dat de verantwoordelijken voor de distributie en de personen in contact met het publiek binnen deze MOB, maar ook binnen de ziekenfondsen indien ze producten aanbieden van de MOB, het bewijs van de vereiste beroepskennis moeten leveren. De CDZ zal instaan voor de goedkeuring van de examens die hiertoe worden georganiseerd. Bovendien zullen de tussenpersonen die de verzekeringsproducten van de MOB aanbieden en aan verzekeringsbemiddeling doen (de ziekenfondsen, andere rechtspersonen en natuurlijke personen) geen activiteiten van verzekeringsbemiddeling mogen uitoefenen wat andere verzekeringen betreft dan deze aangeboden door de MOB.

De wet bevat verder een aantal bepalingen met als doel de samenwerking mogelijk te maken tussen de CBFA en de CDZ. Zo kan de CBFA vertrouwelijke informatie meedelen aan de CDZ in zijn hoedanigheid van toezichthouder op de MOB's, alsook op hun verrichtingen. De CBFA en de CDZ sluiten ook een samenwerkingsovereenkomst betreffende de materie van de aanvullende ziekteverzekering door de MOB's. De samenwerkingsovereenkomst regelt onder meer de uitwisseling van informatie en de eenvormige toepassing van de betrokken wetgeving.

Teneinde het voorgaande in te voeren, brengt de wet van 26 april 2010 een aantal wijzigingen aan aan onder meer de controlewet verzekeringen, de wet van 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen, de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, de wet van 27 maart 1995¹³³, en de wet van 2 augustus 2002.

Koninklijk besluit tot uitvoering van de controlewet herverzekeringsbedrijf

De goedkeuring van de herverzekeringsrichtlijn 2005/68/EG¹³⁴ evenals de controlewet herverzekeringsbedrijf, via dewelke die richtlijn in Belgisch recht werd omgezet, werden reeds in een vorig verslag besproken door de CBFA¹³⁵.

Het koninklijk besluit van 27 september 2009¹³⁶ vult het wettelijk kader voor het prudentieel toezicht op de herverzekeringsondernemingen aan met diverse technische regels. De uitvoeringsmaatregelen die dit besluit bevat, vertalen de richtsnoeren van richtlijn 2005/68/EG (met name het "prudent person"-beginsel), maar zijn daarnaast ook gebaseerd op het algemeen reglement verzekeringen.

Zo bevat het besluit een aantal bepalingen over de technische voorzieningen, de tegenover de technische voorzieningen staande activa, de solvabiliteitsmarge en het waarborgfonds van de Belgische herverzekeringsondernemingen, evenals bepalingen die van toepassing zijn op de Belgische bijkantoren van herverzekeringsondernemingen van derde landen.

Conform richtlijn 2005/68/EG bevat het koninklijk besluit overigens diverse bepalingen die er onder meer toe strekken de regeling die van toepassing is op de verzekeringsondernemingen die herverzekeringsovereenkomsten beoefenen ("gemengde verzekeraars"), aan te passen via een wijziging van het algemeen reglement verzekeringen. In dit verband merken we op dat de directe verzekeraars die boven een bepaalde drempel herverzekeringsovereenkomsten uitvoeren, voor die herverzekeringsovereenkomsten voortaan onderworpen zijn aan de regels inzake het minimumwaarborgfonds, de solvabiliteitsmarge en de dekkingswaarden die van toepassing zijn op de herverzekeringsondernemingen.

Het koninklijk besluit van 27 september 2009 wijzigt ook de bestaande reglementering inzake het aanvullend toezicht op ondernemingen in een verzekeringsgroep of in een financieel conglomeraat, om er de herverzekeringsovereenkomsten in op te nemen als ondernemingen onder toezicht.

Los van het kader van de herverzekering heeft het koninklijk besluit van 27 september 2009 het koninklijk besluit van 22 november 1994¹³⁷ op, dat de voorwaarden bevatte waaraan de "aangewezen actuarissen" moeten voldoen. Deze opheffing vloeit voort uit een wijziging die

133 Zie dit verslag, p. 60.

134 Richtlijn 2005/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2005 betreffende herverzekering en houdende wijziging van Richtlijnen 73/239/EEG en 92/49/EEG van de Raad en van Richtlijnen 98/78/EG en 2002/83/EG.

135 Zie CBFA Verslag DC 2006, pp. 12 en 13 en CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 19.

136 Koninklijk besluit van 27 september 2009 tot uitvoering van de wet van 16 februari 2009 op het herverzekeringsbedrijf (BS 15 oktober 2009, p. 67815).

137 Koninklijk besluit van 22 november 1994 houdende uitvoering van artikel 40bis van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, met betrekking tot het bepalen van de voorwaarden waaraan actuarissen moeten voldoen.

in de controlewet verzekeringen werd aangebracht door de controlewet herverzekeringsondernemingen.

Koninklijk besluit op de geconsolideerde jaarrekening van de verzekeringsondernemingen en de herverzekeringsondernemingen

Het koninklijk besluit van 27 september 2009¹³⁸ heeft de regels over de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening van de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen grondig gewijzigd. Dat koninklijk besluit strekt er in hoofdzaak toe de IFRS, de internationale standaarden voor jaarrekeningen, van toepassing te maken op de Belgische verzekerings- en herverzekeringsondernemingen.

De verplichting om de IFRS te gebruiken bij de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening bestaat al sinds 2005 voor de genoteerde vennootschappen en sinds 2006 voor de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen, waardoor het koninklijk besluit van 27 september 2009 het sluitstuk vormt van de uniforme regeling met betrekking tot de opstelling van de geconsolideerde jaarrekening voor alle actoren van de Belgische financiële sector.

Het koninklijk besluit stelt het gebruik van de IFRS echter niet onmiddellijk verplicht voor de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen. In een eerste fase maakt het gebruik van de optie die de Europese verordening nr. 1606/2002¹³⁹ de lidstaten biedt om de betrokken ondernemingen toe te laten de IFRS op vrijwillige basis toe te passen bij de opstelling van hun geconsolideerde jaarrekening.

De verzekerings- en herverzekeringsondernemingen beschikken over die keuzemogelijkheid voor de opstelling van hun geconsolideerde jaarrekening over de boekjaren die aanvangen vanaf 1 januari 2010. Zij zullen de IFRS pas verplicht dienen toe te passen vanaf de boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2012.

Het feit dat het gebruik van de IFRS pas verplicht wordt vanaf 2012, biedt de sector (met name de kleinste ondernemingen) extra tijd om op die standaarden over te schakelen, en dit parallel met de invoering van de nieuwe eigenvermogensvereisten die uit de Solvency II-richtlijn voortvloeien¹⁴⁰.

Naar het voorbeeld van de regeling voor de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen, heeft het koninklijk besluit van 27 september 2009 ook de voorwaarden strenger gemaakt waaronder de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen kunnen worden vrijgesteld van de verplichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen. Zo schrapt het koninklijk besluit voor die ondernemingen de vrijstelling van de ver-

plichting om een geconsolideerde jaarrekening op te stellen die vroeger openstond voor kleine groepen (artikel 112 W.Venn.) en verscherpt het de vrijstellingsvoorwaarden waarvan sprake in artikel 113, § 2 W.Venn. in geval van subconsolidatie (subgroep). Bovenop die voorwaarden komt nog het vereiste dat de moederonderneming zich garant dient te stellen voor de verplichtingen van de onderneming die aanspraak wenst te maken op de vrijstelling van subconsolidatie.

Krachtens het besluit is het de CBFA bovendien toegestaan om, op met redenen omkleed verzoek, afwijkingen te verlenen van de verplichting om de IFRS te gebruiken, op voorwaarde dat de verzekeringsonderneming niet genoteerd is. Die afwijkingen mogen echter geen betrekking hebben op de normatieve inhoud van de IFRS.

Wijzigingen in de regeling met betrekking tot de actuariële functie

De controlewet herverzekeringsondernemingen heeft artikel 40bis van de controlewet verzekeringen vervangen door artikel 40quinquies.

Onder de oude regeling moesten de verzekeringsondernemingen een of meer actuarissen aanwijzen, die verplicht moesten worden geraadpleegd over de tarieven, de herverzekering en het bedrag van de technische voorzieningen.

Het nieuwe artikel 40quinquies van de controlewet verzekeringen bepaalt nu dat de CBFA mag eisen dat haar door de persoon of personen die door de verzekeringsonderneming zijn aangeduid en die over de vereiste actuariële kennis beschikken, een verslag wordt bezorgd, volgens de regelmaat die zij bepaalt, over de tarieven, de retrocessie en het bedrag van de technische voorzieningen. De personen die belast zijn met de uitoefening van die actuariële functie moeten niet noodzakelijk in het bezit zijn van een actuaariaatsdiploma.

Die nieuwe wettelijke regeling wordt aangevuld door een circulaire van de CBFA, die dateert van 19 november 2009¹⁴¹. Die circulaire beschrijft de rol en de opdrachten van de houders van de actuariële functie evenals de modaliteiten van hun tussenkomst, uitgaande van de oude wettelijke regeling. Zij wijzigt bijvoorbeeld niet de verantwoordelijkheden van de verschillende betrokkenen, zoals de erkend commissaris of de verzekeringsonderneming zelf. Bovendien bepaalt de circulaire dat de actuarissen die onder het regime van het oude artikel 40bis van de controlewet verzekeringen zijn aangewezen, door de onderneming mogen worden beschouwd als personen die over de vereiste kennis beschikken voor de uitoefening van de actuariële functie.

De opdrachten van de personen die belast zijn met de uitoefening van de actuariële functie worden in de circulaire als volgt beschreven:

138 Koninklijk besluit van 27 september 2009 op de geconsolideerde jaarrekening van de verzekeringsondernemingen en de herverzekeringsondernemingen (BS 7 oktober 2009, p. 66182).

139 Verordening nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen.

140 Zie dit verslag, p. 11.

141 Circulaire CBFA_2009_33 over de actuariële functie.

- bij de lancering van elk nieuw product of bij de wijziging van een bestaand product die de rentabiliteit van dit product kan beïnvloeden, geven zij een oordeel over de actuarieel-technische methoden die de onderneming hanteert voor de tarifiering, de samenstelling van de technische voorzieningen, de rentabiliteit en de herverzekering, en
- zij geven jaarlijks een advies over de rentabiliteit van de producten, de technische voorzieningen, de herverzekering en de winstdeling.

De circulaire van 19 november 2009 bepaalt de inhoud van die adviezen, die aan de leiding van de onderneming en aan de CBFA moeten worden gericht, evenals de modaliteiten en de frequentie van de verzending ervan.

De circulaire bepaalt dat de leiding van de onderneming alle nuttige informatie spontaan ter beschikking dient te stellen van de houders van de actuariële functie. Bij ontstentenis lichten deze laatste de leiding van de onderneming onmiddellijk in en indien die situatie aanhoudt, verwittigen zij de raad van bestuur van de onderneming (in voorkomend geval via het auditcomité) en de CBFA.

Tot slot somt de circulaire op niet-limitatieve wijze een aantal onverenigbaarheden op. Zo is de actuariële functie binnen dezelfde onderneming onder meer onverenigbaar met de functies van bestuurder, erkend commissaris en lid van de effectieve leiding en met de interneaudit- en compliancefuncties.

Voor de herverzekeringsondernemingen geldt dezelfde regeling. De controlewet herverzekeringsondernemingen heeft voor die ondernemingen namelijk de actuariële functie ingevoerd¹⁴² en de circulaire van 19 november 2009 is ook op hen van toepassing.

Verlaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het internecontrolesysteem en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering

In haar vorig jaarverslag¹⁴³ verschaft de CBFA toelichting bij de circulaire van 9 mei 2008¹⁴⁴ over de verlaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het internecontrolesysteem en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering. Deze circulaire is van toepassing op kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, beheervennootschappen van ICB's, financiële holdings, vereffeningsinstellingen en met vereffeningsinstellingen gelijkgestelde instellingen.

Om de aanpak op het gebied van het prudentieel toezicht te harmoniseren, heeft de CBFA de werkingssfeer van de beginselen van deze circulaire van 9 mei 2008 uitgebreid tot verzekerings- en herverzekeringsondernemingen, via

een circulaire van 24 juni 2009¹⁴⁵, die gebaseerd is op artikel 14bis van de controlewet verzekeringsbedrijf en artikel 18 van de controlewet herverzekeringsondernemingen.

Circulaire over het aanvullend toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in een verzekerings- en herverzekeringsgroep

In tegenstelling tot de kredietinstellingen, die onderworpen zijn aan een geconsolideerd prudentieel toezicht, zijn de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen die deel uitmaken van een verzekerings- of herverzekeringsonderneming onderworpen aan een aanvullend toezicht. De bevoegdheden waarover de CBFA beschikt voor de uitoefening van dat aanvullend toezicht, vormen een aanvulling op de bevoegdheden die zij reeds heeft voor het individueel toezicht op de ondernemingen (solotoezicht).

Zo beoordeelt de CBFA de aangepaste solvabiliteitsmarge van de onderneming, oefent zij toezicht uit op de verrichtingen binnen een groep en heeft zij ruime toegang tot de informatie over alle eenheden van de groep waartoe de onderneming behoort.

De circulaire van 23 juni 2010¹⁴⁶ vervangt mededeling D.208 van 3 december 2001, om rekening te houden met de regels die ingevoerd zijn door de controlewet herverzekeringsondernemingen en het koninklijk besluit van 27 september tot uitvoering van die wet¹⁴⁷.

De voornaamste wijzigingen die door de voornoemde circulaire werden ingevoerd zijn de volgende:

- uitbreiding van het toepassingsgebied tot de herverzekeringsondernemingen;
- verhoging van de frequentie van de rapportering over de aangepaste solvabiliteitsmarge, die afgestemd werd op die van de rapportering over de solomarge (toevoeging van rapportering op kwartaalbasis), zonder echter de wijze van berekening van de aangepaste solvabiliteitsmarge te wijzigen;
- invoering van een specifieke rapportering voor de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen die hun geconsolideerde jaarrekening opstellen volgens de IAS/IFRS-normen, conform het koninklijk besluit van 27 september 2009 betreffende de geconsolideerde jaarrekening van verzekerings- en herverzekeringsondernemingen;

¹⁴⁵ Circulaire CBFA_2009_26 van 24 juni 2009 over de verlaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het internecontrolesysteem en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering.

¹⁴⁶ Circulaire CBFA_2010_12 van 23 juni 2010 over het aanvullend toezicht op verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in een verzekerings- of herverzekeringsonderneming.

¹⁴⁷ De controlewet herverzekeringsondernemingen heeft een aanvullend toezicht ingevoerd voor de herverzekeringsondernemingen en heeft de regeling inzake het aanvullend toezicht op verzekeringsondernemingen gewijzigd. Het koninklijk besluit van 27 september 2009 tot uitvoering van de controlewet herverzekeringsondernemingen heeft deze regeling inzake aanvullend toezicht aangevuld.

¹⁴² Artikel 46 van de controlewet herverzekeringsondernemingen.

¹⁴³ Zie CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 16.

¹⁴⁴ Circulaire CBFA_2008_12 van 9 mei 2008 over de verlaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het internecontrolesysteem en de verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke prudentiële rapportering.

- d) beperking van de verplichting om de verrichtingen binnen een groep mee te delen, tot de meest significante verrichtingen (de verrichtingen binnen een groep moeten niet langer allemaal worden meegedeeld).

Wat deze laatste wijziging betreft, dient de onderneming zelf te bepalen of de verrichting al dan niet significant is. Verrichtingen van meer dan 5% van de samen te stellen solvabiliteitsmarge worden evenwel geacht significant te zijn. Deze drempel van 5% sluit aan bij de door CEIOPS waargenomen praktijken ter zake.

Mededeling over de waardering van activa verhandeld op inactieve markten

Dekkingswaarden worden in beginsel gewaardeerd aan de hand van hun marktwaarde. Overheidseffecten vormen hierop een uitzondering vermits zij gewaardeerd worden op basis van hun actuariële waarde.

De financiële context van het eerste semester van 2009 had tot gevolg dat er voor een niet onbelangrijk aantal financiële instrumenten niet langer een actieve markt voorhanden was die leidde tot representatieve marktwaarden. Bij gebrek aan specifieke bepalingen in de Belgische regelgeving voor de bepaling van marktprijzen bij inactieve markten, heeft de CBFA een kader ontwikkeld dat de voorwaarden vastlegt voor het gebruik van modelwaarden bij de waardering van dekkingswaarden¹⁴⁸.

De CBFA stelt met name voor de toelichting van de IASB aangaande inactieve markten als referentiekader te gebruiken. De IASB beschrijft deze markten als volgt:

“Characteristics of an inactive market include a significant decline in the volume and level of trading activity, the available prices vary significantly over time or among market participants or the prices are not current. However, these factors alone do not necessarily mean that a market is no longer active. An active market is one in which transactions are taking place regularly on an arm’s length basis. What is ‘regularly’ is a matter of judgment and depends upon the facts and circumstances of the market for the instrument being measured at fair value.”¹⁴⁹

Indien de ondernemingen gebruik wensen te maken van een modelwaarde, dienen zij een dossier aan de CBFA voor te leggen waarin het nodige bewijs wordt geleverd ter staving van hun inschatting dat de markt inactief is. Het dossier dient de nodige details te bevatten over de gebruikte alternatieve waarderingmethode.

148 Mededeling CBFA_2009_23 van 25 mei 2009 betreffende de problematiek van de waardering van activa verhandeld op inactieve markten.

149 Vrije vertaling: “Enkele factoren die op een inactieve markt kunnen wijzen zijn een aanzienlijke daling van het volume en het niveau van de handelsactiviteiten, het feit dat de beschikbare prijzen aanzienlijk variëren, hetzij in de tijd, hetzij tussen de verschillende marktdeelnemers en het feit dat de prijzen niet actueel zijn. Die factoren alleen volstaan echter niet noodzakelijk om te besluiten dat een markt niet langer actief is. Een actieve markt is een markt waar de transacties regelmatig en tussen onafhankelijke partijen plaatsvinden. Wat verstaan moet worden onder “regelmatig” is subjectief en hangt af van de feiten en omstandigheden van de markt voor het instrument dat gewaardeerd wordt tegen reële waarde.”

De gebruikte alternatieve waarderingmethode dient het voorwerp uit te maken van een onderzoek door de erkende commissaris. Deze laatste moet aangeven of de methode, die minimaal beantwoordt aan de methodologie zoals beschreven in de voormelde toelichting van de IASB, correct en aangepast is rekening houdend met de kenmerken van het te waarderen financieel instrument. Het gebruik van een modelwaarde is immers uitzonderlijk en neemt een einde vanaf het ogenblik dat de markt opnieuw actief wordt.

Binnen de onderneming moeten de waarderingen gebeuren op een consistente wijze. Dit wil zeggen dat eenzelfde waarde moet worden gebruikt voor zowel de waardering van dekkingswaarden als, desgevallend, de opmaak van de jaarrekeningen.

Het *asset and liability* beleid van de onderneming vormt een bijkomend aandachtspunt. De onderneming moet kunnen aantonen dat zij, om aan haar verplichtingen te voldoen, niet zal genoodzaakt zijn over te gaan tot de realisatie (op korte of middellange termijn) van de activa met modelwaarde. Deze voorwaarde moet tevens vervuld zijn in stress scenario's.

De CBFA behoudt zich het recht voor de voorgestelde waardebepaling te verwerpen wanneer zij van mening is dat deze een onjuist of misleidend beeld van de financiële toestand van de onderneming geeft, en aldus de rechten van de verzekerden in gevaar zou kunnen brengen.

Trimestrieel gaan de onderneming en haar commissaris na of de voorwaarden inzake inactiviteit van de markt nog steeds vervuld zijn en of de gebruikte alternatieve waarderingmethode in het licht van de marktomstandigheden nog steeds aangepast is.

Circulaire over effectenleningen en cessies-retrocessies van effecten

De circulaire van 30 september 2009¹⁵⁰ behandelt de problematiek van de effectenleningen. Voor de uitvoering van die verrichtingen kan gebruik gemaakt worden van diverse mechanismen die juridisch gezien uiteenlopend zijn, maar vanuit economisch oogpunt heel wat gelijkenissen vertonen. Dit geldt zowel voor effectenleningen, ongeacht of ze gewaarborgd zijn of niet, als voor cessies-retrocessies.

In de circulaire wordt een beschrijving gegeven van de prudentiële gevolgen die verbonden zijn aan de juridische aard van de verschillende mechanismen waar de verzekeringsondernemingen gebruik van kunnen maken voor effectenleningen. De circulaire bepaalt in het bijzonder in welke mate de effecten die het voorwerp uitmaken van leningen of cessies-retrocessies, en de activa die in ruil daarvoor worden ontvangen, in aanmerking mogen worden genomen als dekkingswaarden voor technische voorzieningen.

150 Circulaire CBFA_2009_29 van 30 september 2009 over effectenleningen en cessies-retrocessies van effecten.

Eerst wordt in de circulaire een definitie gegeven van «cessie-retrocessie» en van «effectenlening», en vervolgens worden beide verrichtingen juridisch geanalyseerd om te bepalen wanneer de eigendomsoverdracht plaatsvindt.

Artikel 16, § 2 van de controlewet verzekeringen bepaalt immers het volgende: «*de in § 1 van dit artikel bedoelde technische reserves of provisies (...) moeten op elk ogenblik gedekt zijn door gelijkwaardige activa die de verzekeringsonderneming in volle eigendom toebehoren (...).*»

De circulaire maakt een onderscheid tussen de twee verrichtingen:

- a) Bij cessies-retrocessies verkoopt de verzekeringsonderneming effecten waarvan zij de eigendom overdraagt, waardoor die effecten uit haar vermogen verdwijnen. Aangezien niet meer voldaan is aan de bepalingen van artikel 16, § 2, van de controlewet verzekeringen, kunnen die effecten niet als dekkingswaarden worden beschouwd.

De als tegenprestatie voor de overgedragen effecten ontvangen contanten kunnen wel als dekkingswaarden worden beschouwd.

Indien de verzekeringsonderneming de effecten verwerft, wordt zij als tegenprestatie voor de contanten eigenaar van de effecten en mag zij die effecten als dekkingswaarden aanwenden.

- b) Wanneer de onderneming effecten uitleent in het kader van een effectenlening, verliest zij de eigendom van die effecten, omdat deze vervangbaar zijn. Bijgevolg kan zij de betrokken effecten niet meer onderbrengen bij haar dekkingswaarden.

Voor de verrichtingen die gepaard gaan met een zakelijke zekerheid, bepaalt de circulaire in welke mate zij in aanmerking mogen worden genomen als dekkingswaarden, wat afhankelijk is van het type van zakelijke zekerheid.

Wanneer de verzekeringsonderneming effecten ontleent in het kader van een effectenlening, wordt zij de juridische eigenaar van die effecten en mag zij ze in aanmerking nemen als dekkingswaarden.

Circulaire over de kwartaalrapportering over de financiële staten en de solvabiliteitsmarge

Conform artikel 15 van de controlewet verzekeringen en artikel 22 van de controlewet herverzekeringbedrijf moeten de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen een voldoende solvabiliteitsmarge samenstellen met betrekking tot het geheel van hun activiteiten.

De circulaire van de CBFA van 16 december 2009 versterkt de eisen voor de rapportering over de solvabili-

teitsmarge enerzijds, en die voor de kwartaalrapportering over de financiële staten anderzijds¹⁵¹.

Volgens de rapporteringseisen die voorheen van toepassing waren, moest bij de rapportering over de staat van de solvabiliteitsmarge geen onderscheid worden gemaakt tussen de activiteiten leven en niet-leven en was een forfaitaire berekening van de samen te stellen solvabiliteitsmarge toegestaan voor de kwartaalrapportering (maar niet voor de rapportering op het eind van het jaar).

Volgens de nieuwe circulaire dient er wel een onderscheid gemaakt te worden tussen de marge leven en niet-leven en moet de om de drie maanden samen te stellen marge exact worden berekend.

De berekening van de tussentijdse staat van de samengestelde en samen te stellen solvabiliteitsmarge gebeurt op dezelfde wijze als bij de afsluiting van het boekjaar. Voor de berekening van de samen te stellen solvabiliteitsmarge moet de onderneming er echter op toezien dat gegevens zoals premies, uitkeringen en verhaal slaan op de periode van twaalf maanden die voorafgaat aan de datum van de tussentijdse situatie op basis waarvan de solvabiliteitsmarge wordt berekend.

Bovendien bepaalt de circulaire dat de ondernemingen die de toelating hebben om activiteiten leven en niet-leven te beoefenen, dezelfde verdeelsleutel gebruiken als het jaar voordien om het overgedragen resultaat of het resultaat van het lopende boekjaar toe te kennen.

De ondernemingen bezorgen aan de CBFA om de drie maanden de balans en de resultatenrekeningen (technische resultatenrekeningen leven en niet-leven en niet-technische resultatenrekening).

De versterking van de eisen inzake financiële rapportering stelt de CBFA in staat de rekeningen meer in detail te bestuderen. Bovendien sluit die versterking aan bij de nieuwe eisen inzake de bevestiging van de rekeningen door de erkend commissarissen, die inhouden dat niet alleen de gedetailleerde jaarrekening (op het einde van het boekjaar) maar ook de verkorte jaarrekening (op 30 juni) bevestigd moet worden door de erkend commissarissen (artikel 40^{quater} van de controlewet verzekeringen, zoals gewijzigd door de controlewet herverzekeringbedrijf).

1.1.2.2.3. Instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening

Wijzigingen in de wet betreffende het toezicht op de IBP's

De wet van 6 mei 2009¹⁵² heeft in de WIBP een aantal wijzigingen aangebracht, die in drie categorieën kunnen worden ondergebracht.

De eerste categorie van wijzigingen betreft de regeling voor grensoverschrijdende activiteiten.

151 Circulaire CBFA_2009_37 van 16 december 2009 over de kwartaalrapportering over de financiële staten en de solvabiliteitsmarge.

152 Artikelen 83 tot 104 van de wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen (BS 19 mei 2009).

De artikelen 64 tot 69 van de WIBP regelen de kennisgevingsprocedure die gevolgd moet worden wanneer een IBP een activiteit wenst uit te oefenen in een andere lidstaat van de EER. Artikel 67 legde aan de CBFA een termijn van twee maanden op om aan de IBP de relevante inlichtingen op het vlak van de sociale en arbeidswetgeving te verstrekken die de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst haar hadden overgemaakt. Artikel 68 bepaalde dat de IBP uiterlijk drie maanden na het verstrijken van de bovengenoemde termijn met haar grensoverschrijdende activiteit kon beginnen.

Volgens artikel 20, § 6 van de IBP-richtlijn moeten de door de CBFA ontvangen documenten echter meteen bij de ontvangst ervan aan de IBP worden overgemaakt. De termijn van twee maanden waarin voorzien was in artikel 67 werd dus opgeheven en de aanvang van de termijn van drie maanden die bepaald was in artikel 68 werd aangepast, waardoor de betrokken IBP's vroeger met hun grensoverschrijdende activiteiten kunnen beginnen.

Bovendien werd in de WIBP een artikel 148/1 ingelast, dat het de CBFA mogelijk maakt om op verzoek van de autoriteiten van de lidstaat van herkomst te verbieden dat een IBP die geen activiteit uitoefent in België, de vrije beschikking heeft over activa die daar zijn gelegen. Die mogelijkheid werd al geboden in artikel 148, maar was beperkt tot de IBP's met een grensoverschrijdende activiteit in België.

De tweede categorie van wijzigingen betreft de samenstelling van de algemene vergadering van de IBP's.

Zo werd artikel 14 van de WIBP volledig herschreven om de duidelijkheid te bevorderen en om toe te laten dat op de algemene vergadering andere vennootschappen dan de bijdragende ondernemingen aanwezig zijn, op voorwaarde dat ze minder dan een derde van de stemmen hebben. We denken hier onder meer aan de Belgische of buitenlandse moederonderneming of dochterondernemingen van de bijdragende onderneming.

Artikel 15 versoepelt het vereiste inzake de vertegenwoordiging van rechtspersonen in de algemene vergadering. Voortaan mogen rechtspersonen namelijk meer dan één vaste vertegenwoordiger hebben. Deze wijziging vergemakkelijkt met name de paritaire samenstelling van de algemene vergadering. In artikel 23 van de WIBP daarentegen blijft het principe behouden dat rechtspersonen die lid zijn van een operationeel orgaan slechts één vaste vertegenwoordiger kunnen aanduiden.

De derde categorie van wijzigingen is bedoeld om bepaalde openbaaringsregels te vereenvoudigen en om de rechtszekerheid van een aantal bepalingen te verbeteren. Ten eerste moeten de akten die betrekking hebben op de leden van de operationele organen die geen vertegenwoordigingsbevoegdheid hebben, niet langer ter griffie van de rechtbank van koophandel worden neergelegd. Bovendien moeten de toelating, de afstand, de herroeping en het verval van de toelating niet langer bekendgemaakt worden in het Belgisch Staatsblad maar op de website van de CBFA. Dit geldt ook voor de lijst van de IBP's die toegelaten zijn in België en voor die van de IBP's

die er een grensoverschrijdende activiteit uitoefenen. Tot slot bevat artikel 29 nu ook de regel die opgenomen is in artikel 5 van het uitvoeringsbesluit van de WIBP¹⁵³, die inhoudt dat de bijdragende ondernemingen en de aangeslotenen of hun vertegenwoordigers de meerderheid moeten uitmaken van de leden van de raad van bestuur.

Koninklijk besluit betreffende de openbaarmaking van de jaarrekening

Krachtens artikel 48 van de WIBP dienen de bestuurders van OFP's de jaarrekeningen van de IBP's neer te leggen bij de NBB. Dat artikel verleent de Koning ook de bevoegdheid om te bepalen op welk tijdstip, volgens welke nadere regels en onder welke voorwaarden die neerlegging precies dient te gebeuren.

Het ter uitvoering van dat artikel genomen koninklijk besluit van 7 december 2009 bepaalt de regels met betrekking tot de openbaarmaking van de jaarrekening van de IBP's¹⁵⁴.

Pro memorie wordt vermeld dat de WIBP in een nieuwe rechtsvorm voorziet (het OFP) die moet worden aangenomen door alle nieuwe IBP's naar Belgisch die na 1 januari 2007 zijn opgericht. De IBP's die vóór die datum als vzw of als onderlinge verzekeringsvereniging zijn opgericht, dienen tegen uiterlijk 1 januari 2012 tot OFP's te worden omgevormd.

De wettelijke regeling die de WIBP van toepassing heeft verklaard op de OFP's, is sterk geënt op de wettelijke regeling die geldt voor vzw's, de rechtsvorm waarvoor de meeste IBP's hebben geopteerd die vóór 1 januari 2007 zijn opgericht.

In dezelfde geest brengt het koninklijk besluit van 7 december 2009 de voor de IBP's geldende bepalingen over de neerlegging en de openbaarmaking van de jaarrekening in overeenstemming met de desbetreffende bepalingen voor de vzw's.

Voornoemd koninklijk besluit is voor het eerst van toepassing op de op 31 december 2007 afgesloten jaarrekeningen van de IBP's die als OFP's zijn opgericht.

Circulaire over de mededeling van de jaarrekening, statistieken en erbij te voegen documenten voor het boekjaar eindigend in 2009

De circulaire van de CBFA van 3 februari 2010 bevat richtlijnen voor het opstellen van de documenten die de IBP's jaarlijks moeten overmaken aan de CBFA. Het gaat onder meer om de balans, de resultatenrekening, de toelichtingen, de statistieken, het verslag van de ac-

153 Koninklijk besluit van 12 januari 2007 betreffende het prudentieel toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening.

154 Koninklijk besluit van 7 december 2009 betreffende de openbaarmaking van de jaarrekening van de organismen voor de financiering van pensioenen (BS 29 december 2009).

tuaris, de samenvattende opgave en de gedetailleerde lijst van de dekkingswaarden¹⁵⁵.

Circulaire eCorporate over de elektronische overlegging van gegevens aan de CBFA

Zoals eerder vermeld¹⁵⁶, stelt de CBFA een beveiligd communicatieplatform ter beschikking van de instellingen onder haar toezicht, zodat zij permanent informatie met hen kan uitwisselen. Dat platform met de naam "eCorporate" omvat een tool voor het beheer van de door de CBFA gevraagde informatie en een permanente interface voor de raadpleging van die informatie door zowel de CBFA als de instellingen onder haar toezicht.

Sinds 1 mei 2010 is dat platform toegankelijk voor de IBP's. De CBFA heeft daarvoor een circulaire¹⁵⁷ opgesteld die met name tot doel heeft het eCorporate-platform, zijn doelstellingen en zijn toegangsmodaliteiten voor te stellen. De circulaire bepaalt verder ook welke kwalitatieve informatie (verslagen, verklaringen, ...) via eCorporate aan de CBFA dient te worden overgelegd ten behoeve van haar toezicht, en geeft toelichting bij de op eCorporate ter beschikking gestelde samenvattende fiches (identificatiefiche met signaletiekgegevens, rapporteringsfiche over de verplichtingen inzake kwalitatieve, financiële en andere rapportering).

Circulaire over de kennisgeving van een grensoverschrijdende activiteit

De artikelen 62 tot 73 van de WIBP regelen de procedure die gevolgd moet worden door een IBP naar Belgisch recht die een activiteit wenst uit te oefenen in een andere lidstaat (grensoverschrijdende activiteit) of in een staat die geen lid is van de EER. Een protocol dat op initiatief van CEIOPS werd opgesteld in te Boedapest werd ondertekend in februari 2006, bepaalt welke informatie onderling moet worden uitgewisseld tussen de lidstaten die betrokken zijn bij een grensoverschrijdende activiteit¹⁵⁸.

Op Belgisch niveau werden in een circulaire van 23 maart 2007 de inhoud en de vorm vastgelegd van de kennisgeving die aan de CBFA moet worden gericht door een IBP die buiten België een activiteit wenst uit te oefenen¹⁵⁹.

Tijdens de verslagperiode werden zowel de hogervermelde wettelijke bepalingen¹⁶⁰ als het Protocol van Boedapest¹⁶¹ gewijzigd, waardoor de circulaire van 23 maart 2007 vervangen moest worden.

155 Circulaire CBFA_2010_5 van 3 februari 2010 over de mededeling van de jaarrekening, statistieken en erbij te voegen documenten voor het boekjaar eindigend in 2009.

156 Over de toepassing van eCorporate in de andere sectoren onder toezicht van de CBFA, zie dit verslag, p. 28.

157 Circulaire CBFA_2010_08 van 30 maart 2010 over eCorporate.

158 Over dit protocol, zie CBFA Verslag DC 2006, p. 14.

159 Circulaire CPP-2007-1 van 23 maart 2007 - Kennisgeving door een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening naar Belgisch recht van een grensoverschrijdende activiteit of van een activiteit in een staat die geen lid is van de Europese Economische Ruimte.

160 Zie dit verslag, p. 40.

161 Het protocol van Boedapest werd gewijzigd in oktober 2009, om de procedure voor de samenwerking tussen de toezichthouders te vergemakkelijken.

De nieuwe circulaire, die goedgekeurd werd op 12 januari 2010, bepaalt de taal waarin en de termijn waarbinnen de vereiste informatie moet worden verstrekt¹⁶². Naast de informatie die al verstrekt moest worden volgens de vorige circulaire, moet de IBP voortaan ook vermelden of zij een beroep doet op een externe bewaarnemer van activa, en een schatting geven van het aantal aangeslotenen dat deelneemt aan de grensoverschrijdende pensioenregeling. Wat daarentegen niet meer vermeld moet worden is of de verplichtingen van de IBP in de lidstaat van ontvangst in een afzonderlijk vermogen zijn ondergebracht¹⁶³, dit wil zeggen of ze gescheiden worden gehouden van de andere verplichtingen die door de IBP worden beheerd, om aan de betrokken aangeslotenen en begunstigden een voorrecht te geven op de overeenkomstige dekkingswaarden.

Verplichting om invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidstoezeggingen te externaliseren

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA nadere toelichting verstrekt bij de draagwijdte van de verplichting om invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidstoezeggingen te externaliseren. Parallel daarmee onderzocht zij ook andere problemen die samenhangen met de problematiek van de eigenlijke externaliseringsverplichting, nl. de definities van arbeidsongeschiktheid en invaliditeit, de datum vanaf wanneer de externaliseringsverplichting van toepassing is, en de toepasselijke sancties bij niet-naleving van de externaliseringsverplichting.

Externaliseringsverplichting

Artikel 3, § 1, van de WIBP legt de verplichting op om de toezeggingen met betrekking tot de risico's in verband met pensioen, overlijden, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid te externaliseren. De toezeggingen met betrekking tot die risico's moeten dus worden toevertrouwd aan een verzekeringsonderneming of een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening die, in ruil voor de premies of de bijdragen die worden gestort door de werkgever die de toezegging heeft gedaan, het nodige kapitaal opbouwt voor de uitbetaling van de uitkeringen.

Wat de te externaliseren toezeggingen betreft, verwijst voornoemd artikel 3, § 1, naar de in artikel 2, 2°, van dezelfde wet vermelde pensioenuitkeringen, die daar worden gedefinieerd als "uitkeringen die worden uitbetaald bij het bereiken of naar verwachting bereiken van de pensioendatum, of, wanneer deze een aanvulling op die uitkeringen vormen en op bijkomende wijze worden verstrekt, in de vorm van betalingen bij overlijden, invaliditeit, arbeidsongeschiktheid of beëindiging van de werkzaamheid, dan wel in de vorm van ondersteunende betalingen of diensten in geval van ziekte, behoeftigheid of overlijden".

162 Circulaire CBFA_2010_03 van 12 januari 2010 - Kennisgeving door een instelling voor bedrijfspensioenvoorziening naar Belgisch recht van een grensoverschrijdende activiteit of van een activiteit in een staat die geen lid is van de Europese Economische Ruimte.

163 Artikel 2, eerste lid, 15°, van de WIBP.

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA zich gebogen over de vraag of een werkgever, in het licht van de uitdrukking "wanneer deze aanvulling op die uitkeringen vormen en op bijkomende wijze worden verstrekt", ook de invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidstoezeggingen moet externaliseren die hij in hoofdzaak heeft gedaan¹⁶⁴.

Volgens de CBFA is dit inderdaad het geval. Uit de parlementaire voorbereiding van de WIBP kan immers worden afgeleid dat de wetgever in die wet een algemene externaliseringsverplichting wenste op te nemen voor alle ondernemingen die hun werknemers bovenwettelijke voordelen inzake pensioen, overlijden, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid aanbieden.

In het bij de Kamer ingediende wetsontwerp¹⁶⁵ kwam de externaliseringsverplichting aan bod in artikel 5, terwijl de te externaliseren toezeggingen werden opgesomd in artikel 3. De tekst van artikel 3 stemde overeen met de tekst van artikel 2, § 3, 6°, van de controlewet verzekeringen, waarvan het wetsontwerp de opheffing voorstelde¹⁶⁶.

Met betrekking tot artikel 3 voegde de memorie van toelichting daar het volgende aan toe: "Dit artikel geeft een nadere omschrijving van pensioenuitkeringen in Belgisch recht [...]. Voornamelijk de definities uit artikel 2, § 3, 6°, van de wet van 9 juli 1975 worden overgenomen. [...] Paragraaf 1, 1°, definieert de pensioenuitkeringen ten gunste van loontrekkenden en bedrijfsleiders. Hier worden de uitkeringen bedoeld die zijn opgebouwd door de voorzorgsinstellingen (of pensioenfondsen) in de zin van de wet van 9 juli 1975. [...] Het ontwerp wijzigt dus niets aan de bestaande toestand."¹⁶⁷

Artikel 2, § 3, 6°, van de controlewet verzekeringen, als gewijzigd bij artikel 66 van de WAP, legde de verplichting op om "het opbouwen ten individuele of ten collectieve titel van bovenwettelijke voordelen inzake pensioen, overlijden en blijvende invaliditeit voor het personeel of de bedrijfsleiders van één of van verschillende private ondernemingen" te externaliseren.

In de memorie van toelichting bij artikel 66 van de WAP werd die verplichting als volgt toegelicht:

*"In de voorgestelde tekst wordt verduidelijkt dat de voorzorgsactiviteit niet alleen betrekking heeft op het opbouwen van pensioenvoordelen maar ook op voordelen in geval van overlijden en blijvende invaliditeit. Voor dit laatste geval worden enkel de voordelen bedoeld die betrekking hebben op de periodes die de primaire arbeidsongeschiktheid overtreffen. Beperkte voordelen die bijvoorbeeld worden toegekend in geval van overlijden (bv. vergoeding voor begrafeniskosten), in geval van arbeidsongeschiktheid (bv. betaling van het loon gedurende enkele maanden) of in geval van hospitalisatie worden niet bedoeld."*¹⁶⁸

In het kader van de aan de goedkeuring van de WIBP voorafgaande parlementaire procedure werd geoordeeld dat het, in verband met de externaliseringsverplichting, "niet enkel gepast is om de activiteiten in België te beogen [...], maar ook de activiteiten buiten België"¹⁶⁹. Daarom heeft amendement nr. 18¹⁷⁰ de verwijzing naar artikel 3¹⁷¹ vervangen door een verwijzing naar artikel 2, 2°, dat een algemene definitie van het begrip "pensioenuitkering" bevat die is overgenomen uit de IBP-richtlijn en die "de activiteiten van zowel Belgische instellingen als instellingen uit andere lidstaten"¹⁷² betreft.

De wetgever blijkt dus duidelijk uitsluitend voornemens te zijn geweest de externaliseringsverplichting te verplaatsen van de controlewet verzekeringen naar de toekomstige wet over de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening en in laatstgenoemde wet een algemene verplichting te behouden tot externalisering van de toezeggingen met betrekking tot de risico's in verband met pensioen, overlijden, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid. De bij amendement nr. 18 doorgevoerde referentiewijziging strekte er dus geenszins toe dat algemene beginsel te beperken, maar integendeel de verplichting uit te breiden tot de IBP's die in andere lidstaten zijn gevestigd.

Dat algemene karakter kan ook worden afgeleid uit paragraaf 2 van artikel 3 van de WIBP, die de verzekeringsondernemingen en de instellingen die uitsluitend solidariteitstoezeggingen beheren, uitsluit uit het door die wet georganiseerd prudentieel toezicht.

Volgens de memorie van toelichting¹⁷³ betreft die uitsluiting "ondernemingen die een activiteit verrichten die onder het voorliggende wetsontwerp valt maar die er niet aan onderworpen zijn", omdat zij hun eigen controlewetgeving hebben. Precies omwille van de algemene draagwijdte van paragraaf 1 van dit artikel, moeten de verzekeringsondernemingen en de instellingen die solidariteitsstelsels beheren, in paragraaf 2 worden uitgesloten.

Arbeidsongeschiktheid, invaliditeit en primaire arbeidsongeschiktheid

Noch de controlewet verzekeringen, noch de WAP, noch de WIBP bevat een definitie van de begrippen "arbeidsongeschiktheid", "invaliditeit" en "primaire arbeidsongeschiktheid". Bijgevolg moet naar de betekenis van die begrippen worden verwezen in het Belgisch recht en met name in het kader van de sociale zekerheid. Ter zake wordt meer bepaald verwezen naar de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, en naar haar uitvoeringsbesluit van 3 juli 1996.

Volgens die wetgeving verwijst "arbeidsongeschiktheid" naar een ziekte, ongeval of hospitalisatie die het een persoon onmogelijk maakt te werken en hem recht

164 Deze vraag rijst niet in verband met de toezeggingen bij overlijden, omdat die krachtens de artikelen 2 en 5, § 3, van de WAP moeten worden geëxternaliseerd.

165 Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/001.

166 Artikel 139 van het wetsontwerp, dat artikel 176 van de WIBP is geworden.

167 Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/001, p. 19 en 20.

168 Parl. St., Kamer 2005-2006, 50-1340/001, p. 81.

169 Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/003, p. 3.

170 Amendement nr. 18, Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/003, p. 3.

171 Artikel 3 van het wetsontwerp, dat artikel 74 van de WIBP is geworden.

172 Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/001, p. 15.

173 Parl. St., Kamer 2005-2006, 51-2534/001, p. 23.

geeft op een vervangingsinkomen, dat "uitkering wegens arbeidsongeschiktheid" wordt genoemd. "Primaire arbeidsongeschiktheid" verwijst naar een periode van arbeidsongeschiktheid van minder dan één jaar, terwijl "invaliditeit" de periode is die aanvangt na afloop van de periode van primaire arbeidsongeschiktheid.

Datum vanaf wanneer de externaliseringsverplichting van toepassing is

Hoewel andere wettelijke en reglementaire teksten¹⁷⁴ het beheer, door een IBP, van de invaliditeits- en arbeidsongeschiktheidstoezeggingen regelen, moet er, in verband met de inwerkingtreding van de externaliseringsverplichting, worden van uitgegaan dat die verplichting voor het eerst werd opgelegd door de wijziging die in artikel 2, § 3, 6°, van de controlewet verzekeringen werd aangebracht door artikel 66 van de WAP, i.e., overeenkomstig artikel 114 van die wet, sinds 15 mei 2003. Noch de WAP, noch de WIBP heeft ter zake in een overgangsbepaling voorzien en bovendien gelden de in de artikelen 163 tot 173 van de WIBP vermelde vrijstellingen van de externaliseringsverplichting niet expliciet voor dergelijke toezeggingen en mogen zij, volgens de CBFA, evenmin op overeenkomstige wijze worden toegepast. De vraag rijst dan ook of de externaliseringsverplichting moet worden nageleefd met betrekking tot personen die vóór 15 mei 2003 invalide of arbeidsongeschikt zijn geworden. Die situaties zijn ontstaan toen de oude wet nog van toepassing was. Daarom zijn de betrokken toezeggingen definitief verworven als zij in de vorm van een kapitaal zijn gestort, en zijn hun toekomstige gevolgen niet aan de nieuwe wet onderworpen als zij in de vorm van een rente zijn gestort, omdat die nieuwe wet geen expliciete bepaling in die zin bevat.

De renten die momenteel worden uitbetaald aan personen die na 15 mei 2003 arbeidsongeschikt of invalide zijn geworden, moeten daarentegen wel worden geëxternaliseerd. Het gaat daarbij weliswaar niet meer om de dekking van een risico in verband met invaliditeit of arbeidsongeschiktheid, omdat dat risico zich, hypothetisch gesproken, al heeft voorgedaan, maar wel om de financiering van een (tijdelijke of lijf)rente. Artikel 24 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst, dat verbiedt een risico te financieren dat zich al heeft voorgedaan, is in dit geval niet van toepassing.

Indien de werkgever, op het passief van zijn balans, een voorziening heeft ingeschreven om die rente te betalen, moet die voorziening worden geëxternaliseerd in de vorm van hetzij een eenmalige premie van een lijfrentecontract, hetzij een bijdrage aan een IBP.

Sancties

Bij niet-naleving van de externaliseringsverplichting kunnen verschillende bepalingen van de WIBP worden toegepast, meer bepaald die over aanmaningen door de CBFA (artikel 149), administratieve geldboetes (artikel 150) of strafrechtelijke sancties (artikel 151).

¹⁷⁴ Zie inzonderheid de versies van artikel 2, § 3, 6°, van de controlewet verzekeringen van vóór 2003 en het koninklijk besluit van 14 mei 1985.

Mededeling over de financiële toestand van de IBP's op 31 december 2009

De CBFA heeft net zoals eind 2008 een mededeling¹⁷⁵ bekendgemaakt waarin de IBP's worden gewezen op een aantal aandachtspunten bij het afsluiten van de jaarrekening. Daarnaast bevat de mededeling een aantal richtlijnen om de opvolging van de door de CBFA goedgekeurde sanerings- en herstelplannen over het boekjaar 2008 te vergemakelijken.

De mededeling brengt vooreerst de aanbevelingen van de vroegere mededeling in herinnering¹⁷⁶. Ze herhaalt dat de IBP's hun financiële situatie nauwgezet moeten opvolgen en, indien nodig, de gepaste sanerings- of herstelmaatregelen moeten treffen. Indien ze een tekort (of een bijkomend tekort ten aanzien van het sanerings- of herstelplan betreffende het boekjaar 2008) vaststellen of menen het boekjaar 2009 met een tekort te zullen moeten afsluiten, dienen ze de CBFA daarvan onmiddellijk in te lichten, zich te engageren om de nodige herstelmaatregelen uit te werken en ter goedkeuring voor te leggen aan de CBFA.

Vervolgens is de mededeling gewijd aan de opvolging van de door de CBFA goedgekeurde sanerings- en herstelplannen over het boekjaar 2008. Om een snelle verwerking ervan mogelijk te maken en binnen een redelijke termijn over een sectoroverzicht te kunnen beschikken, werd een formulier opgesteld waarin aan de hand van een aantal vragen wordt onderzocht in welke mate de IBP's de voorwaarden van hun sanerings- of herstelplan op datum van 31 december 2009 hebben nageleefd.

Ten slotte vestigt de mededeling de aandacht van de instellingen op de vermelding van het actueel financieringsniveau op de jaarlijkse pensioenfiche¹⁷⁷ voor de aangeslotenen.

1.1.2.2.4. Betalingsinstellingen

Nieuwe wetgeving over de betalingsinstellingen

De wet van 21 december 2009 betreffende het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van de betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen¹⁷⁸ vormt de gedeeltelijke omzetting in Belgisch recht van de Europese Richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt¹⁷⁹. Deze richtlijn heeft tot doel om in de EER een gemeenschappelijke interne markt voor betalingsdiensten tot stand te brengen.

¹⁷⁵ Mededeling CBFA_2009_35 van 8 december 2009: "De financiële toestand van de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening op 31 december 2009".

¹⁷⁶ Mededeling CBFA_2008_23 van 9 december 2008: "De financiële toestand van de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening ten gevolge van de impact van de financiële crisis".

¹⁷⁷ Artikel 26 van de WAP en artikel 48, § 1 van de WAPZ.

¹⁷⁸ Belgisch Staatsblad van 19 januari 2010.

¹⁷⁹ Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.

De richtlijn bevat twee luiken. Een eerste luik regelt de toegang tot de markt van betalingsdiensten en betalingssystemen en voert een prudentieel statuut in voor betalingsinstellingen. Een tweede luik omvat bepalingen inzake consumentenbescherming en gedragsregels in verband met betalingstransacties.

De wet van 21 december 2009 vormt, samen met de wet van 22 december 2009¹⁸⁰, de omzetting van het eerste luik. Het luik consumentenbescherming en gedragsregels, met name de regels die rechten en plichten van de gebruikers en dienstverleners vastleggen en de regels inzake transparantie en informatie voor gebruikers, werd opgenomen in een aparte wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten¹⁸¹. Hierna wordt enkel verder ingegaan op de wet van 21 december 2009.

Het toepassingsgebied van deze wet is opgebouwd rond het sleutelbegrip "betalingsdienst". Dit begrip omvat verschillende activiteiten vermeld in de bijlage I bij de wet, met uitsluiting van de in de bijlage II vermelde activiteiten.

In het algemeen worden met betalingsdiensten bedoeld de diensten waarbij de mogelijkheid wordt geboden contanten op een betaalrekening te plaatsen of op te nemen, alsook alle verrichtingen die voor het beheren van een betaalrekening vereist zijn, de uitvoering van betalingstransacties, de uitgifte en/of aanvaarding van betaalinstrumenten en geldtransfers.

Deze betalingsdiensten hebben in grote lijnen betrekking op diensten die de volgende kenmerken hebben:

- zij worden verstrekt aan een externe betalingsdienstgebruiker;
- er worden gelden ontvangen van betalingsdienstgebruikers, al dan niet via een betaalrekening¹⁸²;
- de betalingsdienst is het hoofbestanddeel van de dienst die aangeboden wordt;
- het gebruik van het betalingsinstrument is niet beperkt tot een wel omliggend netwerk of tot bepaalde goederen en diensten.

Zijn evenwel geen betalingsdiensten, de diensten waarbij de overdracht van geldmiddelen van de betaler aan de begunstigde of het transport ervan uitsluitend in de vorm van bankbiljetten en munten plaatsvindt, of waarbij de overdracht is gebaseerd op een papieren cheque, een papieren wisselbrief, promesse of ander instrument, papieren vouchers of kaarten die door een betalingsdienstaanbieder of een andere partij zijn uitge-

geven met de bedoeling geldmiddelen beschikbaar te stellen aan de begunstigde.

Ingevolge de wet kunnen kredietinstellingen, instellingen voor elektronisch geld, betalingsinstellingen (een nieuwe categorie van financiële instellingen met als specialisatie het voeren van betalingsdiensten) alsmede een aantal andere instellingen (de ECB, de NBB, De Post en bepaalde publieke overheden) betalingsdiensten aanbieden.

De wet voert een prudentieel statuut in voor betalingsinstellingen. Zo dienen de betalingsinstellingen alvorens hun werkzaamheden aan te vangen een vergunning te bekomen. Voor vennootschappen naar Belgisch recht is de CBFA de bevoegde autoriteit om deze vergunning te verlenen. Deze betalingsinstellingen zijn dan aan een permanent toezicht onderworpen van de CBFA. Het toezichtsregime is uitgewerkt in de wet, met inbegrip van de mogelijkheid tot het nemen van uitzonderlijke maatregelen en sancties.

Aan het statuut van betalingsinstelling is een Europees paspoort gekoppeld, waaruit voortvloeit dat vennootschappen die in een andere lidstaat van de EER een vergunning hebben bekomen, in België betalingsdiensten mogen aanbieden. Omgekeerd mogen vennootschappen naar Belgisch recht die conform de wet een vergunning hebben verkregen betalingsdiensten in andere lidstaten aanbieden.

Een aantal vergunnings- en bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden dienen door de betalingsinstellingen te worden nageleefd. Deze voorwaarden betreffen onder meer de rechtsvorm, de professionele betrouwbaarheid van de leiding en de geschiktheid van de aandeelhouders, een passende organisatiestructuur, solvabiliteitsvereisten en het gebruik van agenten en outsourcing.

Het is betalingsinstellingen ook toegelaten andere werkzaamheden dan betalingsdiensten te verrichten, zelfs buiten de financiële sector (zogenaamde "hybride instellingen"). Het verrichten van dergelijke andere werkzaamheden is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de CBFA, behalve voor wat betreft het verrichten van nevendiensten van betalingsdiensten, en het uitbaten van betalingssystemen. Voor deze hybride instellingen voert de wet ook regels in die tot doel hebben de geldmiddelen afkomstig van betalingsdienstgebruikers te beschermen.

De betalingsinstellingen mogen evenwel geen gelddeposits of andere terugbetaalbare gelden ontvangen, of betaalinstrumenten in de vorm van elektronisch geld uitgeven. De wet bepaalt ook dat instellingen die het bedrijf van betalingsinstelling en dat van wisselkantoor cumuleren voortaan enkel onder de regelgeving van de betalingsinstellingen vallen.

Een overgangsregeling is in de wet voorzien voor de rechtspersonen die bij de inwerkingtreding van de wet (1 november 2009) betalingsdiensten aanbieden. Zij mogen deze werkzaamheden voortzetten tot 30 april 2011

180 Wet van 22 december 2009 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot instelling van de vordering tot staking van de inbreuken op de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten, Belgisch Staatsblad van 19 januari 2010.

181 Belgisch Staatsblad van 15 januari 2010.

182 Zijn bijvoorbeeld bedoeld de uitvoering van betalingstransacties, met inbegrip van de overmaking van geldmiddelen aan een begunstigde of bij een andere betalingsdienstgebruiker.

zonder vergunning van de CBFA. Hierbij dienen wel bepaalde kennisgevingen te gebeuren.

Ten slotte bevat de wet een aantal specifieke regels met betrekking tot de toegang tot betalingssystemen in België¹⁸³. De betalingsdienstaanbieders hebben in principe het recht toegang te krijgen tot betalingssystemen. Essentieel hierbij is dat ook de niet-kredietinstellingen die gerechtigd zijn betalingsdiensten aan te bieden, toegang krijgen tot betalingssystemen onder voorwaarden die dezelfde of evenwaardig zijn als deze van toepassing op kredietinstellingen. De wet identificeert een aantal eisen die niet mogen worden opgelegd als voorwaarde voor toetreding, zoals beperkende regels (exclusiviteitsregels bijvoorbeeld). De bij wet van 10 juni 2006 opgerichte Raad voor de Mededinging is bevoegd om de naleving van deze regels te verzekeren.

Uitbreiding van het toepassingsgebied van de witwaswet tot de betalingsinstellingen

Door de omzetting van artikel 91, punt 1 van Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten¹⁸⁴, zorgt het koninklijk besluit van 6 mei 2010¹⁸⁵ ervoor dat het toepassingsgebied *ratione personae* van de witwaswet wordt uitgebreid tot de betalingsinstellingen.

Het besluit onderwerpt deze nieuwe categorie van financiële ondernemingen¹⁸⁶, waarvan de werkzaamheden bestaan in het verstrekken van betalingsdiensten, aan alle wettelijke verplichtingen ter bestrijding van witwassen van geld en financiering van terrorisme.

Reglement van de CBFA inzake het eigen vermogen van de betalingsinstellingen

In uitvoering van de wet van 21 december 2009, heeft de CBFA een reglement eigen vermogen voor betalingsinstellingen d.d. 19 januari 2010¹⁸⁷ uitgevaardigd¹⁸⁸.

Het reglement definieert het eigen vermogen van deze instellingen door verwijzing naar de definitie die ter zake wordt gehanteerd voor de kredietinstellingen.

Wat betreft de berekening van de eigenvermogensvereisten, bevat het reglement de drie methodes zoals voorzien in de Europese richtlijn. Elke methode vertrekt van een verschillend basiselement om het niveau van de eigen-

vermogensvereisten te bepalen. De basiselementen van de methodes zijn respectievelijk de algemene kosten, het betalingsvolume en de relevante indicator [zijnde de som van rente-inkomsten, rente-uitgaven, ontvangen vergoedingen en overige bedrijfsopbrengsten].

Gelet op de diversiteit van de activiteiten van de betalingsinstellingen, opteert de CBFA ervoor om per instelling en in samenspraak met deze laatste, de berekeningsmethode vast te leggen. Bij deze keuze wordt nagegaan in welke mate de basiselementen van de verschillende berekeningsmethodes het risico van de individuele betalingsinstelling op passende wijze reflecteren.

*Circulaire over het schema van periodieke rapportering door de betalingsinstellingen*¹⁸⁹

Op 5 juli 2010 heeft de CBFA een circulaire gepubliceerd waarin zij de regels vastlegt voor de periodieke rapportering door de betalingsinstellingen, met toepassing van de voormelde wet van 21 december 2009.

De circulaire heeft betrekking op de periodieke rapportering over de solvabiliteitspositie van de betalingsinstellingen, onder verwijzing naar de bovenvermelde eigenvermogensvereisten, enerzijds, en over hun financiële positie en resultaten, anderzijds. Deze informatie moet behoudens uitzonderingen op kwartaalbasis worden overgemaakt aan de NBB en aan de CBFA aan de hand van de rapporteringsstaten die bij de circulaire zijn gevoegd.

De sector van de betalingsinstellingen werd nog maar pas onder het toezicht van de CBFA geplaatst. De verplichtingen voor de periodieke rapportering zullen dan ook nog worden aangepast om ze beter af te stemmen op de specifieke kenmerken van deze sector en op de noden van het toezicht. Het leek dan ook verkieslijk om de regels voor deze rapportering voorlopig vast te leggen in een circulaire veeleer dan in een reglement van de CBFA.

1.1.2.2.5. Andere ondernemingen

Koninklijk besluit van 18 mei 2009 tot opheffing van het statuut van de derivatenspecialisten

Derivatenspecialisten zijn ondernemingen waarvan de beleggingsdiensten en -activiteiten uitsluitend bestaan in het voor eigen rekening handelen op markten voor financiële instrumenten, met als enig doel het afdekken van posities op derivatenmarkten, of die voor rekening van andere leden van diezelfde markten handelen of die laatsten een prijs geven. In dit laatste geval worden ze gegarandeerd door een clearing member van die markten, waarbij de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de door die ondernemingen gesloten contracten bij een clearing member van diezelfde markten berust. Derivatenspecialisten mogen geen cliëntenrelaties aanknopen met beleggers.

183 Een betalingssysteem is een geldovermakingsstelsel met formele en gestandaardiseerde regelingen en gemeenschappelijke regels voor de verwerking, verrekening en/of afwikkeling van betalingstransacties.

184 Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt.

185 Koninklijk besluit van 6 mei 2010 tot aanpassing van de lijst van ondernemingen onderworpen aan 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 (KB van 10 mei 2010).

186 Zie dit verslag, p. 44.

187 Reglement van de CBFA van 19 januari 2010 op het eigen vermogen van de betalingsinstellingen, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 5 februari 2010 (BS 15 februari 2010).

188 Wet van 21 december 2009 betreffende het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van de betalingsdienstaanbieder en de toegang tot betalingssystemen (BS 19 januari 2010). Voor een toelichting bij deze wet, zie dit verslag, p. 44.

189 Circulaire CBFA_2010_13 van 5 juli 2010 over het schema van periodieke rapportering door de betalingsinstellingen.

Artikel 45bis van de wet van 6 april 1995 verleent aan de Koning de machtiging om op advies van de CBFA de regels vast te stellen met betrekking tot het statuut van en het toezicht op de ondernemingen die aan die definitie beantwoorden.

Op basis van die machtiging werd via het koninklijk besluit van 28 januari 2004 een reglementair kader gecreëerd voor derivatenspecialisten, om die ondernemingen toegang te verschaffen tot de Belgische en buitenlandse gereglementeerde markten. Vroeger was immers een vergunning als gereglementeerde onderneming vereist om toegelaten te worden als lid van een gereglementeerde markt.

Sedert de inwerkingtreding van de MiFID-richtlijn en de omzetting ervan in de verschillende lidstaten, zijn de regels inzake de toegang tot de gereglementeerde markten gewijzigd en is het bezit van een vergunning als gereglementeerde onderneming niet langer een wettelijke voorwaarde om toegelaten te worden tot een gereglementeerde markt. Voor de toegang tot MTF's geldt een soortgelijke regeling.

Voortaan behoort het tot de verantwoordelijkheid van de marktondernemingen of van de uitbaters van een MTF om met inachtneming van minimale wettelijke vereisten personen toe te laten die niet over een vergunning beschikken als lid van of deelnemer aan de markten die zij inrichten of de MTF's die zij uitbaten.

Gelet op deze nieuwe regeling voor de toegang tot de gereglementeerde markten en tot de MTF's en aangezien er op Europees niveau geen vergunning vereist is voor derivatenspecialisten, leek het niet langer gerechtvaardigd het statuut van derivatenspecialist te behouden in het Belgische recht. Dit statuut werd dus opgeheven bij koninklijk besluit van 18 mei 2009.¹⁹⁰

Door de opheffing van dit statuut zijn de ondernemingen die beantwoorden aan de definitie van derivatenspecialist niet langer onderworpen aan de bepalingen van de wet van 6 april 1995 en van de wet van 2 augustus 2002, waarnaar verwezen werd in het koninklijk besluit van 28 januari 2004.

Met het oog op het toezicht op de transacties op de Belgische gereglementeerde markten of MTF's werden die ondernemingen echter niet ontheven van de verplichtingen inzake de melding van transacties die opgenomen zijn in de artikelen 49 en volgende van het koninklijk besluit van 3 juni 2007, dat voorziet in de omzetting van de MiFID-richtlijn.

Vereffeninginstellingen en daarmee gelijkgestelde instellingen: verplichting om een auditcomité op te richten

Met de wet van 17 december 2008 werd voor de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beheervenootschappen van ICB's, de beleggingsondernemingen en de vennootschappen waarvan de effecten genoteerd zijn op een gereglementeerde markt, de verplichting ingevoerd om een auditcomité op te richten als onderdeel van hun wettelijk bestuursorgaan^{191,192}. De controlewet herverzekeringsondernemingen heeft gelijkaardige bepalingen opgelegd voor de herverzekeringsondernemingen. Deze beide wetten werden aangenomen in het kader van de omzetting van richtlijn 2006/43/EG (de zogenoemde auditrichtlijn)¹⁹³.

Gezien de uitermate belangrijke rol die de vereffeninginstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen vervullen, werd deze verplichting bij koninklijk besluit van 27 januari 2010¹⁹⁴ ook op hen van toepassing verklaard. De wettelijke regeling die daartoe is uitgewerkt leunt zeer nauw aan bij de regeling die door de wet van 17 december 2008 en de controlewet herverzekeringsondernemingen is ingevoerd.

Het auditcomité van de vereffeninginstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen is belast met de volgende taken:

- monitoring van het financiële verslaggevingsproces;
- monitoring van de doeltreffendheid van de systemen voor interne controle en risicobeheer van de instelling;
- monitoring van de interne audit en de desbetreffende activiteiten;
- monitoring van de wettelijke controle van de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening, inclusief opvolging van de vragen en aanbevelingen geformuleerd door de erkend commissaris;
- beoordeling en monitoring van de onafhankelijkheid van de erkend commissaris, waarbij met name wordt gelet op de verlening van bijkomende diensten aan de instelling.

Het auditcomité van de vereffeninginstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen dient te worden samengesteld uit niet-uitvoerend bestuurders van het wette-

190 Koninklijk besluit van 18 mei 2009 tot opheffing van het koninklijk besluit van 28 januari 2004 houdende het statuut van de derivatenspecialisten en tot wijziging van artikel 49 van het koninklijk besluit van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (BS 28 mei 2009).

191 Wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen.

192 CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 12 en 50.

193 Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende de wettelijke controles van jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen, tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 84/253/EEG van de Raad.

194 Koninklijk besluit van 27 januari 2010 tot wijziging van het koninklijk besluit van 26 september 2005 houdende het statuut van de vereffeninginstellingen en de met vereffeninginstellingen gelijkgestelde instellingen (BS 8 februari 2010).

lijk bestuursorgaan. Ten minste één lid moet een onafhankelijk lid zijn in de zin van artikel 526ter van het Wetboek van Vennootschappen en de nodige deskundigheid hebben op het gebied van boekhouding en audit. Voorts dienen de leden van het auditcomité over een collectieve deskundigheid te beschikken op het vlak van de activiteiten van de instelling alsook van boekhouding en audit.

In navolging van de wet van 17 december 2008 bepaalt het koninklijk besluit van 27 januari 2010 dat de verefeningsinstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen een afwijking kunnen verkrijgen van de CBFA mits zij deel uitmaken van een financieledienstengroep en een dochter of kleindochter zijn van een kredietinstelling of enige andere onderneming die onderworpen is aan een gelijkaardige wettelijke regeling en gelijkaardig prudentieel toezicht. De CBFA dient haar afwijkingsbeleid openbaar te maken.

Het merendeel van de bepalingen die zijn ingevoerd bij koninklijk besluit van 27 januari 2010 zijn in werking getreden op 18 februari 2010. De bepalingen over de taken en verantwoordelijkheden van het auditcomité zijn van toepassing op de boekjaren die aanvangen na 8 februari 2010.

Circulaires rapporteringsverplichtingen borgstellingsmaatschappijen en instellingen van openbaar nut voor gemeenschappelijk vervoer

In het verleden werden de borgstellingsmaatschappijen¹⁹⁵ en, wat betreft de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, de instellingen van openbaar nut voor gemeenschappelijk vervoer¹⁹⁶, respectievelijk per circulaire en bericht jaarlijks herinnerd aan hun rapporteringsverplichting.

Voortaan is deze procedure gewijzigd en zijn de documenten die voormelde instellingen jaarlijks aan de CBFA dienen voor te leggen, evenals de indieningstermijnen en een toelichting bij de mee te delen documenten, in twee standaardcirculaires opgenomen¹⁹⁷.

De CBFA zal jaarlijks enkel nog een brief versturen naar deze instellingen om hen te herinneren aan hun wettelijke verplichting tot rapportering en hen de nodige informatie over het gebruik van de informatiedrager en de formulieren van het betrokken jaar te bezorgen.

1.2. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP KREDIETINSTELLINGEN, BELEGGINGSONDERNEMINGEN EN BEHEERVENNOOTSCHAPPEN VAN INSTELLINGEN VOOR COLLECTIEVE BELEGGING

1.2.1. Gemeenschappelijke aspecten

Erkenning van revisoren voor de financiële ondernemingen en ICB's

Tijdens de verslagperiode werd een campagne georganiseerd voor de erkenning van nieuwe revisoren conform het reglement van de CBFA van 21 februari 2006¹⁹⁸. Er werden twee afzonderlijke commissies opgericht waarbij de eerste bevoegd was voor de erkenningen die betrekking hebben op alle financiële ondernemingen, en de tweede voor de erkenningen die uitsluitend gelden voor ICB's¹⁹⁹. Deze commissies hebben de ingediende dossiers eerst getoetst aan de formele erkenningsvoorwaarden, meer bepaald wat de ervaring van de kandidaten en de organisatie van het kantoor betreft. Vervolgens hebben de geselecteerde kandidaten een schriftelijke en nadien een mondelinge proef afgelegd. Na afloop van de procedure hebben de commissies voor elke kandidatuur een gemotiveerd advies uitgebracht en overgemaakt aan het directiecomité van de CBFA.

Na kennisneming van deze adviezen, heeft het directiecomité de volgende vier revisoren erkend om bij financiële ondernemingen een revisoraal mandaat uit te oefenen: de heren David De Schacht, Tom Meuleman, Anton Nuttens en Dirk Vlaminckx. Het directiecomité heeft eveneens twee revisoren erkend om bij ICB's een revisoraal mandaat uit te oefenen, namelijk: mevrouw Kathleen De Brabander en de heer Alain Guillaume.

1.2.2. Sectorale aspecten

1.2.2.1. Kredietinstellingen

Versterking van de internationale samenwerking: colleges van EER-toezichthouders en afsluiten van model-MoU's

Op internationaal vlak vormen colleges van toezichthouders reeds geruime tijd permanente, flexibele structuren om samenwerking en coördinatie te verzekeren

195 Zie de artikelen 32, 41, 42, 44 en 46 van het koninklijk besluit van 30 april 1999 betreffende het statuut en de controle der maatschappijen voor onderlinge borgstelling.

196 Zie artikel 4 van het koninklijk besluit van 27 januari 1998 houdende uitvoering van artikel 10, § 2, van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

197 Circulaires CBFA_2009_14 van 13 maart 2009 (rapporteringsverplichtingen voor de borgstellingsmaatschappijen) en CBFA_2009_15 van 13 maart 2009 (rapporteringsverplichtingen voor de instellingen van openbaar nut voor gemeenschappelijk vervoer).

198 Reglement van de CBFA van 21 februari 2006 betreffende de erkenning van revisoren en revisorenvennootschappen.

199 Elke commissie bestaat enerzijds uit twee medewerkers van de CBFA die minstens kunnen bogen op tien jaar ervaring, en anderzijds uit een lid van het Instituut der Bedrijfsrevisoren en een revisor die door de CBFA is erkend en sinds zijn erkenning al minstens gedurende vijf jaar revisorale mandaten uitoefent bij ondernemingen die behoren tot de categorie waarvoor een erkenning wordt gevraagd, of de eretitel van dit ambt voert.

tussen de nationale autoriteiten die betrokken zijn bij het toezicht op de onderscheiden entiteiten van grensoverschrijdende bancaire groepen.

Op Europees niveau is de oprichting van dergelijke colleges voortaan verplicht. De in 2009 gewijzigde gecoördineerde bankrichtlijn schrijft met name voor dat de consoliderende toezichthouder van een Europese bancaire groep een college van toezichthouders dient op te richten tegen uiterlijk 31 december 2010²⁰⁰.

Met het oog op de tenuitvoerlegging van deze verplichting, werkte CEBS een actieplan uit met doelstellingen voor 2009 en 2010. In 2009 werd de focus gelegd op de organisatie van colleges voor de grote grensoverschrijdende bancaire groepen in Europa. Een concrete doelstelling bestond erin om, op basis van een door CEBS opgesteld model, tussen de betrokken nationale toezichthouders samenwerkingsovereenkomsten af te sluiten zoals bedoeld in artikel 131 van de gecoördineerde bankrichtlijn.

Naast het genoemde actieplan zette CEBS in 2009 haar werkzaamheden aangaande de verbetering van het eigenlijke functioneren van de colleges verder. Zo publiceerde zij twee documenten²⁰¹ met concrete aanbevelingen en organiseerde zij een consultatieronde²⁰² met betrekking tot richtsnoeren voor het operationeel functioneren van colleges.

De CBFA was op haar beurt ook²⁰³ tijdens deze verslagperiode nauw betrokken bij de daadwerkelijke organisatie en werking van colleges van toezichthouders betreffende diverse bancaire groepen. Zo heeft zij colleges georganiseerd als toezichthouder van de lidstaat van herkomst (*home* toezichthouder), met name voor de groepen KBC, Dexia en Euroclear. Zij heeft eveneens deelgenomen aan colleges voor Europese bancaire groepen waarvoor zij optreedt als toezichthouder van de lidstaat van ontvangst (*host* toezichthouder).

In het kader van de uitvoering van het actieplan van CEBS heeft de CBFA voor het toezicht op de bancaire groepen waarvoor zij als *home* of *host* toezichthouder optreedt, in 2009 met de relevante toezichthouders samenwerkingsovereenkomsten afgesloten overeenkomstig het hierboven reeds genoemde model van CEBS. Deze samenwerkingsovereenkomsten wijzigen de verantwoordelijkheden van de betrokken autoriteiten niet. Zoals vooropgesteld in het CEBS-model, streven zij naar een concretisering van de samenwerking tussen *home* en *host* toezichthouders:

- uitwisseling van informatie en visies tussen de betrokken toezichthouders, dit teneinde een efficiënter en doeltreffender toezicht mogelijk te maken, zowel in periodes van normale bedrijvigheid als in crisissituaties;
- ontwikkeling van een gemeenschappelijke visie omtrent het risicoprofiel van de betrokken bancaire groep;
- coördinatie van het beoordelingsproces van de groep;
- taakverdeling onder toezichthouders en uitvoering van gemeenschappelijke inspecties;
- coördinatie van belangrijke beslissingen van individuele toezichthouders.

Begrip "onafhankelijk bestuurder"

In verband met de samenstelling van de raad van bestuur van een kredietinstelling is een vraag gerezen over het begrip "onafhankelijk bestuurder" en het mogelijke gebruik daarvan. De betrokken kredietinstelling vroeg de CBFA namelijk of zij ermee kon instemmen dat een bestuurder als zogenaamd "onafhankelijk" bestuurder zou zetelen, terwijl hij niet voldeed aan de criteria van artikel 526ter W.Venn. maar wel aan de door haarzelf gedefinieerde criteria. De kredietinstelling verduidelijkte verder dat de betrokkene geen enkele functie zou vervullen die bij wet is voorbehouden aan een onafhankelijk bestuurder in de zin van artikel 526ter W.Venn. (bv. lid zijn van het auditcomité). De kredietinstelling zou dus twee categorieën van onafhankelijke bestuurders hebben: een eerste met de bestuurders die voldeden aan de wettelijke onafhankelijkheidscriteria, en een tweede met de bestuurders die voldeden aan de door de kredietinstelling zelf gedefinieerde onafhankelijkheidscriteria.

De CBFA diende, met andere woorden, na te gaan of zij al dan niet kon aanvaarden dat een kredietinstelling andere bestuurders dan diegenen die voldeden aan de in artikel 526ter W.Venn. vermelde criteria, als "onafhankelijk" zou kwalificeren.

Hoewel kan worden gesteld dat het, bij de invoering van het begrip "onafhankelijk bestuurder", duidelijk de bedoeling van de wetgever was dat dit begrip uitsluitend zou worden gebruikt voor de bestuurders die voldoen aan de wettelijke criteria voor de beoordeling van de onafhankelijkheid, zijn er geen wettelijke bepalingen die als zodanig verbieden dat die benaming in andere gevallen wordt gebruikt. Het zou daarentegen natuurlijk wel uitgesloten zijn dat precies die persoon als de onafhankelijke bestuurder zou fungeren van wie de aanwezigheid in het auditcomité vereist is bij artikel 20, § 2, van de bankwet.

Meer algemeen is de CBFA van oordeel dat die situatie verwarrend dreigt te worden voor het publiek en voor een gebrek aan transparantie dreigt te zorgen. Zoals al vermeld, zou de raad van bestuur van één en dezelfde kredietinstelling onder zijn leden immers tegelijkertijd onafhankelijke leden die voldoen aan artikel 526ter W.Venn., en zogenaamd "onafhankelijke" leden die voldoen aan de door de kredietinstelling zelf gedefinieerde criteria, tellen.

200 Artikel 131bis van de gecoördineerde bankrichtlijn, zoals ingevoegd bij Richtlijn 2009/111/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2006/48/EG, 2006/49/EG en 2007/64/EG wat betreft banken die zijn aangesloten bij centrale instellingen, bepaalde eigenvermogensbestanddelen, grote posities, het toezichtkader en het crisisbeheer, PB L 302/97 van 17 november 2009.

201 *Colleges of Supervisors - 10 Common Principles* (January 2009) en *Good practices on the functioning of Colleges of Supervisors for cross-border banking groups* (April 2009).

202 *Consultation Paper on CEBS' guidelines for the operational functioning of colleges* (CP 34 - December 2009).

203 Zie Jaarverslagen CBFA 2007, p. 7, 2008-2009, p. 89.

Gelet op die risico's heeft de CBFA de betrokken kredietinstelling aanbevolen om het gebruik van het begrip "onafhankelijk" in dit geval te vermijden. De kredietinstelling heeft daarmee rekening gehouden.

Verzoek om een afwijking van de verplichting om een onafhankelijk bestuurder te benoemen

Een bank die, ingevolge de inwerkingtreding van de wet van 17 december 2008²⁰⁴, verplicht was een auditcomité op te richten, heeft om een afwijking verzocht van de verplichting om, binnen dat comité, een onafhankelijk bestuurder te benoemen in de zin van artikel 526ter W.Venn.

De bank voldeed aan de door de CBFA gestelde voorwaarden voor de indiening van een verzoek om een afwijking van de regels over de samenstelling van het auditcomité. Zij maakte immers deel uit van een (in dit geval internationale) groep en haar moedervenootschap beschikte over een auditcomité waarin een onafhankelijke bestuurder zitting had en dat voor de hele groep bevoegd was²⁰⁵.

Het auditcomité dat de bank voornemens was op te richten, zou bestaan hebben uit twee niet-uitvoerende bestuurders en één werknemer van een andere vennootschap uit de groep met de nodige deskundigheid op het gebied van boekhouding en/of audit, maar zou dus geen onafhankelijke bestuurder onder zijn leden geteld hebben. In het kader van haar afwijkingsbeleid heeft de CBFA echter geoordeeld dat geen afwijking kan worden verleend van de verplichting om minstens één onafhankelijke bestuurder aan te stellen. Zij heeft het verzoek van de bank dan ook verworpen.

Beoordeling of het geconsolideerd toezicht in een derde land gelijkwaardig is met het toezicht op geconsolideerde basis als bedoeld in het koninklijk besluit van 12 augustus 1994

Naar aanleiding van de wijziging in de aandeelhouderskring van een bank naar Belgisch recht, die daardoor een dochteronderneming werd van een Zwitserse holding die voldeed aan de definitie van financiële holding²⁰⁶, heeft de CBFA onderzocht of het door de Zwitserse toezichthouder FINMA²⁰⁷ uitgeoefende geconsolideerde toezicht als gelijkwaardig kon worden beschouwd met het toezicht op geconsolideerde basis waarvan sprake is in de bepalingen van het Belgisch recht²⁰⁸.

Die vraag diende absoluut te worden beantwoord: indien het toezicht door de Zwitserse toezichthouder niet gelijkwaardig kon worden geacht met het in het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 bedoelde toezicht, was het immers de CBFA die, binnen de EER, zou instaan voor

het toezicht op geconsolideerde basis op de Belgische bank. Het was namelijk de CBFA die een vergunning had verleend aan de gereguleerde onderneming met het hoogste balanstotaal²⁰⁹.

Bij de beoordeling van die gelijkwaardigheid diende de CBFA niet enkel rekening te houden met de door CEBS uitgevaardigde richtsnoeren en met de kenmerkende eigenschappen van het dossier, maar diende zij ook de andere betrokken bevoegde autoriteiten uit EER-landen te raadplegen.

Hoewel CEBS in 2008 oordeelde dat het door de FINMA uitgeoefende geconsolideerde toezicht als ruimschoots gelijkwaardig kon worden beschouwd, onderstreepte het niettemin dat bepaalde Zwitserse wetsbepalingen de informatie-uitwisseling met andere toezichthouders kon beperken²¹⁰.

De CBFA heeft ter zake rekening gehouden met specifieke dossier-elementen, zoals het door de FINMA en de CBFA gesloten MoU over de uitwisseling van informatie over de vennootschappen onder hun toezicht²¹¹, de organisatie van periodieke vergaderingen tussen de diensten van respectievelijk de CBFA en de FINMA, de expliciete bevestiging door de FINMA dat de Belgische bank het voorwerp uitmaakte van het geconsolideerde toezicht dat zij, conform de Baselnormen, op de groep uitoefende, en tot slot het feit dat de betrokken ondernemingen ermee hadden ingestemd dat de CBFA, voor de uitoefening van haar prudentieel toezicht, toegang kon krijgen tot alle vereiste informatie, inclusief die over hun moederonderneming. Gelet op al die elementen, heeft de CBFA geoordeeld dat voornoemde CEBS-opmerking over de informatie-uitwisseling niet van toepassing was in dit dossier.

Ook de raadpleging van de andere betrokken toezichthouders heeft dezelfde conclusie opgeleverd. Gelet op die elementen heeft de CBFA geoordeeld dat het door de FINMA in dit dossier uitgeoefende geconsolideerde toezicht inderdaad gelijkwaardig was met het toezicht op geconsolideerde basis als bedoeld in het koninklijk besluit van 12 augustus 1994.

Caisse d'Investissement de Wallonie – Toetsing aan de kwalificatie van kredietinstelling

Het Waalse gewest heeft bij de CBFA een dossier ingediend voor de oprichting van een strategisch investeringsfonds, "Caisse d'Investissement de Wallonie", verkort "CIW" genoemd. Het doel van dit project was om bij decreet²¹² een investeringsfonds op te richten dat de duurzame ontwikkeling van de economie in het Waalse gewest mede zou ondersteunen door via cofinanciering

204 Wet van 17 december 2008 inzonderheid tot oprichting van een auditcomité in de genoteerde vennootschappen en de financiële ondernemingen, die artikel 20 van de bankwet heeft gewijzigd.

205 Mededeling CBFA_2009_22 van 25 mei 2009. Zie dit verslag, p. 27.

206 Artikel 49, § 1, 2°, van de bankwet.

207 *Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers*.

208 Artikel 7bis van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 over het toezicht op geconsolideerde basis op kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging.

209 Artikel 5, § 2, 2°, van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994, waarnaar artikel 7bis verwijst.

210 "IWCFC and CEBS advice to the EU Commission on whether the supervisory arrangements of relevant Swiss supervisors are likely to achieve the objectives of consolidated and supplementary supervision as set out in Directives 2002/87 EC, 2006/48 EC and 2002/49 EC." Zie de CEBS-website: www.c-ebs.org/getdoc/c8f59ead-7131-469b-a7f0-b5712e59644d/SwissAdviceonEquivalence.aspx

211 "Échange d'informations et coopération entre la CFB (devenue FINMA) et la CBFA" van 12 december 2005.

212 Belgisch Staatsblad van 4 mei 2009, p. 34865.

te investeren in Waalse KMO's. De CIW zou worden opgericht in de vorm van een publiekrechtelijke naamloze vennootschap waarin de Waalse publieke financiële partners, namelijk de SRIW en Sowalfin, een deelneming zouden kunnen bezitten.

Volgens het ingediende dossier zou de CIW worden gefinancierd door een openbaar beroep te doen op het spaargeld van zowel particuliere als institutionele beleggers, hetzij via uitgifte van obligatieleningen, hetzij via inschrijving op het kapitaal. De inbreng zou gewaarborgd worden door het Waalse gewest. Bovendien zouden de natuurlijke personen die intekenen op de leningen van de CIW een fiscaal voordeel genieten.

Met dit doel voor ogen vatte de CIW het plan op om een obligatie-uitgifte te verrichten, bestemd voor natuurlijke personen. Aangezien dit een aanbieding was die onvoorwaardelijk en onherroepelijk gewaarborgd werd door het Waalse gewest, viel zij niet in het toepassingsgebied van de prospectuswet²¹³. Artikel 16, § 2 van deze wet biedt een emittent evenwel de mogelijkheid om een dergelijke aanbieding toch onder de toepassing van de wet te laten vallen. In dat geval moet de emittent alsnog een prospectus opstellen. De CIW heeft deze optie gekozen en een prospectus voor een openbare uitgifte van obligaties opgesteld dat de CBFA heeft goedgekeurd.

Daarnaast rees de vraag of de activiteiten die de CIW voornemens was uit te oefenen, niet gekwalificeerd dienden te worden als activiteiten van een kredietinstelling. Zo ja, zou haar een vergunning als kredietinstelling moeten worden verleend.

De geplande activiteiten hielden immers in dat de CIW zich enerzijds zou financieren via de uitgifte van obligaties en dat zij anderzijds leningen zou toekennen aan ondernemingen²¹⁴.

Een van de elementen in de definitie van kredietinstelling is dat de werkzaamheden moeten bestaan uit het in ontvangst nemen van terugbetaalbare gelden. Opdat deze definitie van toepassing zou zijn, moest er naar de mening van het Waalse gewest wel degelijk sprake zijn van «werkzaamheden», wat volgens het gewest niet het geval was aangezien de geldinzameling beperkt bleef tot één, hoogstens twee uitgiften van obligaties.

De CBFA zag evenwel geen enkele reden om een verandering waarbij geld wordt ingezameld anders te behandelen naargelang zij één (of twee) keer plaatsvindt, dan wel meermaals herhaald wordt of gespreid wordt in de tijd. Bovendien maakten de ingezamelde gelden nagenoeg de gehele financiering uit, wat de CBFA sterkte in haar overtuiging dat er wel degelijk sprake was van «werkzaamheden». De CBFA heeft dan ook geoordeeld dat een verbintenis van de CIW om de uitgifte van obli-

gaties niet te herhalen, niet volstond om dit element van de definitie buiten beschouwing te laten.

Wat het element kredietverlening in de definitie van kredietinstelling betreft, heeft de CBFA bijzondere aandacht besteed aan de specifieke kenmerken van de kredietverleningsactiviteit die de CIW zou gaan uitoefenen, en meer bepaald aan de leningen die zij voornemens was te verstrekken aangezien het niet om traditionele bankleningen ging.

De financiële steun die aan de KMO's zou worden verleend, zou immers de vorm aannemen van, hetzij een inbreng in kapitaal (wat niet beoogd wordt in de definitie van kredietinstelling), hetzij een achtergestelde lening die vaak (maar niet noodzakelijkerwijs) gepaard gaat met een inbreng in kapitaal. Het was dan ook de vraag of het toekennen van dergelijke achtergestelde leningen een kredietactiviteit vormt in de zin van de gecoördineerde bankrichtlijn en van artikel 1 van de bankwet die deze richtlijn omzet in Belgisch recht.

De betrokken leningen hadden een achtergesteld karakter, wat niet gebruikelijk is voor een klassiek bankkrediet, en hielden een groter risico in dat dienovereenkomstig vergoed werd. Derhalve leunden zij economisch gezien nauwer aan bij steunverlening in de vorm van kapitaal.

Daarnaast heeft de CBFA zich gebogen over de operationele modaliteiten aangezien er een specifieke structuur was uitgewerkt waarbij stille handelsvennootschappen werden opgericht in de zin van artikel 48 W.Venn.²¹⁵

Voor de verdere uitbouw van deze structuur zou de CIW, in haar hoedanigheid van stille vennoot, de gelden die zij ophaalt, inbrengen²¹⁶ in de stille handelsvennootschappen. De publieke financiële partners van de CIW, te weten de SRIW en Sowalfin, zouden actief zijn in de hoedanigheid van werkende vennoten van de stille handelsvennootschappen die op hun beurt de leningen zouden toestaan aan de KMO's. Juridisch gezien zouden de gelden die de CIW inzamelt via haar obligatie-uitgifte aldus worden omgezet in middelen die ter beschikking worden gesteld van de stille handelsvennootschappen.

Vervolgens zouden de stille handelsvennootschappen de KMO's de gevraagde steun verlenen op grond van een gezamenlijke beslissing van de CIW en haar publieke financiële partner met de hoedanigheid van werkende vennoot van de stille handelsvennootschap. Dit betekent m.a.w. dat voor elke steunverlening de gezamenlijke goedkeuring vereist was van de CIW, enerzijds, en de SRIW of Sowalfin, anderzijds.

213 Artikel 16, § 1, 5° van de prospectuswet.

214 Volgens artikel 1 van de bankwet dient een onderneming gekwalificeerd te worden als kredietinstelling wanneer haar werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van gelddeposito's of andere terugbetaalbare gelden, en het verlenen van kredieten voor eigen rekening.

215 Volgens de terminologie die voorheen werd gehanteerd in het vennootschapsrecht waren dit «handelsverenigingen bij wijze van deelneming».

216 Aangezien een stille handelsvennootschap geen rechtspersoonlijkheid heeft, bestaat er geen autonoom vermogen waarnaar de inbrengen zouden worden overgedragen. Als de inbreng een geldelijke inbreng is, wordt de eigendom ervan overgedragen aan de werkende vennoot die ze toewijst aan de verwezenlijking van het maatschappelijk doel, wat in dit geval het verstrekken van leningen is.

Met de stille handelsvennootschappen als tussenschakel bestond er geen rechtstreekse relatie meer tussen de CIW en de begunstigen van de leningen. De CIW had enkel nog een deelneming in de stille handelsvennootschappen zodat er geen enkel krediet op haar actief zou worden geboekt.

Zodra er sprake van was dat de kredieten zouden worden toegekend – voor rekening van de stille handelsvennootschappen – door de respectieve werkende vennoten van deze stille handelsvennootschappen, heeft de CBFA vastgesteld dat de CIW, voor elk afzonderlijk geval, samenwerkte met een financiële partner die zijn goedkeuring moest geven voor het verstrekken van de leningen.

In principe beschouwt de Commissie dat de juridische dissociatie van het in ontvangst nemen van gelddeposities en het verlenen van kredieten geen reden vormt om artikel 1 van de bankwet niet toe te passen als beide activiteiten feitelijk gezien onder dezelfde leiding ressorteren en een economisch geheel vormen.

In het onderhavige geval vormde de noodzakelijke tussenkomst van een andere financiële partner, waaraan formeel gestalte was gegeven met een stille handelsvennootschap, een element waaruit kon worden afgeleid dat er geen activiteit werd uitgeoefend waarbij tegelijkertijd terugbetaalbare gelden in ontvangst werden genomen en kredieten werden verleend.

Daarenboven heeft de CBFA geoordeeld dat de vooropgestelde structuur geen artificieel karakter vertoonde, rekening houdend met alle elementen van het dossier, namelijk de bijzondere aard van de verstrekte leningen, het feit dat de beslissingen in samenspraak met een externe partner werden genomen en dat het een bijzondere activiteit betrof die verricht werd in een legitiem kader van algemeen belang, bestemd om de ontwikkeling van de gehele economie te ondersteunen.

Uitgifte van elektronische maaltijdcheques – Uitsluiting uit het toepassingsgebied van de reglementering inzake de uitgifte van elektronisch geld

De vzw "Voucher Issuers Association" ("VIA") is een entiteit die de belangen vertegenwoordigt van de verschillende, op de Belgische markt aanwezige vennootschappen die restaurantbonnen, dienstencheques, cadeaubonnen en andere soortgelijke cheques uitgeven. Deze vzw heeft de CBFA op de hoogte gebracht van haar voornemen om een systeem van elektronische maaltijdcheques te ontwikkelen.

Daarbij rees de vraag of de uitgifte van elektronische maaltijdcheques al dan niet onder de toepassing van de voor de instellingen voor elektronisch geld geldende reglementering valt. Om die vraag te kunnen beantwoorden, werd onderzocht of de op de elektronische maaltijdcheques opgeslagen eenheden voldoen aan de in artikel 3, § 1, 7^o, van de bankwet vermelde definitie van elektronisch geld. Terloops wordt eraan herinnerd dat die definitie vijf cumulatieve criteria bevat : elektronisch geld betreft een monetaire waarde die een vordering op de uitgever moet vertegenwoordigen, op een elektronische drager is opge-

slagen, in ruil voor ontvangen geld is uitgegeven en tot slot door andere ondernemingen dan de uitgever als betaalinstrument moet worden aanvaard.

Het uitgifteproces van de maaltijdcheques kan als volgt worden samengevat : in het kader van een arbeidsrelatie kan zijn bepaald dat de werkgever de werknemer maaltijdcheques toekent. Die cheques worden uitgegeven door een derde vennootschap (de uitgever van de maaltijdcheques), waaraan de werkgever een som betaalt die overeenstemt met de waarde van de cheque verhoogd met een bedrag dat als tegenwaarde dient voor de uitgifte en het beheer van de maaltijdcheques. De cheques worden rechtstreeks door de werkgever aan de werknemer overhandigd, om door hem te worden gebruikt bij de handelaars die deze cheques als betaalmiddel aanvaarden. Vervolgens laten die handelaars zich door de uitgever terugbetalen. De maaltijdcheques mogen noch bij de uitgever, noch bij de handelaar in giraal of fiduciair geld worden omgeuild.

In het kader van de aan de CBFA voorgelegde plannen om elektronische maaltijdcheques uit te geven, was de uitgever voornemens een chipkaart op de markt te brengen waarmee elke werknemer vanop afstand toegang zou krijgen tot een rekening bij de uitgever die door de werkgever zou worden aangevuld. Wanneer de werknemer dan gebruik zou maken van de kaart om bij een handelaar een aankoop te verrichten, zouden elektronische eenheden van die rekening aan die handelaar worden overgedragen. Voor zijn terugbetaling zou die handelaar dan rechtstreeks terecht kunnen bij de uitgever. Kenmerkend voor dit systeem is dat de houder van de maaltijdcheque (de werknemer) die de cheque gebruikt om betalingen te verrichten, niet diegene is die de maaltijdcheque vooruitbetaalt. De vooruitbetaling gebeurt immers door de werkgever. Werknemer en uitgever knopen met andere woorden geen enkele wettelijke, reglementaire of contractuele relatie aan, aangezien de werknemer niet het recht heeft om zijn elektronische maaltijdcheque bij de uitgever om te ruilen voor giraal of fiduciair geld.

Gelet op die elementen heeft de CBFA geoordeeld dat aan één van de onderdelen van de definitie van elektronisch geld niet is voldaan, omdat de werknemer geen enkele vordering bezit op de uitgever van de maaltijdcheque.

De CBFA heeft daaruit geconcludeerd dat elektronische maaltijdcheques niet als een vorm van elektronisch geld kunnen worden beschouwd en dat de emittenten van die maaltijdcheques bijgevolg niet onder de toepassing van de reglementering inzake de uitgifte van elektronisch geld vallen.

Er dient te worden opgemerkt dat de nieuwe richtlijn 2009/110/EG, die ondertussen is goedgekeurd, maaltijdcheques uit haar toepassingsgebied uitsluit²¹⁷.

217 Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG. Zie dit verslag, p. 15.

1.2.2.2. Beleggingsondernemingen en beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging

Uitbesteding van beheerstaken door een beheervennootschap voor ICB's: beoordeling door de CBFA

In de loop van 2009 stelde een Belgische beheervennootschap voor ICB's de CBFA in kennis van haar voornemen om voor de ICB's waarvoor zij als beheervennootschap was aangesteld, de intellectuele beheertaak alsook bepaalde aspecten van de commerciële beheertaak geheel uit te besteden aan een buitenlandse vennootschap van dezelfde groep. Aangezien de beheervennootschap voordien reeds de administratieve beheertaak voor de betreffende ICB's grotendeels had uitbesteed, impliceerde haar voornemen dat zij in de toekomst enkel nog een beperkt onderdeel van de commerciële beheertaak (verkoopondersteuning en cliëntenrelaties) zelf zou blijven uitoefenen.

De CBFA was van mening dat de beheervennootschap, indien zij haar voornemen zou uitvoeren, in de toekomst zou beschikken over een takenpakket met onvoldoende substantie op het vlak van beheertaken voor ICB's om in het licht van de artikelen 138, 140, 153 en 154 van de ICB-wet, het behoud van een Belgische vergunning van beheervennootschap van ICB's te rechtvaardigen. De genoemde artikelen verbinden aan de vergunning van beheervennootschap voor ICB's immers bepaalde minimumvoorwaarden op het vlak van het effectief uitvoeren van beheertaken voor ICB's en laten niet toe dat een dergelijke vennootschap in die mate overgaat tot het uitbesteden van beheertaken voor ICB's dat zij verwordt tot een entiteit met onvoldoende substantie.

De beheervennootschap paste daarop haar plan aan en besliste dat zij zelf in belangrijke mate zou blijven instaan voor de intellectuele beheertaak voor de betrokken ICB's, met name het vastleggen van de beleggingsdoelstellingen, het risicoprofiel, de benchmark, het dividendbeleid en de strategische en tactische asset allocatie. Op basis van deze gevoelige herziening van het oorspronkelijke plan nam de CBFA er akte van dat de instelling zou blijven beschikken over een activiteit met voldoende substantie om het behoud van de vergunning van beheervennootschap van ICB's te rechtvaardigen.

Cumulatie van de functies van effectief leider en vertegenwoordiger van een rechtspersoon die niet-uitvoerend bestuurder is

Beleggingsondernemingen kunnen, net als de overige financiële instellingen (kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen, beheervennootschappen van ICB's, enz.) een rechtspersoon benoemen tot niet-uitvoerend bestuurder. Krachtens artikel 61, § 2, W.Venn., moet een bestuurder-rechtspersoon een natuurlijk persoon benoemen tot vaste vertegenwoordiger, die dan wordt belast met de uitoefening van het mandaat in naam en voor rekening van de bestuurder-rechtspersoon.

Bij de analyse van het "internal governance"-memorandum van een beursvennootschap bleek één van haar effectieve leiders ook de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon te zijn die, binnen de vennootschap, een mandaat van niet-uitvoerend bestuurder uitoefende. De niet-uitvoerende bestuurders dienen echter toezicht uit te oefenen op de uitvoerende bestuurders. Dit impliceert dat, als één en dezelfde persoon vaste vertegenwoordiger van een niet-uitvoerend bestuurder én uitvoerend bestuurder is, hij toezicht moet uitoefenen op zichzelf, wat onaanvaardbaar is in het licht van artikel 62, § 2, van de wet van 6 april 1995, op grond waarvan iedere beleggingsonderneming over een passende beleidsstructuur, inclusief een passende functiescheiding, moet beschikken.

In haar circulaire over haar prudentiële verwachtingen inzake het deugdelijk bestuur van financiële instellingen²¹⁸, heeft de CBFA er de instellingen onder haar toezicht trouwens op gewezen dat een uitvoerend bestuurder, ter vrijwaring van de scheiding van de functies en meer specifiek van de toezichtsfunctie waarmee niet-uitvoerende bestuurders zijn belast²¹⁹, niet tezelfdertijd de vaste vertegenwoordiger van een rechtspersoon niet-uitvoerend bestuurder kan zijn. Deze circulaire stoelt op artikel 62, § 4, van voornoemde wet van 6 april 1995, op grond waarvan de CBFA nader kan bepalen wat onder een "passende beleidsstructuur" dient te worden verstaan.

Daarop heeft de CBFA de betrokken beursvennootschap laten weten dat een dergelijke cumulatie van functies niet strookte met het vereiste inzake een passende beleidsstructuur, en heeft zij haar verzocht die situatie onverwijld recht te trekken, wat ook gebeurde.

218 Circulaire PPB-2007-6-CPB-CPA van 30 maart 2007.

219 Zie punt 55 van die circulaire.

1.3. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP DE VERZEKERINGSOndernEMINGEN

1.3.1. Verzekeringsondernemingen

Winstdeling en toekenning van een tijdelijke gewaarborgde rentevoet

Voor verzekeringsverrichtingen die verbonden zijn aan een afgezonderd fonds verbindt de verzekeringsonderneming zich ertoe om bovenop de tariefgrondslagen een deel van de gerealiseerde winst afkomstig uit de beleggingen in bepaalde hiervoor aangewezen activa als winstdeling te verdelen en toe te kennen.

Tijdens de verslagperiode heeft een verzekeringsonderneming de CBFA op de hoogte gebracht van haar voorstellen om een hogere gewaarborgde rentevoet toe te kennen voor een levensverzekeringsproduct van tak 21 dat aan een afgezonderd fonds is verbonden.

Aanvankelijk werd er voor het betrokken fonds geen gewaarborgde rentevoet toegekend (technisch gezien bedroeg de gewaarborgde rentevoet 0%) en was het rendement van het fonds dus uitsluitend afhankelijk van de winstdeling. In het onderhavige geval werd echter geen winstdeling uitgekeerd omdat de verrichtingen van het fonds niet winstgevend waren geweest voor de betrokken periode. Voor de belegger was het totaalrendement van het fonds voor die periode dus nul. De verhoging van de gewaarborgde rentevoet was ingegeven door de wens om een rendement te bieden dat dichter aanleunde bij dat van de markt. De gewaarborgde rentevoet zou echter maar tijdelijk hoger geweest zijn. Na enkele maanden zou de normale gewaarborgde rentevoet weer zijn toegepast.

Krachtens artikel 12*bis* van het algemeen reglement verzekeringen en artikel 58, § 2 van het reglement leven, mag de dotatie aan de voorziening voor winstdeling voor elk afgezonderd fonds niet groter zijn dan de netto technisch-financiële winst vóór dotatie, vermeerderd met de variatie van de niet-geactiveerde zillmeringswaarden²²⁰ die niet het voorwerp dienen uit te maken van een terugbetaling. Er kan dus maar een winstdeling worden toegekend aan het afgezonderd fonds als de verrichtingen van het fonds winstgevend zijn, wat hier niet het geval was.

Gezien de context, het tijdstip, het tijdelijke karakter en de ingeroepen motivering, heeft de CBFA geoordeeld dat de voorgenoemde verhoging van de gewaarborgde rentevoet in strijd geweest zou zijn met de regels voor de verdeling van winstdeling. Bijgevolg heeft de CBFA de onderneming verzocht de verhoging niet door te voeren. De onderneming heeft aan dit verzoek gehoor gegeven.

²²⁰ Zillmering is een methode die in de levensverzekeringen wordt gebruikt en die erin bestaat de wiskundige voorzieningen te verminderen met de actuele waarde van de in de premies begrepen acquisitietoeslagen.

Beheer van collectieve pensioenfondsen in tak 21

Naast de eigenlijke levensverzekeringen kunnen verzekeringsondernemingen ook overeenkomsten voor het beheer van collectieve pensioenfondsen aanbieden. Volgens artikel 74 van het reglement leven mogen dergelijke overeenkomsten enkel worden gesloten met een IBP, met een openbare entiteit of met een publiekrechtelijke rechtspersoon die niet verplicht is zijn pensioenstelsels te externaliseren²²¹ of met een rechtspersoon die een solidariteitsstelsel beheert als bedoeld in artikel 47 van de WAP of artikel 56 van de WAPZ.

Artikel 2 van het reglement leven maakt een onderscheid tussen het beheer voor rekening van derden en het beheer voor eigen rekening van collectieve pensioenfondsen.

In het eerste geval beheert de verzekeraar de fondsen zonder "enige verbintenis op zich [te] nemen die van een verzekerbare gebeurtenis afhangt, noch enige verzekeringsgarantie met betrekking tot het rendement of het behoud van de beheerde activa [te] verlenen"²²². Hij kan eventueel voor het actuair, administratief of boekhoudkundig beheer zorgen. In dit eerste geval wordt de eigendom van de beheerde activa niet overgedragen aan de verzekeraar, die geen technische voorzieningen moet aanleggen. Volgens artikel 3, § 4 van het reglement leven behoren die verrichtingen tot tak 27 (beheer voor rekening van derden van collectieve pensioenfondsen).

In het tweede geval past de verzekeraar op de uitgevoerde storting de technische grondslagen toe van de rechtstreekse levensverzekeringsverrichtingen of van de kapitalisatieverrichtingen. Artikel 3, §§ 1 en 2 bepaalt dat de verrichtingen behoren tot tak 21 (rechtstreekse levensverzekeringen die niet verbonden zijn met beleggingsfondsen), tak 23 (rechtstreekse levensverzekeringen verbonden met beleggingsfondsen) of tak 26 (kapitalisatie), naargelang van de technische grondslagen die worden gebruikt. De verrichtingen met betrekking tot het beheer voor eigen rekening van collectieve pensioenfondsen kunnen dus verschillend worden behandeld, onder andere maar niet uitsluitend op prudentieel vlak, naargelang van de techniek die gebruikt wordt.

Tijdens de verslagperiode ontving de CBFA een vraag over de mogelijkheid om in het kader van een afgezonderd fonds²²³ een overeenkomst voor het beheer van collectieve pensioenfondsen te sluiten waarbij op een bepaald ogenblik in een welbepaalde prestatie wordt voorzien. Meer specifiek werd haar gevraagd of een dergelijke overeenkomst onder tak 21 kan vallen, hoewel de prestatie niet afhankelijk is van de menselijke levensduur.

²²¹ Zie de artikelen 134 tot 139 van de WIBP.

²²² Artikel 76, eerste lid van het reglement leven.

²²³ Uit artikel 57 van het reglement leven kan worden afgeleid dat een afgezonderd fonds een geheel van activa is dat bestemd is om aan de met dit fonds verbonden verzekeringsverrichtingen een deel van de winst toe te kennen die voortkomt uit de belegging van die activa.

Volgens de definitie die in het reglement leven wordt gegeven²²⁴, zijn de technische grondslagen het “geheel van de toeslagen, de technische rentevoet en de voorvalswetten die tussenkomen in het opstellen van het tarief of het samenstellen van de reserves”.

De rechtstreekse levensverzekeringsverrichtingen worden gedefinieerd²²⁵ als “personenverzekeringen tot uitkering van een vast bedrag, waarbij het zich voordoen van het verzekerde voorval alleen afhankelijk is van de menselijke levensduur”. Kapitalisatieverrichtingen zijn daarentegen²²⁶ “verrichtingen gebaseerd op een actuariële techniek, waarbij in ruil voor van tevoren vastgestelde enige of periodieke stortingen, verplichtingen worden aangegaan die, voor wat betreft hun duur en hun bedrag, bepaald zijn en die onafhankelijk zijn van om het even welke toevallige gebeurtenis”.

Uitgaande van de bovenstaande definities, is het eerste criterium om een onderscheid te maken tussen de verschillende types van beheer voor eigen rekening van collectieve pensioenfondsen de aanwezigheid van

een onzeker element dat afhankelijk is van de menselijke levensduur en meer bepaald, het overlijden of het overleven van de verzekerde. Een beheerovereenkomst behoort dus tot tak 21 of 23 indien er net zoals in de verzekeringsovereenkomsten sensu stricto een onzeker element in aanwezig is. Zoniet behoort de beheerovereenkomst tot tak 26.

Het tweede criterium om een onderscheid te maken is de verbintenis die de verzekeraar heeft aangegaan om een gewaarborgde rentevoet toe te kennen. In de takken 21 en 26 wordt er een gewaarborgde rentevoet geboden, zowel voor de verzekeringsovereenkomsten sensu stricto als voor de overeenkomsten voor het beheer van eigen rekening van collectieve pensioenfondsen. In verzekeringsovereenkomsten en beheerovereenkomsten van tak 23 is dit niet het geval.

In de tabel hieronder wordt voor de verschillende types van beheer van collectieve pensioenfondsen aangegeven of er dekking wordt gegeven voor een onzekere gebeurtenis en of er een gewaarborgde rentevoet wordt geboden.

Beheer	Tak	Onzekere gebeurtenis	Gewaarborgde rentevoet
Voor eigen rekening	21	Ja	Ja
	23	Ja	Nee
	26	Nee	Ja
Voor rekening van derden	27	Nee	Nee

De CBFA heeft geoordeeld dat de hierboven beschreven verrichting enkel onder tak 26 kan vallen, omdat ze niet afhankelijk is van de menselijke levensduur, maar daarentegen een verplichting inhoudt die onafhankelijk is van om het even welke toevallige gebeurtenis.

224 Bijlage 2, definitie 11.

225 Artikel 2, eerste lid, 1° van het reglement leven.

226 Artikel 2, eerste lid, 6° van het reglement leven.

1.4. PRUDENTIEEL TOEZICHT OP DE INSTELLINGEN VOOR BEDRIJFSPENSIOEN- VOORZIENING

Memorandum voor het verkrijgen van een toelating door een IBP naar Belgisch recht

De bepalingen van de artikelen 52 tot 61 van de WIBP bevatten de regeling voor de toelating en de uitbreiding van de toelating van IBP's naar Belgisch recht. Volgens de vastgestelde procedure dient meer bepaald bij de CBFA een toelatingsaanvraag te worden ingediend, samen met een aantal inlichtingen en documenten. In mei 2007 heeft de CBFA een memorandum opgesteld waarin deze procedure gedetailleerd wordt toegelicht en de inhoud alsook de vorm van een toelatingsaanvraag nauwgezet worden gepreciseerd.

Door de wijzigingen die in de loop van het verslagjaar 2009²²⁷ zijn aangebracht in een aantal van de voormelde wettelijke bepalingen, alsmede door de uitbreiding tot de IBP's van het beveiligde communicatieplatform eCorporate in de loop van het verslagjaar 2010²²⁸, drong een update van het memorandum van mei 2007 zich op.

Inaanmerkingneming van de indexering door IBP's in het kader van het wettelijk pensioen

Krachtens artikel 137 van de WIBP dienen de publiekrechtelijke rechtspersonen die onderworpen zijn aan de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van de ondernemingen, "overheidsbedrijven" genoemd²²⁹, hun pensioentoezeggingen te externaliseren, zowel voor de wettelijke pensioenen als voor de aanvullende pensioenen.

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA een toelating verleend aan drie nieuwe IBP's die belast zijn met het verstrekken van pensioenuitkeringen aan de personeelsleden en de voormalige personeelsleden van overheidsbedrijven uit de waterdistributiesector. De CBFA heeft deze gelegenheid aangegrepen om haar prudentiële vereisten voor het beheer van de wettelijke pensioenregelingen nader te preciseren.

Kenmerkend voor deze pensioenregelingen, vergeleken met de aanvullende pensioenen, is dat de uitkeringen verplicht verstrekt worden in de vorm van een rente die

geïndexeerd wordt. Dit biedt als voordeel dat antiselectie²³⁰ wordt vermeden bij de keuze van de uitkering zodat minder prudente sterftetafels gehanteerd kunnen worden dan voor de uitkeringen in de vorm van een rente bij de tweede pensioenpijler. Daarentegen worden de potentiële pensioen-toezeggingen van de IBP op die manier verhoogd.

Bijgevolg heeft de CBFA geoordeeld dat op prudente wijze te werk gaan als vereist door artikel 89, derde en vierde lid van de WIBP, impliceert dat bij de berekening van de technische voorzieningen rekening moet worden gehouden met een raming van de indexering.

Weigering van voorafgaande instemming met de aanstelling van een erkend commissaris bij een IBP

Met toepassing van artikel 106 van de WIBP en artikel 22 van het CBFA-reglement van 21 februari 2006 betreffende de erkenning van revisoren en revisorenvennootschappen, heeft de CBFA geweigerd om haar instemming te verlenen voor de aanstelling van een bedrijfsrevisor als erkend commissaris bij een IBP.

De bijdragende ondernemingen van de betrokken IBP waren intercommunales. Een van de leden van deze intercommunales was de gemeente waarvan de voorgedragen bedrijfsrevisor burgemeester en gemeenteraadslid was. In haar hoedanigheid van lid nam deze gemeente deel aan de algemene vergaderingen van de intercommunales en zetelde zij ook in de raad van bestuur van een aantal onder hen. Via haar vertegenwoordigers in de intercommunales oefende de gemeente dan ook inspraak uit op het bestuur van de IBP.

Gezien de opdracht waarmee een erkend commissaris bij een IBP belast is, als vastgelegd in de artikelen 103 tot 108 van de WIBP, gezien de relatie tussen een IBP en haar bijdragende ondernemingen en rekening houdend met de rol van de publieke mandatarissen in de Waalse intercommunales, heeft de CBFA geoordeeld dat de kandidaat niet voldoende onafhankelijk was zoals een bedrijfsrevisor hoort te zijn om een functie als erkend commissaris te kunnen waarnemen bij de betrokken IBP.

De invloed die deze revisor zou kunnen uitoefenen op de bijdragende ondernemingen van de IBP, precies door zijn functie van burgemeester en gemeenteraadslid van een gemeente die lid is van de betrokken bijdragende ondernemingen, zou immers aanleiding geven tot conflictsituaties tussen de belangen van deze bijdragende ondernemingen en de belangen van de aangesloten en begunstigen van de regelingen die beheerd worden

227 Wet van 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen. Zie dit verslag, p. 40.
228 Circulaire CBFA_2010_08 van 30 maart 2010 inzake eCorporate. Zie dit verslag, p. 42.
229 Zie artikel 134, 2° van de WIBP.

230 De antiselectie vloeit voort uit het feit dat de verzekerde de voor hem meest gunstige optie kiest op grond van informatie over zijn persoonlijke situatie waarover enkel hij beschikt. Op die manier vervalst hij in zekere zin de waarschijnlijkheidsfactor van de risico's die door de verzekeraar is berekend. Dit leidt tot een verslechtering van de technische resultaten van de verzekeraar. Op het ogenblik van hun pensionering zullen de verzekerden immers geneigd zijn om te opteren voor een uitkering in de vorm van een rente of van kapitaal naargelang zij, op grond van de informatie waarover zij beschikken over hun eigen gezondheidstoestand, al dan niet verwachten nog vele jaren te leven. De overlevingskansen van de verzekerden die geopteerd hebben voor een rente-uitkering kunnen dus hoger liggen dan aangegeven in de sterftetafels die de verzekeraar heeft gehanteerd om zijn tarief te bepalen waardoor wellicht een onevenwichtige verhouding ontstaat.

door de IBP wanneer deze functies van erkend commissaris worden gecumuleerd met de functie van erkend commissaris van de IBP.

De erkend commissaris vervult evenwel een essentiële rol in het toezicht dat de CBFA uitoefent op de IBP's teneinde zich ervan te vergewissen dat de activa van de IBP in het uitsluitend belang van de aangeslotenen en de begunstigten worden beheerd. Voor haar samenwerking met de erkend commissaris moet de CBFA ervan kunnen uitgaan dat de erkend commissaris geen rekening zal houden met andere dan de bovenvermelde belangen.

De Raad van State, waarbij beroep tot vernietiging van de beslissing van de CBFA was ingesteld, heeft geoordeeld dat de rechtsmiddelen die door de bedrijfsrevisor waren aangevoerd, niet gegrond waren. De Raad van State was van mening dat de CBFA met het weigeren van de gevraagde instemming op geldige wijze heeft gehandeld door belangenconflicten te voorkomen veel eerder dan te wachten tot ze zich voordoen, en door aan de eiser een beperking van uitoefening van zijn beroep op te leggen die noodzakelijk was opdat het toezicht op de betrokken IBP op onafhankelijke en efficiënte wijze zou kunnen worden uitgeoefend.



HOOFDSTUK 2

TOEZICHT OP DE TUSSENPERSONEN

2.1. GEMEENSCHAPPELIJKE ASPECTEN

Wijzigingen in de wetten op de bemiddeling

Het wettelijk kader voor de activiteiten van verzekerings- en herverzekeringbemiddeling enerzijds, en voor de activiteiten van bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten anderzijds, werd gewijzigd door de wet van 31 juli 2009²³¹.

De belangrijkste wijzigingen die in de wet van 27 maart 1995 zijn aangebracht, zijn de volgende :

- in verband met de voor de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen geldende vereisten inzake beroepskennis²³²:
 - vervanging van de verplichting om met goed gevolg een door de CBFA erkende gespecialiseerde cursus te hebben gevolgd, door de verplichting om te slagen voor een door de CBFA erkend examen;
 - schrapping, onder bepaalde voorwaarden, van de verplichting om het bewijs van beroepskennis nogmaals te leveren bij de indiening van een verzoek om na een tijdelijke stopzetting van de activiteiten opnieuw in het register te worden ingeschreven;
- schrapping van de verplichting voor verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen om hun financiële draagkracht te bewijzen aan de hand van een borgstelling of een bankgarantie;
- uitbreiding van de bij de wet van 27 maart 1995 aan de Koning verleende machtiging om een buitengerechtelijke klachtenregeling (Ombudsman van de Verzekeringen) in te voeren, tot de vaststelling van de modaliteiten voor de toetreding tot en de betaling van de bijdragen aan die klachtenregeling, evenals tot de mogelijkheid om de CBFA ermee te gelasten de aanvragen om toetreding en uittreding en de voornoemde bijdragen te centraliseren;
- expliciete bevestiging van de verplichting voor verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen om de vragen te beantwoorden die hen door de Ombudsman van de Verzekeringen worden voorgelegd, om de doeltreffendheid van de klachtenregeling te garanderen.

Daarnaast werd de wet van 22 maart 2006 aangepast, om te bepalen wat er precies gebeurt met de inschrijving van een agent in bank- en beleggingsdiensten die geen principaal meer heeft (schrapping uit het register na verwittiging).

En tot slot heeft de wet ook wijzigingen aangebracht die gelden voor beide sectoren:

- expliciete vermelding van het vereiste om zich aan de witwaswet te conformeren, als voorwaarde voor de inschrijving in het register van de tussenpersonen;
- schrapping, wanneer de geschiktheid of de professionele betrouwbaarheid van een tussenpersoon in vraag wordt gesteld, van de verwijzing naar de procedure waarvan sprake in de artikelen 70 tot 72 van de wet van 2 augustus 2002 (saisine van de Auditeur van de CBFA), waarvan de toepassing beperkt is, sedert de programmawet van 27 april 2007, tot administratieve geldboetes en dwangsommen²³³.

Geldende vereisten voor de effectieve leiders van rechtspersonen die de hoedanigheid van tussenpersoon aanvragen

De wet van 6 april 2010 handelt voornamelijk over het deugdelijk bestuur²³⁴ en de regeling inzake het beroepsverbod²³⁵, maar verduidelijkt daarnaast tevens de vereisten waaraan de effectieve leiders van rechtspersonen moeten voldoen wanneer deze laatsten een aanvraag indienen om te worden ingeschreven in de hoedanigheid van verzekerings- en herverzekeringstussenpersoon of tussenpersoon in bank- en beleggingsdiensten. Deze vereisten zijn respectievelijk voorgeschreven door artikel 10bis van de wet van 27 maart 1995 en artikel 9 van de wet van 22 maart 2006.

Deze verduidelijking drong zich op omdat er door de formulering van de betrokken artikelen een interpretatieprobleem was ontstaan wat de toepassing betreft van de regeling inzake het beroepsverbod, als vervat in artikel 19 van de bankwet, op de effectieve leiders van een rechtspersoon die een inschrijvingsaanvraag indient in het kader van deze wetten. De nieuwe wet brengt dit punt tot klaarheid door uitdrukkelijk te stellen dat de regeling inzake het beroepsverbod van toepassing is op deze leiders.

231 Wet van 31 juli 2009 tot wijziging van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringbemiddeling en de distributie van verzekeringen en van de wet van 22 maart 2006 betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten (BS 8 september 2009).

232 Die wijzigingen zouden van toepassing moeten worden verklaard op de tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten via een wijziging van het koninklijk besluit van 1 juli 2006 tot uitvoering van de wet van 22 maart 2006.

233 Zie programmawet van 27 april 2007, artikel 172 e.v. (BS 8 mei 2007).

234 Zie dit verslag, p. 78.

235 Zie dit verslag, p. 20.

2.2. VERZEKERINGSTUSSEN-PERSONEN

2.2.1. Evolutie in de nationale reglementering

Wijziging van de wetgeving inzake de aanvullende ziekteverzekeringen van de ziekenfondsen: implicaties voor de wet van 27 maart 1995

De wet van 26 april 2010²³⁶ strekt ertoe de Belgische wetgeving aan te passen ingevolge een met redenen omkleed advies van de Europese Commissie dat stelde dat de wetgeving inzake aanvullende ziekteverzekeringen aangeboden door ziekenfondsen en andere mutualistische entiteiten niet in overeenstemming was met de Europese schadeverzekeringsrichtlijnen.²³⁷

Deze wet heeft onder meer een aantal wijzigingen aangebracht aan de wet van 27 maart 1995 aangezien de tussenpersonen, zoals bedoeld in artikel 68 van de wet van 26 april 2010²³⁸, voortaan beschouwd worden als verzekeringstussenpersonen bedoeld in de wet van 27 maart 1995.

Een belangrijke wijziging betreft de invoering van het nieuwe artikel 4. Voorheen bepaalde dit artikel dat de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen en de verzekeringsondernemingen minimum één verantwoordelijke voor de distributie moesten aanwijzen voor de hoofdzetel en één per bijkantoor waar respectievelijk een bemiddelings- of distributieactiviteit werd uitgeoefend. Indien meer dan vijf personen actief waren inzake verzekerings- of herverzekeringstussenpersonen, dienden ze voor de hoofdzetel minstens twee verantwoordelijken voor de distributie aan te wijzen.

Een verantwoordelijke voor de distributie is elke natuurlijke persoon behorend tot de leiding van of elke werknemer in dienst van een verzekeringstussenpersoon of -onderneming, die de facto de verantwoordelijkheid heeft van of toezicht uitoefent op de werkzaamheid van verzekeringsbemiddeling. De verantwoordelijken voor de distributie moeten voldoen aan de voorwaarden inzake vereiste beroepskennis, geschiktheid en professionele betrouwbaarheid zoals bedoeld in artikel 10, 1°, 2°bis en 3° van de wet van 27 maart 1995.

236 Wet van 26 april 2010 houdende diverse bepalingen inzake de organisatie van de aanvullende ziekteverzekering (I) (BS 28 mei 2010).

237 Eerste Richtlijn 73/239/EEG van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, en Richtlijn 92/49/EEG van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG. Voor een bespreking van deze reglementering zie dit verslag, p. 35.

238 Het betreft ziekenfondsen en natuurlijke personen en rechtspersonen (andere dan ziekenfondsen), die activiteiten van verzekeringsbemiddeling uitoefenen betreffende ziekteverzekeringen van tak 2 georganiseerd door maatschappijen van onderlinge bijstand en, in voorkomend geval, betreffende een dekking, op bijkomende wijze, van de risico's die behoren tot de hulpverlening bedoeld in tak 18.

Artikel 4 werd gewijzigd in die zin dat het aantal verplicht aan te duiden verantwoordelijken voor de distributie voortaan bij alle verzekeringstussenpersonen en verzekeringsondernemingen afhankelijk is van de organisatie en van de activiteiten van de tussenpersoon of van de onderneming. De Koning dient dit aantal vast te stellen op gezamenlijk voorstel van de minister die de verzekeringen in zijn bevoegdheid heeft en de minister van Sociale Zaken.

Er werd geopteerd om de tussenpersonen bedoeld in artikel 68 van de wet van 26 april 2010 niet in te schrijven in het register bijgehouden door de CBFA, doch wel in een register bij te houden door de Controledienst voor de ziekenfondsen en de landsbonden van ziekenfondsen (CDZ). Het koninklijk besluit van 22 december 2010²³⁹ heeft de modaliteiten bepaald volgens dewelke deze registerinschrijving moet gebeuren.

Artikel 3, punt 2 van de richtlijn betreffende de verzekeringsbemiddeling²⁴⁰ legt de verplichting op aan de lidstaten om "één loket" in te stellen waardoor een vlotte en snelle toegang tot informatie uit de verschillende langs elektronische weg beschikbare en te allen tijde geactualiseerde registers mogelijk is. Overeenkomstig dit beginsel bepaalt artikel 9, § 2 van de wet van 27 maart 1995 voortaan dat de CBFA in België het éne loket is waar het publiek informatie kan inwinnen over de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen. De CBFA publiceert de lijst van alle ingeschreven tussenpersonen op haar website en houdt deze up-to-date. Dit heeft tot gevolg dat de gegevens opgenomen in het register bijgehouden door de CDZ toegankelijk moeten zijn via de website van de CBFA.

Teneinde het voor het Nationaal Intermutualistisch College, de maatschappijen van onderlinge bijstand die verzekeringsproducten aanbieden en de ziekenfondsen mogelijk te maken de examens omtrent de opleidingen voor zowel de tussenpersonen zoals bedoeld in artikel 68 van de wet van 26 april 2010 als voor hun verantwoordelijken voor de distributie en voor hun personeel in contact met het publiek te organiseren, wordt de lijst van de organisatoren van de examens omtrent de opleidingen in verzekeringen uitgebreid met voormelde personen. De bevoegdheid voor de erkenning van deze examens wordt toegekend aan de CDZ.

Afschaffing van de verplichte borgstelling of bankgarantie voor verzekeringstussenpersonen

Sinds artikel 13 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst werd gewijzigd bij de wet van 22 februari 2006²⁴¹, bepaalt het dat, wanneer de premie niet rechtstreeks aan de verzekeraar wordt betaald, de

239 Koninklijk besluit van 22 december 2010 tot uitvoering van artikel 5, § 3 van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen en de distributie van verzekeringen (BS 29 december 2010).

240 Richtlijn 2002/92/CE van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsbemiddeling (PB L 9/3 van 15 januari 2003).

241 Wet tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekeringsbemiddeling en de distributie van verzekeringen. Zie CBFA Verslag DC 2005, p. 44.

premiebetaling aan een derde bevrijdend is indien deze voor de inning van die premie klaarblijkelijk als lasthebber van de verzekeraar optreedt. Verder stelt diezelfde bepaling dat, wanneer de verzekeraar de bedragen die hij in het kader van de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekerde of zijn rechthebbende verschuldigd is, niet rechtstreeks aan deze laatsten betaalt, maar via een verzekeringstussenpersoon, enkel de werkelijke ontvangst van deze betaling door de verzekerde of zijn rechthebbende de verzekeraar van zijn verplichtingen bevrijdt. Bij insolventie van de verzekeringstussenpersoon lopen de verzekerden dus geen risico meer. Het was dan ook niet langer nodig om van de verzekeringstussenpersonen te eisen dat zij via een borgstelling of bankgarantie zouden aantonen over voldoende financiële draagkracht te beschikken. Precies daarom heeft de wet van 31 juli 2009 die verplichting geschrapt door artikel 10, 2°, van de wet van 27 maart 1995 op te heffen²⁴².

Door die wetwijziging zijn de artikelen 14 tot 17 van het koninklijk besluit van 25 maart 1996 tot uitvoering van artikel 10, 2°, van de wet van 27 maart 1995 zonder voorwerp geworden. De CBFA hoeft dan ook niet meer op de hoogte te worden gebracht van de opzegging van de borgstelling of de bankgarantie, zoals vereist bij artikel 16 van dat koninklijk besluit.

Mededeling over de klantenaanbrengers

Verzekeringsondernemingen en verzekeringstussenpersonen doen vaak beroep op personen die in het kader van een andere beroepswerkzaamheid bij hen (potentiële) verzekeringsklanten aanbrengen (bijvoorbeeld autodealers en immobielkantoren). Deze personen worden aangeduid als klantenaanbrengers.

Bepaalde klantenaanbrengers verrichten daarbij activiteiten waardoor zij onder het toepassingsgebied kunnen vallen van de wet van 27 maart 1995.

Met haar mededeling van 20 februari 2009²⁴³ over klantenaanbrengers heeft de Commissie de verzekeringssector geïnformeerd over haar interpretatie van de wet, voor het beoordelen of activiteiten van klantenaanbrengers gekwalificeerd dienen te worden als verzekeringsbemiddeling waardoor deze klantenaanbrengers als verzekeringstussenpersoon dienen te worden ingeschreven in het register van de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen.

De mededeling maakt vooreerst een analyse van de relevante bepalingen van de wet van 27 maart 1995, van de werkzaamheden die vallen onder het toepassingsgebied van de wet en van de werkzaamheden die expliciet uit het toepassingsgebied uitgesloten worden.

Krachtens artikel 1, 1°, tweede lid van voornoemde wet is informatieverstrekking niet als verzekeringsbemiddeling te beschouwen, voor zover deze werkzaamheid een incidenteel karakter heeft, plaatsvindt in het kader van een andere beroepswerkzaamheid, én niet tot doel heeft de cliënt bij te staan bij de sluiting of uitvoering van een verzekeringsovereenkomst.

Steunend op de voornoemde wettelijke bepalingen en op de rechtspraak, heeft de CBFA in haar mededeling het standpunt ingenomen dat de hierna volgende activiteiten geen verzekeringsbemiddeling zijn in de zin van artikel 1, 1° van voornoemde wet.

Zo kwalificeert niet als verzekeringsbemiddeling, het doorgeven van de identiteit van potentiële klanten, en het overmaken van persoons- en objectgebonden informatie voor zover deze geen verzekeringstechnische aspecten inzake de identificatie en beoordeling van de verzekeringsbehoeften van de klant betreffen.

Dient evenmin als verzekeringsbemiddeling beschouwd te worden, het verstrekken van informatie, voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst of op een later tijdstip, over verzekeringsproducten die door een verzekeringsonderneming of -tussenpersoon ter beschikking gesteld wordt, voor zover de overhandigde documentatie louter informatie van algemene niet gepersonaliseerde aard bevat (een algemene productbeschrijving of productfiche, of algemeen geldende tarieven) en/of doorverwijst naar een verzekeringstussenpersoon of -onderneming.

Daarentegen is het identificeren van de verlangens en behoeften van de klant, en het inwinnen van informatie met het oog op die identificatie een essentieel onderdeel van de opdracht van de verzekeringstussenpersoon, en betreft dit een activiteit van verzekeringsbemiddeling.

Klantenaanbrengers kunnen niet betrokken worden bij de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten zonder als tussenpersoon te zijn ingeschreven. De CBFA is evenwel van mening dat de louter materiële overmaking van documenten van de verzekeringstussenpersoon naar de verzekeringsnemer of van de verzekeringstussenpersoon naar de verzekeringsonderneming niet te beschouwen is als een activiteit van verzekeringsbemiddeling. De klantenaanbrengers mogen evenwel niet beschikken over een vertegenwoordigingsbevoegdheid en mogen niet gemachtigd zijn om premies te innen of tussenkomsten uit te betalen aan de verzekerde of de verzekeringsnemer.

In haar mededeling herinnert de CBFA de verzekeringsondernemingen en de tussenpersonen er aan dat zij passende organisatorische maatregelen moeten nemen teneinde zich in deze te verzekeren van een correcte naleving van de wetgeving.

Dit betekent dat zij, enerzijds, duidelijke en geschreven instructies opstellen voor hun klantenaanbrengers over welke activiteiten deze mogen uitoefenen en welke activiteiten niet toegelaten zijn, en anderzijds, via geregelde controles toezien op de naleving van deze instructies door de klantenaanbrengers en zonedig de passende maatregelen nemen.

242 Wet tot wijziging van de wet van 27 maart 1995 betreffende de verzekerings- en herverzekeringbemiddeling en de distributie van verzekeringen en van de wet van 22 maart 2006 betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten (BS 8 september 2009).

243 Mededeling CBFA_2009_10 van 20 februari 2009 – Wet van 27 maart 1995 op de verzekeringsbemiddeling – Klantenaanbrengers.

Van de verzekeringsondernemingen en van de verzekeringstussenpersonen wordt ook verwacht dat de wederzijdse rechten en plichten in een schriftelijke overeenkomst met de klantenaanbrenger eenduidig vastgelegd worden wanneer de activiteit van de klantenaanbrenger geen eenmalig of occasioneel karakter heeft.

Aangezien de tussenkomst van de klantenaanbrengers beperkt is tot het aanbrengen van een klant, wordt hun vergoeding in principe niet gebonden aan de duur dat de verzekeringsnemers klant blijven bij de verzekeringsonderneming. Volgens de mededeling is het dus aangewezenen de vergoeding per aangebrachte klant te beperken tot een eenmalige vergoeding voor de door de tussenkomst van de klantenaanbrenger gerealiseerde verzekeringsovereenkomsten. Er is evenwel geen bezwaar dat de uitbetaling zelf van de eenmalige vergoeding over een beperkte duur in de tijd wordt gespreid.

Hoewel er veel minder klantenaanbrengers zijn in de herverzekeringsector is de mededeling in beginsel ook van overeenkomstige toepassing in die sector.

Bijbscholing van de verzekeringssubagenten

Bij wet van 27 maart 1995 is bepaald dat personen die een rol spelen in de bemiddeling en distributie van verzekeringsproducten zich verder moeten bekwamen via geregelde bijbscholing²⁴⁴.

In 2008 heeft de sector regels uitgewerkt om concrete invulling te geven aan de bijbscholingsplicht. Deze regels golden zowel voor makelaars en agenten als voor verantwoordelijken voor de distributie, maar niet voor verzekeringssubagenten²⁴⁵.

Voor de verzekeringssubagenten zouden in een latere fase specifieke regels worden opgesteld.

Inmiddels werden deze regels uitgewerkt. Zij leunen nauw aan bij de regels die reeds van toepassing zijn voor de makelaars en de agenten.

De subagenten moeten bij geaccrediteerde opleidingsverstrekkers opleidingen volgen over de thema's die zijn opgegeven in de wet. Daar krijgen zij punten voor. Bedoeling is per triënnium 20 punten te behalen. De eerste driejarige periode is ingegaan op 1 januari 2010.

De CBFA is de mening toegedaan dat dit een goede praktijk is en zal deze regels geregeld toetsen.

2.2.2. Toezicht in de praktijk

Schorsing en schrapping van de inschrijving van Kobelco Groep nv in het register van de verzekeringstussenpersonen

Volgens artikel 10, eerste lid, 2°bis van de wet van 27 maart 1995 moet elke verzekeringstussenpersoon die zijn inschrijving in het register van de verzekeringstussenpersonen wil behouden, een voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid bezitten. Artikel 10bis, 1°, van de wet van 27 maart 1995 bepaalt dat wanneer de verzekeringstussenpersoon een rechtspersoon is, zijn leiders over de noodzakelijke professionele betrouwbaarheid, de vereiste beroepskennis en de passende ervaring moeten beschikken. Volgens artikel 10bis, 2°, van diezelfde wet, moeten zijn controleaandeelhouders geschikt zijn om een gezond en voorzichtig beleid te voeren.

Tijdens de verslagperiode werd de CBFA ervan op de hoogte gebracht door benadeelde cliënten dat Kobelco Groep nv, die ingeschreven is in het register van de verzekeringstussenpersonen, en haar hoofdaandeelhouder, Kobelco Holding nv, terugbetaalbare gelden in ontvangst namen van het publiek²⁴⁶. Volgens artikel 4 van de bankwet mag die activiteit in principe enkel worden uitgeoefend door kredietinstellingen^{247,248}.

Aangezien er mogelijk sprake was van een miskenning van deze wettelijke bepaling, waarop een strafrechtelijke sanctie staat, heeft de CBFA de twee betrokken vennootschappen meegedeeld dat zij betwijfelde of voldaan was aan de voorwaarden van de artikelen 10, eerste lid, 2bis en 10bis, 1° en 2°, van de wet van 27 maart 1995 en heeft zij hen aangemaand haar hun standpunt bekend te maken. Beide vennootschappen ontkenden een inbreuk te hebben gepleegd op artikel 4 van de bankwet en riepen artikel 3, § 2, b) van de prospectuswet²⁴⁹ in als rechtvaardiging voor het feit dat de betrokken verrichtingen zonder voorafgaandelijke goedkeuring en publicatie van een prospectus werden uitgevoerd.

De CBFA was echter niet overtuigd door deze argumenten en heeft dan ook geconcludeerd dat het in ontvangst nemen van terugbetaalbare fondsen door de betrokken vennootschappen als een ongeoorloofde activiteit diende te worden beschouwd. Bijgevolg heeft zij op

244 Artikel 11, § 4bis van de wet van 27 mars 1995.

245 Zie CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 29.

246 De groep Kobelco bestaat uit verschillende vennootschappen, waarvan er drie betrokken waren bij deze verrichtingen, namelijk Kobelco Groep nv (verzekeringstussenpersoon), Kobelco Holding nv (meerderheidsaandeelhouder van Kobelco Groep nv), maar ook Kobelco Luxembourg SA, die als verzekeringstussenpersoon is ingeschreven bij de Luxemburgse toezichthouder.

247 Op die regel gelden echter enkele uitzonderingen, onder meer voor personen die aanbiedingen tot verkoop van beleggingsinstrumenten uitbrengen naar aanleiding waarvan terugbetaalbare gelden worden ontvangen, en dit op voorwaarde dat de aanbieding plaatsvindt conform de prospectuswet.

248 Voor een analyse van dit dossier in het licht van artikel 4 van de bankwet, zie dit verslag, p. 116.

249 Dit artikel bepaalt dat aanbiedingen die gericht zijn aan minder dan 100 personen die geen gekwalificeerde beleggers zijn, geen openbare aanbiedingen zijn. In het voorliggende geval had elke vennootschap van de groep Kobelco vermoedelijk terugbetaalbare fondsen in ontvangst genomen van (minstens) 80 personen.

31 maart 2009 besloten Kobelco Groep nv te schrappen uit het register van de verzekeringstussenpersonen, wegens niet-naleving van de vereisten die in de wet van 27 maart 1995 zijn opgenomen over de betrouwbaarheid en de geschiktheid van de leiders en de geschiktheid van de controleaandeelhouders.

Op 17 april 2009 diende Kobelco Groep nv een verzoek tot herziening van deze beslissing tot schrapping in. Ter ondersteuning van dit verzoek werden verschillende argumenten aangehaald, waaronder het feit dat de Rechtbank van Koophandel van Antwerpen aan Kobelco Holding nv en Kobelco Groep nv een opschorting had toegekend tot 2 juni 2009, met toepassing van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, en dat die rechtbank een voorlopig bestuurder had aangeduid voor de twee vennootschappen, evenals een gedelegeerd rechter.

Rekening houdend met deze nieuwe elementen heeft de CBFA het verzoek tot herziening ingewilligd op 15 mei 2009, maar heeft zij geoordeeld dat een schorsing van de inschrijving van de onderneming gedurende een termijn van twee maanden noodzakelijk was om de belangen

van het publiek te vrijwaren^{250,251}. Deze schorsing werd achteraf verlengd. Ook de door de Rechtbank van Koophandel uitgesproken opschorting werd verlengd, tot 26 januari 2010, bij vonnis van 13 oktober 2009.

In januari 2010 hebben de minister van Financiën, de minister van Economie en de CBFA een oproep gericht tot de cliënten van de groep Kobelco die zich benadeeld achtten, om zich kenbaar te maken bij de Procureur des Konings van Antwerpen. De CBFA heeft ook laten weten dat de consumenten die vragen hadden over verzekeringsproducten die door de groep Kobelco of door tussenpersonen die voor haar rekening handelden, werden verkocht, zich tot haar konden richten. Zij heeft hiertoe een advies gepubliceerd op 21 januari 2010.

Op 2 februari 2010 heeft de Rechtbank van Koophandel van Antwerpen het faillissement uitgesproken van Kobelco Groep nv en Kobelco Holding nv. Met toepassing van artikel 13*bis*, § 2, tweede lid, van de wet van 27 maart 1995, heeft de CBFA dus akte genomen, op 9 februari 2010, van de ambtshalve schrapping van Kobelco Groep nv uit het register van de verzekeringstussenpersonen.

250 Nadat zij dit verzoek tot herziening had ingediend, diende Kobelco Groep nv voor de Raad van State een verzoek tot schorsing en vernietiging van de beslissing tot schrapping in, op dezelfde dag als die waarop de CBFA besloten had haar beslissing te wijzigen. Bij beslissing van 24 september 2009 heeft de Raad van State het verzoek verworpen omdat het zonder voorwerp was geworden.

251 Het ging echter maar om een gedeeltelijke schorsing, aangezien Kobelco Groep nv de lopende dossiers kon blijven behandelen en bestaande overeenkomsten kon vernieuwen, maar geen nieuwe overeenkomsten kon sluiten.



HOOFDSTUK 3

TOEZICHT OP DE FINANCIËLE INFORMATIE EN MARKTEN

3.1. TOEZICHT OP DE FINANCIËLE VERRICHTINGEN

3.1.1. Evolutie in de nationale en internationale reglementering

Opheffing van het koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen

Het koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen bevatte de criteria om uit te maken of een aanbod tot verkoop van of inschrijving op effecten (dan wel een daarmee gelijkgestelde verrichting), een overnameaanbod, een verrichting in het kader van collectieve belegging of een werving van terugbetaalbare gelden, gekwalificeerd diende te worden als een verrichting met een openbaar karakter. Dit besluit werd opgeheven bij koninklijk besluit van 9 oktober 2009²⁵² waarin uitsluitend de criteria werden behouden om te bepalen in welk geval de ontvangst van terugbetaalbare gelden in de zin van de artikelen 1 en 4 van de bankwet een openbaar karakter heeft²⁵³. Bij de omzetting van de prospectusrichtlijn in nationale rechtsregels had de Belgische wetgever er immers voor geopteerd om in de verschillende financiële wetten zelf aan te geven in welke gevallen een gereglementeerde verrichting een openbaar karakter²⁵⁴ heeft. Bijgevolg was het merendeel van de bepalingen van het koninklijk besluit van 7 juli 1999 hetzij achterhaald, hetzij verbodig geworden. Voortaan zijn de criteria om uit te maken of een aanbod (tot verkoop, inschrijving of aankoop) van beleggingsinstrumenten dan wel een instelling voor collectieve belegging een openbaar karakter heeft dan ook rechtstreeks terug te vinden in de prospectuswet, de ICB-wet of de overnamewet.

Mededeling over de openbare aanbidding van obligaties en de toelating van obligaties tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en over de invoering van een versnelde procedure voor de goedkeuring van het prospectus

De CBFA heeft een procedure ingevoerd die het mogelijk maakt het prospectus voor de uitgifte van zogenaamde "plain vanilla"-obligaties²⁵⁵ versneld goed te keuren. Daarnaast heeft zij de regels voor de goedkeuring van het prospectus en het verloop van een openbare aanbidding van obligaties verduidelijkt. Hierover werd een CBFA-mededeling gepubliceerd²⁵⁶.

Voor eenvoudige obligatieproducten en voor emittenten met een positief verleden, zoals hieronder omschreven, meent de CBFA dat het aangewezen is om binnen een termijn van vijf werkdagen na de ontvangst van een ontwerpprospectus te beslissen hetzij om dit prospectus goed te keuren, hetzij om de normale onderzoeksprocedure op te starten.

Om in aanmerking te komen voor de versnelde procedure, moeten de emittenten aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:

- Hun aandelen of obligaties zijn sedert minstens drie jaar genoteerd en de periodieke informatie die zij publiceren is onderworpen aan de controle a posteriori door de CBFA.
- Zij hebben op bevredigende wijze gereageerd op de opmerkingen die de CBFA in voorkomend geval geformuleerd heeft in de laatste drie jaar, tijdens de uitoefening van haar bevoegdheden inzake het toezicht op de informatieverstrekking.
- Hun commissaris heeft voor de laatste drie gepubliceerde boekjaren geen onthoudende verklaring afgelegd, heeft geen afkeurend oordeel gegeven over de rekeningen, heeft bij de certificering van de rekeningen geen voorbehoud gemaakt of opmerkingen geformuleerd over de continuïteit van de activiteiten. Dit geldt op overeenkomstige wijze voor het (beperkte) onderzoek van tussentijdse situaties.
- Zij hebben schriftelijk bevestigd aan de CBFA dat zij momenteel voldoen aan al hun verplichtingen ten aanzien van hun schuldeisers.
- Hun nettoactiva zijn niet beperkt tot een bedrag dat lager ligt dan de helft van het kapitaal ten gevolge van de geleden verliezen (art. 633 W.Venn.).

Bij de indiening van zijn dossier moet de emittent de versnelde procedure aanvragen en aantonen dat hij voldoet aan de criteria om in aanmerking te komen voor die procedure. Binnen een termijn van vijf werkdagen na de indiening van de aanvraag deelt de CBFA mee dat zij beslist heeft hetzij om het prospectus goed te keuren, hetzij om de gewone procedure op te starten indien het dossier moeilijkheden bevat.

De mededeling van de CBFA bevat ook diverse inlichtingen of preciseringen over de autoriteit die bevoegd is voor de goedkeuring van het prospectus, over de termijn voor de publicatie van het prospectus, de inhoud van het prospectus, de reikwijdte van de goedkeuring ervan door de CBFA en de geldigheidsduur van het prospectus, evenals over de reclame.

252 Koninklijk besluit van 9 oktober 2009 over het openbaar karakter van de werving van terugbetaalbare gelden (BS 23 oktober 2009).

253 Zie dit verslag, p. 30.

254 Zie CBFA Verslag DC 2006, p. 57 e.v.

255 Dit zijn gewone obligaties met vaste rentevoet (met inbegrip van deze met zerocoupon) of met variabele rentevoet.

256 Mededeling CBFA_2010_28 van 20 december 2010: openbare aanbidding van obligaties en toelating van obligaties tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en invoering van een versnelde procedure voor de goedkeuring van het prospectus.

Mededeling van de CBFA over het verloop van openbare aanbiedingen van corporate obligaties

Naar aanleiding van enkele, niet helemaal vlekkeloos verlopen openbare aanbiedingen van corporate obligaties²⁵⁷, werd de CBFA in kennis gesteld van de problemen die ter zake waren gerezen en die in hoofdzaak betrekking hadden op het in ontvangst nemen van beursorders vóór de officiële openstelling van de openbare aanbidding, de onmogelijkheid voor particuliere beleggers om op de openbare aanbidding in te schrijven aan de loketten van de leden van het plaatsingssyndicaat hoewel de aanbidding, volgens het prospectus, onbeperkt openstond voor het publiek, de niet-naleving van de wettelijke termijn voor de terbeschikkingstelling van het prospectus en het gebruik van het in artikel 31 van de prospectusverordening bedoelde bericht voor reclamedoeleinden. Naar aanleiding daarvan heeft de CBFA beslist "good practices" te publiceren die een oplossing moeten bieden voor de gerezen problemen²⁵⁸.

Zo werd de CBFA ervan op de hoogte gebracht dat bepaalde tussenpersonen ermee instemden dat cliënten vóór de openstelling van de aanbidding, meer bepaald zodra het bericht met de aankondiging van de aanbidding in de pers was verschenen, of naar aanleiding van aan de aanbiedingen voorafgaande marketingcampagnes, lieten weten dat zij wensten in te schrijven. Die "voorinschrijvingen" werden in het systeem ingevoerd zodra de aanbidding werd opengesteld, waardoor cliënten die zich op de dag waarop de aanbidding werd opengesteld, 's morgens naar de loketten begaven, in bepaalde gevallen geen effecten meer konden verkrijgen. De toeloop van de beleggers voor dat soort belegging was deels te wijten aan de wijze waarop de obligaties werden toegewezen: de inschrijvingen werden immers afgehandeld in de volgorde waarin zij toekwamen ("first come, first served"). In werkelijkheid wordt dit systeem van "voorinschrijvingen" echter gelijkgesteld met het in ontvangst nemen van inschrijvingen vóór de officiële openstelling van de aanbidding en dus buiten de aanbiddingsperiode, vaak zelfs op een moment waarop het prospectus nog niet beschikbaar is. Omdat inschrijvingen in ontvangst worden genomen buiten het kader van de aanbidding, is er sprake van een onregelmatige aanbidding.

Om dergelijke toestanden te vermijden, raadt de CBFA de tussenpersonen aan toewijzingsregels toe te passen die, wat de toegang tot zowel de informatie als de aanbidding betreft, een billijke behandeling van de cliënten mogelijk maken. Volgens haar maakt een toewijzingsmethode die gebaseerd is op een systeem van proportionele vermindering van de orders in geval van overschrijving, het mogelijk om aan die bekommernissen tegemoet te komen. Tot slot wijst de CBFA erop dat de aan de aanbiedingen voorafgaande marketingcampagnes door de prospectuswet enkel zijn toegestaan als de verstrekte informatie overeenstemt met de informatie

die in het prospectus moet worden verstrekt als dat op een later tijdstip wordt gepubliceerd.

Los van de gekozen toewijzingsmethode, moet het publiek trouwens worden geïnformeerd over de manier waarop de toewijzing zal gebeuren, om zo een zekere voorspelbaarheid te garanderen. Zo dient er te worden op toegezien dat het prospectus voldoende duidelijk is over de gekozen toewijzingsmethode en over de concrete toepassing ervan in de praktijk, zonder dat daarbij echter details hoeven te worden verstrekt die, gezien hun aard, pas kunnen worden bepaald in het licht van de resultaten van de aanbidding. Omwille van de transparantie raadt de CBFA ook aan om de resultaten van de aanbidding en de gekozen verdeelsleutels openbaar te maken, zodat de beleggers inzicht zouden kunnen verwerven in de toewijzingsprocedure.

De CBFA raadt de tussenpersonen overigens aan erop toe te zien dat een als "openbaar" gekwalificeerde aanbidding, zonder dat in het prospectus officieel een deel aan een specifieke beleggerscategorie wordt voorbehouden, effectief wordt opengesteld voor alle beleggers, onder dezelfde voorwaarden en zonder enig onderscheid, alsook dat de effecten op billijke wijze worden toegewezen.

Zij maakt de tussenpersonen erop attent dat de wettelijke termijn voor de terbeschikkingstelling van het prospectus, nl. drie werkdagen vóór het einde van de aanbidding, moet worden nageleefd²⁵⁹. Indien het prospectus pas beschikbaar is op de eerste dag van de aanbidding, zal deze bijgevolg effectief gedurende drie werkdagen opengehouden moeten worden en zullen de inschrijvingen gedurende de hele periode op rechtsgeldige wijze moeten kunnen worden ingediend. Dit impliceert ook dat de inschrijvingen die tijdens de volledige duur van de aanbidding worden ingediend, in aanmerkingen zullen moeten worden genomen bij de toewijzing van de effecten.

Tot slot vraagt de CBFA dat de tussenpersonen de bepalingen van het koninklijk besluit betreffende de primaire marktpraktijken²⁶⁰, inzonderheid artikel 7, strikt zouden naleven. Volgens dat artikel mogen de leden van het plaatsingssyndicaat bij volledige inschrijving of bij overschrijving op een openbare aanbidding, de financiële instrumenten waarop die openbare aanbidding betrekking heeft, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks voor eigen rekening verwerven, met uitzondering van de financiële instrumenten die zij houden in het kader van een vaste overname of een waarborg van goede afloop. De CBFA wijst erop dat dit verbod ook geldt als het de bedoeling is de beleggingsinstrumenten op korte termijn opnieuw te verkopen, ongeacht of dat vóór of na hun toelating tot de verhandeling op de secundaire markt gebeurt.

257 I.e. obligaties uitgegeven door ondernemingen uit de particuliere sector.
258 Mededeling CBFA_2010_29 van 20 december 2010 : verloop van openbare aanbiedingen van corporate obligaties.

259 Conform artikel 21, § 1, van de prospectuswet moet het prospectus ten minste drie werkdagen vóór het einde van de openbare aanbidding en, alleszins, ten laatste op de aanvangsdag ervan beschikbaar worden gesteld voor het publiek.

260 Koninklijk besluit van 17 mei 2007 betreffende de primaire marktpraktijken.

3.1.2. Toezicht in de praktijk

3.1.2.1. Openbare aanbiedingen van financiële instrumenten

Financiering van projecten via kleine stortingen door het brede publiek ("Crowdfunding")

De Commissie heeft zich over enkele dossiers gebogen waarin het Belgische publiek via websites wordt aangesproken om een – doorgaans beperkt – geldbedrag te storten voor de realisatie van welomlijnde projecten, bijvoorbeeld artistieke uitgaven. Op de betrokken websites worden de verschillende projecten voorgesteld. Er wordt echter pas een aanvang gemaakt met de uitvoering van een project zodra er een welbepaald bedrag voor is opgehaald bij het publiek. Deze praktijk staat ook bekend als "crowdfunding", omdat het grote publiek wordt aangesproken om (met eerder kleine bijdragen) een project te financieren.

Vanuit het oogpunt van de wetgeving waarop de CBFA toezicht houdt, dienen deze dossiers doorgaans te worden geanalyseerd vanuit een dubbele invalshoek, te weten de prospectuswet en artikel 4 van de bankwet. Deze laatste bepaling voorziet dat in België enkel de kredietinstellingen een beroep mogen doen op het publiek om deposito's of andere terugbetaalbare gelden op zicht, op termijn of met opzegging te ontvangen, behoudens de limitatief opgesomde uitzonderingen.

Omdat de websites het publiek uitnodigen om geld te storten voor de realisatie van projecten via het aanbod van deelbewijzen die recht geven op deelname in de eventuele winst van die projecten, zou er normalerwijze sprake zijn van een openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten in de zin van de prospectuswet. In de concrete dossiers die de Commissie heeft onderzocht, is er echter telkens voor gezorgd dat de totale tegenwaarde van de aangeboden beleggingsinstrumenten per project minder bedraagt dan 100.000 euro. Die (maximale) totale tegenwaarde per project is verankerd via zowel de contractuele voorwaarden als het totale aantal aangeboden beleggingsinstrumenten. Overeenkomstig artikel 3, § 2, e) van de prospectuswet kunnen de aanbiedingen daarom worden beschouwd als aanbiedingen die geen openbaar karakter hebben, zodat ze mogen plaatsvinden zonder een goedgekeurd prospectus.

Zoals gesteld, wordt pas een aanvang gemaakt met de uitvoering van een individueel project zodra er een toereikend bedrag voor is opgehaald. Om voor de beleggers het risico te vermijden dat zij geld storten voor een project dat misschien nooit wordt uitgevoerd, bieden de betrokken websites aan de beleggers de mogelijkheid om de terugbetaling te vragen van de gedane stortingen, althans zolang nog niet voldoende fondsen zijn ingezameld om met de uitvoering van het project te starten. Indien gewenst kunnen de beleggers er ook voor opteren de gestorte bedragen toe te wijzen aan een ander project. Doordat aldus fondsen worden ingezameld bij het publiek en daarbij wordt beloofd dat het publiek de terugbetaling van deze fondsen kan bekomen (al-

thans tijdens een eerste fase), rijst de vraag of dit geen inbreuk vormt op artikel 4 van de bankwet.

De Commissie was van oordeel dat de door haar onderzochte dossiers geen inbreuk vormden op vernoemd artikel 4 van de bankwet. De reden was dat degenen die de gelden van het publiek ontvingen er niet vrij over konden beschikken en ze niet voor eigen rekening konden gebruiken. De contractuele clausules voorzagen immers dat de ontvangen gelden slechts voor twee doeleinden konden worden aangewend: terugstorting aan de betrokken belegger (zolang niet voldoende fondsen waren opgehaald) of doorstorting van de gelden met het oog op de uitvoering van het project (zodra voldoende fondsen waren opgehaald). In de onderzochte gevallen werden de gelden bovendien van het publiek ontvangen door een speciaal daartoe opgerichte vereniging zonder winstoogmerk. Hoewel de oprichting van zo'n vereniging op zich genomen niet belet dat er sprake kan zijn van een inbreuk op artikel 4 van de bankwet, kunnen de concrete werkingsmodaliteiten ervan wel de conclusie versterken dat de ontvanger van de gelden er niet vrij over kan beschikken en ze niet voor eigen rekening mag gebruiken (zodat er geen sprake is van een inbreuk). Dit is inzonderheid het geval voor statutaire bepalingen die vastleggen dat de vereniging de ontvangen gelden slechts voor de twee vernoemde doeleinden kan aanwenden. Ook de statutaire bepalingen waaruit voortvloeit dat de vereniging geen andere activiteiten mag ontwikkelen, versterken de bescherming van het publiek omdat zij vermijden dat de gelden op onrechtstreekse wijze worden blootgesteld aan het bedrijfsrisico van de ontvanger.

In het licht van deze concrete omstandigheden heeft de Commissie dan ook geoordeeld dat de door haar onderzochte dossiers van "crowdfunding" geen inbreuk vormden op de prospectuswet of op artikel 4 van de bankwet.

Goedkeuring van een prospectus voor de openbare aanbieding van CFD's

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA een prospectus goedgekeurd voor de openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten van het type "CFD" (wat staat voor "contract for difference")²⁶¹. Dit prospectus was haar voorgelegd door het Belgische bureau van een kredietinstelling uit een andere lidstaat van de EER die optreedt als tussenpersoon voor rekening van de emittent van de CFD's. Deze emittent maakt gebruik van een online platform voor het aanbieden van CFD's aan beleggers. Op dit platform kan de belegger zelf uit aandelen, indexen, deviezen, grondstoffen, enz. een onderliggende waarde kiezen voor de CFD die hij wenst te kopen.

261 Een CFD of "Contract For Difference" is een derivaat waarmee de belegger kan deelnemen aan de koersbewegingen van een onderliggende waarde (aandelen, grondstoffen, indexen, rentevoeten, ...). De belegger bezit deze onderliggende waarde echter nooit. Na afloop van de verrichting ontvangt hij het verschil (winst of verlies) tussen de koers op het ogenblik dat het contract wordt afgesloten en op het ogenblik dat het contract ten einde loopt.

De prospectuswet is in dit geval van toepassing aangezien het wel degelijk gaat om een openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten die plaatsvindt op het Belgische grondgebied. Het elektronische platform is immers aan meer dan 100 personen gericht, naast de gekwalificeerde beleggers. De CFD's zijn beleggingsinstrumenten. Dit begrip omvat alle instrumenten waarmee een belegging van het financiële type kan worden verricht, ongeacht de onderliggende waarden. Tot slot is het Belgische publiek duidelijk de doelgroep.

Krachtens de prospectuswet moet voor elke openbare aanbieding van beleggingsinstrumenten op het Belgische grondgebied een prospectus worden gepubliceerd dat eerst is goedgekeurd door de bevoegde autoriteit.

Aangezien een CFD een contractueel instrument is, kan het niet worden beschouwd als een effect. Bijgevolg moet voor de openbare aanbieding van CFD's op het Belgische grondgebied een prospectus worden goedgekeurd op grond van de bepalingen van hoofdstuk III van de prospectuswet ("*Prospectus in het kader van verrichtingen die niet door Richtlijn 2003/71/EG worden geharmoniseerd*"). Het betrokken prospectus komt niet in aanmerking voor een Europees paspoort. De bevoegde autoriteit is steeds de CBFA.

Aangezien het bod "niet-geharmoniseerd" is, hoeft het prospectus wat de inhoud betreft niet te worden opgesteld volgens de schema's die bij de prospectusverordening zijn gevoegd maar conform artikel 44 van de prospectuswet. Dit artikel bevat de volgende bepaling: "*het prospectus [bevat] alle gegevens die, in het licht van de specifieke aard van de uitgevende instelling en van de aan het publiek aangeboden of tot de verhandeling toegelaten beleggingsinstrumenten, de noodzakelijke informatie vormen om de beleggers in staat te stellen zich met kennis van zaken een oordeel te vormen over het vermogen, de financiële positie, het resultaat en de vooruitzichten van de uitgevende instelling en de eventuele garant, en over de aan deze beleggingsinstrumenten verbonden rechten*"²⁶².

Op te merken valt dat de CFD's eveneens financiële instrumenten zijn in de zin van artikel 2, 1° van de wet van 2 augustus 2002. Wanneer een beleggingsonderneming CFD's plaatst bij het Belgische publiek, verricht zij dan ook een beleggingsdienst en moet zij de gedragsregels in acht nemen die voor deze activiteit van toepassing zijn.

Anderzijds mag het betrokken platform omwille van zijn bilaterale aard niet worden gekwalificeerd als een MTF in de zin van artikel 2, 4° van de wet van 2 augustus

2002. De emittent van de CFD's treedt in dit platform immers voor elke transactie op als tegenpartij²⁶³.

Openbare aanbieding door Argen-Co CVBA – Emittent zonder historische financiële informatie

Argen-Co, een vennootschap opgericht in maart 2010, heeft in het najaar van 2010 coöperatieve aandelen aangeboden aan klanten en kantoorhouders van de Argenta Bankverzekeringsgroep (hierna Argenta BVg) om met de opgehaalde middelen in te tekenen op een kapitaalverhoging van Argenta BVg, die vervolgens kapitaal zou verstrekken aan de bank- en verzekeringspool van de groep.

De Commissie heeft van bij de aanvang van dit coöperatief kapitaalproject gewezen op het risico dat de Argen-Co-aandelen gepercipieerd zouden kunnen worden als spaarproducten met een variabele maar een aantrekkelijke, fiscaal vrijgestelde coupon, daar waar het een aandeleninvestering in een private bankverzekeringsgroep betrof. Zij heeft er dan ook op toegezien dat de emittent in het prospectus de nodige informatie verstrekke over de specifieke risico's verbonden aan deze belegging. Conform de MiFID-regelgeving heeft de Commissie gevraagd dat Argenta Spaarbank, die instond voor het plaatsen van de instrumenten, enerzijds de kandidaat-investeerders in Argen-Co duidelijk zou wijzen op het eigenaarsrisico dat ze nemen in de bankverzekeringsgroep, en anderzijds tevens zou toetsen of deze aandelenverwerving past in hun beleggingsprofiel.

Aangezien Argen-Co pas was opgericht kon ze geen historische financiële informatie voorleggen zodat er diende te worden bepaald welke financiële informatie er in het prospectus moest worden opgenomen om de beleggers in staat te stellen zich een verantwoord oordeel te vormen over het vermogen, de financiële positie, het resultaat en de vooruitzichten van de uitgevende instelling.

Op basis van de prospectusverordening kon Argen-Co zowel als een emittent van aandelen met een aanzienlijke financiële verplichting in de zin van artikel 4bis van de verordening²⁶⁴ worden beschouwd (deze verplichting bestond uit het statutair verankerde investeringsproject in Argenta BVg), alsook als een beginnende onderneming die minder dan drie jaar bestaat in de zin van artikel 23, lid 1, en bijlage XIX van de verordening. In beide gevallen heeft de CBFA de bevoegdheid om andere informatie te vragen dan deze vereist door de prospectus-schema's, zoals financiële informatie over een andere entiteit dan de emittent en een waarderingsverslag over de activa van de emittent.

262 Artikel 46 van de prospectuswet machtigt de Koning om de minimuminhoud van het prospectus te bepalen en daarbij, in voorkomend geval, een onderscheid te maken naargelang het type verrichting, beleggingsinstrument, uitgevende instelling of markt. De Koning heeft evenwel nog geen gebruik gemaakt van deze machtiging.

263 De 6e considerans van de MiFID-richtlijn stelt het volgende: "*Er dienen definities van gereglementeerde markt en MTF te worden vastgesteld en deze definities moeten nauw bij elkaar aansluiten om duidelijk te maken dat zij dezelfde georganiseerde-handelsfuncties bestrijken. Bilaterale systemen waarin een beleggingsonderneming handelstransacties voor eigen rekening uitvoert en niet als bemiddelaar tussen koper en verkoper, zonder zelf risico te dragen, mogen er niet onder vallen*".

264 Zie CBFA Verslag DC 2007, p. 47 e.v. over financiële informatie opgenomen in prospectussen van vennootschappen met een complexe financiële geschiedenis of een aanzienlijke financiële verplichting.

Na overleg met de vennootschap heeft de CBFA gevraagd om volgende financiële informatie in het prospectus op te nemen :

- een pro-forma balans en resultatenrekening van Argen-Co van 1 juli 2009 tot 30 juni 2010, opgesteld volgens bijlage II bij de prospectusverordening, in de veronderstelling dat Argen-Co reeds de voorgenomen minderheidsparticipatie in Argenta BVg zou bezitten en recht zou hebben op een volledig dividend van Argenta BVg over dit boekjaar;
- de geauditeerde geconsolideerde jaarrekeningen van Argenta BVg over 2009 en de tussentijdse financiële staten over het eerste semester van 2010 evenals een omstandige bespreking ervan door het management²⁶⁵;
- een uitgebreid en gedetailleerd waarderingsverslag van een onafhankelijke deskundige over het voornaamste actief van Argen-Co, namelijk de voorgenomen participatie in Argenta BVg. De Commissie heeft er op toegezien dat het waarderingsverslag niet enkel een omstandige beschrijving van de gebruikte waarderingsmethodes bevatte, maar ook (waar mogelijk becijferde) informatie over de gebruikte hypothesen, en een overzicht van de waarden bekomen volgens de verschillende methodes.

3.1.2.2. Openbare overnameaanbiedingen

Artikel 74 van de overnamewet – Jaarlijkse actualisaties van de initiële aanmeldingen

In het kader van de overgangsregeling in de overnamewet²⁶⁶, konden effectenhouders die, hetzij alleen, hetzij in onderling overleg, op 1 september 2007 meer dan 30 % van de effecten met stemrecht in een Belgische genoteerde vennootschap hielden, overeenkomstig de wet vrijwillig overgaan tot een aanmelding.

Na de initiële aanmelding moeten de aandeelhouders die van de overgangsregeling gebruik hebben gemaakt, overeenkomstig artikel 74, § 8 van de overnamewet, jaarlijks en uiterlijk op 1 september, aan de CBFA een kennisgeving verrichten van elke overdracht van effecten met stemrecht van de betrokken vennootschap, alsmede van elke wijziging in de deelname door de controlerende natuurlijke persoon of rechtspersoon in een vennootschap, een andere rechtspersoon dan een vennootschap of een gelijkaardige constructie die effecten in de betrokken vennootschap houdt. Indien geen van deze situaties zich heeft voorgedaan, is geen kennisgeving aan de CBFA vereist.

In de loop van 2009 heeft de CBFA de in 2008 en 2009 ontvangen updates, die betrekking hadden op ongeveer zestig genoteerde vennootschappen, onderzocht om na

te gaan of de vrijstelling waarop de aangevers zich beriepen nog steeds geldig was dan wel er sinds de initiële aanmelding eventueel een biedplicht was ontstaan.

Uit dit nazicht bleek dat een aantal updates onvolledig of onduidelijk waren. Zo waren er onder meer updates die telkens een nieuwe stand van het aandeelhouderschap gaven op 1 september, maar geen informatie over eventuele overdrachten in de loop van het jaar.

In deze gevallen werden bijkomende vragen gesteld met de bedoeling alsnog te kunnen besluiten of de vrijstelling nog steeds geldig was. Tevens heeft de CBFA de aangevers aanbevolen om, hoewel de wet alleen verwijst naar elke overdracht van effecten met stemrecht, ook informatie te verstrekken over verwervingen tijdens het betrokken jaar. Om na te gaan of de drempel van 30 % eerst onderschreden en daarna eventueel opnieuw overschreden werd, volstaat het immers niet enkel informatie te hebben over de overdrachten. De CBFA heeft ten slotte de aangevers eraan herinnerd om de actualisatie steeds binnen de wettelijke termijn, zijnde uiterlijk op 1 september van elk jaar, aan haar over te maken.

Uit de ontvangen antwoorden is niet gebleken dat er een biedplicht was ontstaan.

Artikel 74, § 8 van de overnamewet verplicht de aangevers om de gegevens waarvan aan de CBFA kennis wordt gegeven ook mee te delen aan de betrokken vennootschap, maar legt aan deze laatste geen specifieke openbaarmakingsverplichting op. Artikel 74, § 7, derde lid van de overnamewet bepaalt evenwel dat de mededeling in het kader van artikel 74 openbaar moet worden gemaakt in het jaarverslag van de vennootschap zolang zij pertinent blijft. De betrokken vennootschap zal de geactualiseerde gegevens dus in elk geval openbaar maken via haar jaarverslag. De CBFA heeft de vennootschappen aanbevolen de geactualiseerde gegevens die aan hen worden meegedeeld, net zoals de initiële mededeling, ook via andere kanalen bekend te maken. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren via de website van de vennootschap of door middel van een advertentie²⁶⁷.

In dat verband heeft de CBFA gepreciseerd dat wanneer de vennootschap overgaat tot openbaarmaking van deze gegevens, zij erover dient te waken dat de verstrekte informatie duidelijk is voor de beleggers. Over het algemeen zal het volstaan een overzicht te geven van de deelnemingen gehouden door de initiële aangevers of toegelaten overnemers op de datum van de actualisatie, zonder daarbij details op te nemen van bijvoorbeeld elke overdracht die sinds 1 september van het vorige jaar heeft plaatsgevonden. In elk geval zou de publicatie moeten toelaten om af te leiden of de betrokken aandeelhouders, na de actualisatie, al dan niet nog van de vrijstelling genieten.

²⁶⁵ De geauditeerde geconsolideerde jaarrekeningen van Argenta BVg over 2008 en 2007 werden als bijlage bij het registratiedocument opgenomen.

²⁶⁶ Voor een bespreking van deze overgangsregeling, zie CBFA Verslag DC 2007, p. 46.

²⁶⁷ Zie dienaangaande "FAQ's - Artikel 74 van de OBA-wet - De vrijstellingsregeling voor houders van bestaande participaties", gepubliceerd op de website van de CBFA.

Verplicht openbaar overnamebod op International Brachytherapy – feitelijke controle – handelen in onderling overleg

Beschrijving van de feiten

Op 26 februari 2008 verwierf Eckert & Ziegler Strahlen- und Medizintechnik AG (hierna EZAG) naar aanleiding van een inbreng in natura 29,89 % van de stemrechtverlenende effecten van International Brachytherapy (hierna IBt). Op dezelfde dag werd er door IBt TP, een vennootschap in handen van de vier oprichters van IBt, een calloptie verleend aan EZAG op 5.000.000 winstbewijzen type A van IBt (hierna de oorspronkelijke calloptie).

Op 18 maart 2008 werd de raad van bestuur van IBt grondig gewijzigd. EZAG kreeg vijf vertegenwoordigers in de tien leden tellende raad van bestuur. Tevens werd vastgelegd dat de voorzitter van de raad, de *Chief Executive Officer* van EZAG, een doorslaggevende stem zou hebben bij staking van stemmen. Ook het *Executive Committee* van IBt werd op die datum gewijzigd, zodat voortaan twee van de drie leden EZAG vertegenwoordigden.

Op 22 december 2008 droeg EZAG de oorspronkelijke calloptie, die afliep op 31 december 2008, maar mits betaling verlengd had kunnen worden, over aan SMI Steglitz MedInvest UG (hierna SMI) en oefende SMI deze optie uit. Aldus bezaten EZAG en SMI samen meer dan 30 % van de effecten met stemrecht van IBt.

Naar aanleiding van deze transacties werden kennisgevingen gedaan met toepassing van de transparantiewet. Om na te gaan of deze transacties al dan niet een biedplicht deden ontstaan in hoofde van EZAG of in hoofde van EZAG en SMI, stelde de CBFA een onderzoek in. Artikel 5 van de overnamewet bepaalt immers dat een persoon, die ten gevolge van een eigen verwerving of van een verwerving door in onderling overleg met hem handelende personen of personen die handelen voor rekening van deze personen, meer dan 30 % van de effecten met stemrecht houdt in een Belgische genoteerde vennootschap, een overnamebod dient uit te brengen. Uit de transparantiekennisgevingen bleek dat nieuwe opties werden gesloten tussen SMI en EZAG. SMI kende met betrekking tot de verworven effecten een aankoopoptie toe aan EZAG (hierna de nieuwe calloptie) en EZAG een putoptie aan SMI.

In de loop van haar onderzoek vernam de CBFA dat SMI de oorspronkelijke calloptie had kunnen uitoefenen dankzij een op 19 december 2008 gesloten financieringsovereenkomst met Eckert Wagniskapital und Frühphasenfinanzierung GmbH (hierna EWK), een patrimoniale vennootschap van de CEO van EZAG die bovendien 37,9 % van de aandelen van EZAG bezat.

De CBFA stelde ook vast dat SMI pas werd opgericht op 9 december 2008, met een kapitaal van 1 euro, en dat de zaakvoerder van SMI tot 11 juni 2008 lid was geweest van de raad van toezicht van EZAG.

Analyse door de CBFA

De overnamewetgeving onderscheidt twee soorten onderling overleg. Luidens artikel 3, § 1, 5°, a) van de overnamewet worden als "in onderling overleg handelende personen" beschouwd: de natuurlijke personen of rechtspersonen die met de bieder, met de doelvennootschap of met andere personen samenwerken op grond van een uitdrukkelijk of stilzwijgend, mondeling of schriftelijk akkoord dat ertoe strekt de controle over de doelvennootschap te verkrijgen, het welslagen van een bod te dwarsbomen dan wel de controle over de doelvennootschap te handhaven. Luidens artikel 3, § 1, 5°, b) van diezelfde wet worden ook als "in onderling overleg handelende personen" beschouwd: de natuurlijke personen of rechtspersonen die een akkoord hebben gesloten aangaande de onderling afgestemde uitoefening van hun stemrechten, om een duurzaam gemeenschappelijk beleid ten aanzien van de betrokken vennootschap te voeren.

De CBFA is onder meer nagegaan of EZAG en SMI konden beschouwd worden als in onderling overleg handelende personen in de zin van voornoemd artikel 3, § 1, 5°, a) en meer bepaald als personen die met elkaar samenwerkten op grond van een akkoord dat ertoe strekte de controle over IBt te handhaven. Dergelijk onderling overleg veronderstelde dat EZAG reeds de controle had over IBt en tevens dat EZAG en SMI een akkoord hadden gesloten dat ertoe strekte deze controle te handhaven.

Op grond van een geheel van feitelijke elementen, waaronder het recht van EZAG om de helft van de bestuurders van IBt aan te stellen, de doorslaggevende stem in hoofde van de CEO van EZAG, de samenstelling van het *Executive Committee*, ..., kwam de CBFA tot de conclusie dat EZAG de feitelijke controle over IBt bezat, in de zin dat EZAG de bevoegdheid had om een beslissende invloed uit te oefenen op de oriëntatie van het beleid van IBt.

EZAG ontkende dat zij controle bezat over IBt. Die ontkenning was gebaseerd op het argument dat de beslissende invloed van EZAG precair was. De CBFA heeft geantwoord dat het feit dat een controle in feite precair is, niet wegneemt dat er wel degelijk sprake is van controle zolang er geen aanwijzingen zijn dat de handhaving van de controle daadwerkelijk in gevaar komt.

Op basis van een geheel van feitelijke elementen besloot de CBFA eveneens dat EZAG en SMI samenwerkten op grond van een akkoord dat ertoe strekte de feitelijke controle in hoofde van EZAG te handhaven.

De CBFA nam onder meer volgende feitelijke elementen in aanmerking:

- EZAG droeg de oorspronkelijke calloptie 9 dagen vóór de afloop ervan gratis over aan een derde, die de optie nog dezelfde dag uitoefende;
- de derde aan wie de oorspronkelijke calloptie werd overgedragen, was SMI, een vennootschap met een kapitaal van 1 euro, die kort voordien werd opgericht door een persoon die in de raad van toezicht van EZAG had gezeteld;

- de optie werd aan SMI overgedragen nadat de CEO van EZAG vruchteloos institutionele investeerders had gepolst naar hun interesse om de oorspronkelijke calloptie over te nemen;
- de middelen die SMI nodig had om de oorspronkelijke calloptie uit te oefenen, werden verstrekt door EWK, een vennootschap van de CEO van EZAG;
- de nieuwe calloptie kon op elk moment door EZAG worden uitgeoefend;
- de door SMI verworven effecten waren winstbewijzen die enkel stemrechten verschafte, en dus in essentie controle-instrumenten.

Uit dit geheel van feitelijke elementen leidde de CBFA af dat er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestonden om te besluiten dat er tussen partijen een akkoord bestond dat tot doel had de bestaande controle in feite van EZAG over IBt te verzekeren en dat partijen derhalve in onderling overleg handelden.

EZAG en SMI voerden aan dat ze met de transacties andere doelstellingen hadden nagestreefd en lichtten die doelstellingen toe. Voor de CBFA was het echter duidelijk dat de transacties, in hun geheel beschouwd, geen ander doel konden hebben gehad dan het handhaven van EZAG's controle over IBt. Zij kon onder meer niet aannemen dat een andere partij een *business case* zou hebben gehad om tot een eenvoudige verwerving van de winstbewijzen type A over te gaan en de kosten daarvan te dragen, vermits deze effecten geen vermogensrechten verschafte en dus geen kasstroom konden opleveren. Verder was het duidelijk dat de combinatie van de verwerving van de winstbewijzen door een bevriende partij en de nieuwe calloptie EZAG toeliet haar feitelijke controle over IBt te handhaven en bijgevolg een verzekering van deze preciaire controle vormde, omdat EZAG – door de uitoefening van de optie – haar preciaire controle in feite op elk ogenblik kon omzetten in een controle in rechte.

Op basis van de gedane analyse richtte de CBFA op 28 april 2009 een bevel tot EZAG en SMI om een verplicht bod uit te brengen op alle effecten met stemrecht of die toegang gaven tot stemrecht van IBt die zij nog niet bezaten. Het bod diende – op grond van artikel 53 van het overnamebesluit – uitgebracht te worden tegen 3,47 euro per aandeel, zijnde de prijs waartegen EZAG op 26 februari 2008 op de nieuwe aandelen IBt intekende. De CBFA stemde er, in afwijking van artikel 54, § 2 van het overnamebesluit, wel mee in dat de prijs van het bod, in plaats van in geld, ook kon bestaan uit aandelen van EZAG of uit andere liquide effecten toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt.

Beroep tegen de beslissing van de CBFA

Conform de geldende procedure dienden EZAG en SMI een verzoek in om herziening van de genomen beslissing. De CBFA heeft haar initiële beslissing bevestigd op 26 mei 2009. Daarna hebben EZAG en SMI bij het Hof van Beroep van Brussel beroep aangetekend tegen de beslissingen van de CBFA.

Bij het Hof van Beroep werden de vorderingen van EZAG en SMI samengevoegd met de vordering die Creafund II, een minderheidsaandeelhouder van IBt, reeds in februari 2009 had ingeleid en die er eveneens toe strekte om EZAG en SMI te horen veroordelen tot het uitbrengen van een verplicht bod.

Na afsluiting van de debatten voor het Hof van Beroep hebben EZAG en SMI, zonder de uitspraak van het Hof af te wachten, het bevel van de CBFA alsnog uitgevoerd en een verplicht bod op IBt gelanceerd, tegen 3,64 euro per aandeel, zijnde 3,47 euro, vermeerderd met de wettelijke intrest.

Vervolgens hebben zij bij het Hof van Beroep om een heropening van de debatten gevraagd, klaarblijkelijk met de bedoeling afstand van geding te doen van zodra de CBFA het overnameprospectus zou hebben goedgekeurd. Het Hof van Beroep heeft dit verzoek evenwel verworpen en zich ten gronde over de zaak uitgesproken op 19 januari 2010.

Het Hof van Beroep heeft het beroep tegen het bevel van de CBFA verworpen en bevestigd dat er sprake was van een biedplicht op grond van de redenering dat EZAG en SMI in onderling overleg handelden in de zin van artikel 3, § 1, 5°, a) van de overnamewet. Het Hof heeft dit gedaan op grond van een uitgebreide analyse van de feiten en deze feiten vervolgens getoetst aan de definitie van onderling overleg opgenomen in voornoemd artikel 3, § 1, 5°, a). Daarbij onderschreef het Hof uitdrukkelijk de benadering van de CBFA om naar het totaalbeeld te kijken en stelde het met name dat de motieven die EZAG en SMI voor elk van de transacties afzonderlijk inriepen, niet beletten dat de transacties in hun geheel genomen de impliciete maar duidelijke doelstelling hadden om de controle van EZAG over IBt te handhaven.

Het Hof heeft verder beklemtoond dat de overnamewet niet in termijnen voorziet in het geval van een overnamebod dat wordt gelanceerd na afloop van een gerechtelijke procedure en dat het aan de CBFA toekwam om te beslissen over de procedurele gevolgen die dienden te worden gegeven aan de afwijzing van het beroep tegen het bevel van de CBFA.

Het Hof heeft zich ook uitgesproken over de geldigheid van de door de CBFA verleende afwijking. Creafund II vocht de wettigheid van deze afwijking aan, op grond van de redenering dat zij over een subjectief en verworven recht beschikte om een prijs in geld te krijgen voor haar aandelen ingevolge het door haar in februari 2009 ingeleide geding. Het Hof heeft deze redenering verworpen.

Wat de bepaling van de ruilverhouding van een eventueel ruilbod betreft, heeft het Hof van Beroep gezegd dat het aan de bidders toekomt om een ruilvoet voor te stellen, die op objectieve gegevens dient te zijn gebaseerd en die moet verzekeren dat de bidders de door de CBFA vastgestelde waarde niet uithollen en dat dit alles onder controle van de CBFA dient te gebeuren.

EZAG had ook de overmaking gevraagd van enkele stukken die de CBFA had verwijderd uit het administratief

dossier dat aan het Hof werd overgemaakt, omdat zij informatie betroffen die op vertrouwelijke basis van derden was verkregen. In dit kader heeft het Hof bevestigd dat artikel 74 van de wet van 2 augustus 2002 de CBFA toelaat om vertrouwelijke informatie mee te delen in het kader van administratieve of gerechtelijke procedures tegen de handelingen of beslissingen van de CBFA, maar haar daar niet toe verplicht. Voor wat betreft de overmaking van het administratief dossier aan het Hof van Beroep, heeft het Hof gesteld dat de wet niet bepaalt waaruit dat dossier precies moet bestaan, en dat het daarom alle documenten moet omvatten die nodig zijn in het licht van de uitoefening door het Hof van zijn volle rechtsmacht. Interne voorbereidende stukken, die niet in overweging werden genomen bij het beslissingsproces en die dus niet als basis van de beslissing kunnen dienen, maken volgens het Hof geen deel uit van het dossier. Het Hof heeft voorts bevestigd dat de CBFA terecht had geoordeeld dat zij er, gelet op haar specifieke opdracht en op de beginselen van behoorlijk bestuur (het vertrouwensbeginsel), niet kan worden toe verplicht informatie openbaar te maken die zij van derden in vertrouwen heeft ontvangen.

Tegen de uitspraak van het Hof van Beroep werd geen cassatieberoep ingediend.

Het openbaar overnamebod op IBt heeft inmiddels zijn beslag gekregen.

Afwijking op de biedplicht voor verwervingen in het kader van inschrijvingen op een kapitaalverhoging met voorkeurrecht waartoe de algemene vergadering heeft beslist

Bij meerdere kapitaalverhogingen is de vraag gerezen naar de draagwijdte van de afwijking op de biedplicht voorzien door artikel 52, § 1, 5° van het overnamebesluit. Volgens deze bepaling geldt de biedplicht niet in geval van een verwerving "in het kader van een inschrijving op een kapitaalverhoging met voorkeurrecht van een vennootschap, waartoe de algemene vergadering heeft beslist". Het lijkt geen twijfel dat deze afwijking op de biedplicht enkel kan worden ingeroepen in het kader van een kapitaalverhoging waarbij het voorkeurrecht niet wordt beperkt of opgeheven en waartoe de algemene vergadering heeft beslist. Daarentegen is wel meermaals de vraag gerezen of de afwijking beperkt is tot de verwervingen die voortvloeien uit de uitoefening van voorkeurrechten verbonden aan aandelen die de verwerver reeds in zijn bezit heeft dan wel ruimer is.

Indien alle bestaande aandeelhouders hun voorkeurrecht uitoefenen, blijven hun onderlinge verhoudingen normalerwijze onveranderd zodat er geen sprake is van een verwerving die aanleiding geeft tot overschrijding van de drempel van 30 % van de effecten met stemrecht²⁶⁸. Om enige betekenis van belang te hebben, dient de afwijking op de biedplicht dan ook situaties te omvatten waarin een

of meerdere aandeelhouders hun voorkeurrecht niet uitoefenen. In dat geval rijst dan de vraag of de afwijking al dan niet beperkt is tot verwervingen die voortvloeien uit de uitoefening van de "eigen" voorkeurrechten. Gelet op de ruime formulering van artikel 52, § 1, 5° van het overnamebesluit, is de Commissie van oordeel dat de beperkende lezing niet kan worden gevolgd.

De Commissie heeft dan ook geoordeeld dat geen verplicht overnamebod diende te worden uitgebracht in enkele concrete gevallen waarin de drempeloverschrijding het gevolg was van de overname en vervolgens uitoefening van voorkeurrechten van andere aandeelhouders of van de verwerving en uitoefening van niet-uitgeoefende voorkeurrechten (scrips).

Naar aanleiding van een andere verrichting rees de vraag of een kredietinstelling die aandelen vast overneemt in het kader van een kapitaalverhoging met voorkeurrecht waartoe de algemene vergadering heeft beslist, zich kan beroepen op de vrijstelling waarvan sprake in artikel 52, § 1, 5°, van het overnamebesluit, terwijl de in het 11° van dezelfde bepaling vermelde vrijstelling specifiek handelt over de overschrijding van de 30 %-drempel in het kader van een vaste overname²⁶⁹.

Er dient te worden opgemerkt dat beide afwijkingen een verschillende *ratio legis* hebben, waarvan de ene de andere lijkt uit te sluiten. Terwijl de in artikel 52, § 1, 5°, van het overnamebesluit vermelde afwijking betrekking heeft op personen die handelen in hun hoedanigheid van bestaand of toekomstig aandeelhouder, betreft het 11° van dezelfde bepaling het optreden van personen die handelen in hun hoedanigheid van financieel tussenpersoon die een beleggingsdienst verricht. In laatstgenoemd geval mogen de aan de aandelen verbonden stemrechten niet worden uitgeoefend en dienen de door de financiële tussenpersoon verworven aandelen in beginsel binnen een termijn van twaalf maanden te worden vervreemd, omdat de verwerver van de aandelen anders een verplicht bod dient uit te brengen.

De CBFA heeft geoordeeld dat de betrokken kredietinstelling zich op de vrijstelling diende te beroepen die het nauwst bij het betrokken geval aansloot. Terwijl de vrijstelling waarvan sprake in artikel 52, § 1, 5°, van het overnamebesluit een algemeen karakter heeft (overschrijding van de 30 %-drempel ingevolge een kapitaalverhoging met voorkeurrecht waartoe de algemene vergadering heeft beslist), is de in het 11° van dezelfde bepaling vermelde vrijstelling veel specifiek, omdat zij het bijzondere geval betreft van een financieel tussenpersoon die in het kader van een vaste overname op aandelen inschrijft.

²⁶⁸ Minieme verschuivingen zijn niettemin niet volledig uit te sluiten omdat de ruihverhouding (bv. één voorkeurrecht per vijf bestaande aandelen) aanleiding kan geven tot fracties van voorkeurrechten.

²⁶⁹ Artikel 52, § 1, 11°, van het overnamebesluit bepaalt dat de biedplicht niet geldt in geval van een verwerving "in het kader van een vaste overname van effecten door een financiële tussenpersoon [...], voor zover het excedentaire gedeelte van de deelneming binnen een periode van 12 maanden wordt vervreemd en de betrokken personen de stemrechten, verbonden aan het excedentaire gedeelte van de deelneming, niet uitoefenen".

Bijgevolg kan een financieel tussenpersoon zich, volgens de CBFA, voor één en dezelfde verrichting niet willekeurig op de in artikel 52, § 1, 5°, en op de in artikel 52, § 1, 11°, van het overnamebesluit vervatte vrijstellingen beroepen. Een andere uitlegging van laatstgenoemde bepaling zou immers tot gevolg hebben dat zij zou worden uitgehold.

De eventuele kwalificatie als onderling overleg van inbrengverbintenissen bij overnamebiedingen

In het kader van vrijwillige overnamebiedingen werd de CBFA al meermaals geconfronteerd met bijzondere akkoorden door middel waarvan de bieder zich vooraf wenst te verzekeren van de steun van belangrijke bestaande aandeelhouders van de doelvennootschap voor zijn overnamebod. Die steun nam in een aantal recente overnamedossiers de vorm aan van een inbrengverbintenis, d.i. een overeenkomst waarin aandeelhouders van de doelvennootschap zich er voorafgaandelijk toe verbinden hun aandelen te zullen inbrengen in het overnamebod dat de bieder voornemens is uit te brengen. In een aantal gevallen hadden de betrokken aandeelhouders daarenboven een call-optie toegekend aan de bieder, waardoor deze hun aandelen ook kon verwerven door de loutere oefening van de optie.

Hoewel dergelijke overeenkomsten niet uitdrukkelijk verboden zijn door de overnamewetgeving, kunnen ze tal van vragen doen rijzen.

Zo kan men zich afvragen of deze akkoorden het door de overnamewetgeving georganiseerde vrije spel van bod, tegenbod en hoger bod niet uithollen, of minstens dermate bemoeilijken dat het uitbrengen van een tegenbod weinig kans op slagen heeft en daardoor onwaarschijnlijk wordt. Zulks zou in het nadeel zijn van de overige aandeelhouders, aangezien zij verstoken zouden blijven van de mogelijkheid dat het spel van bod, tegenbod en hoger bod leidt tot een hogere overnameprijs.

Men kan zich eveneens afvragen of deze akkoorden het wettelijk systeem van het verplicht bod niet uithollen. Indien de participaties van de betrokken aandeelhouders meer dan 30 % van de effecten met stemrecht bedragen en de bieder deze op meer traditionele wijze verwerft, doet dit (behoudens toepasselijke uitzondering) immers een biedplicht ontstaan. Terwijl een verplicht bod onvoorwaardelijk dient te zijn, is het vrijwillig overnamebod waaraan de inbrengverbintenissen worden gekoppeld daarentegen vaak onderworpen aan voorwaarden. De uitkomst van een voorwaardelijk overnamebod is echter onzeker. Bovendien gelden bij een vrijwillig overnamebod niet dezelfde beschermingsregels omtrent de prijs van het bod als bij een verplicht bod²⁷⁰. Bijgevolg kan men zich afvragen of het niet in het nadeel is van de overige aandeelhouders om te werken met inbrengverbintenissen binnen het kader van een vrijwillig overnamebod in plaats van met een klassieke verwerving gevolgd door een verplicht bod.

270 Artikelen 53 tot 55 van het overnamebesluit.

De CBFA wenst momenteel nog geen standpunt in te nemen over deze principiële vraagstellingen. Zij meent dat meer ervaring nodig is vooraleer ze zich hierover een oordeel kan vormen.

Naast deze principiële vraagstellingen doen de inbrengverbintenissen ook een aantal meer specifieke juridische vragen rijzen. In de context van enkele vrijwillige overnamebiedingen heeft de Commissie zich met name over de vraag gebogen of de bieder en de betrokken aandeelhouders door het aangaan van deze overeenkomst dienen te worden beschouwd als "in onderling overleg handelende personen" in de zin van artikel 3, § 1, 5°, a) of b) van de overnamewet²⁷¹.

Omdat de verbintenissen van de grootaandeelhouders doorgaans niet slaan op een onderling afgestemde uitoefening van de stemrechten, een eenmalig karakter hebben en er normalerwijze toe leiden dat de aandeelhouders na afloop van het bod uit de vennootschap zullen verdwijnen, is de vraag naar onderling overleg van type b) doorgaans niet aan de orde.

De vraag naar onderling overleg van type a) vergt daarentegen meer aandacht. Dergelijk onderling overleg strekt ertoe de controle over de doelvennootschap te verkrijgen, het welslagen van een bod te dwarsbomen dan wel de controle over de doelvennootschap te handhaven.

De inbrengverbintenissen leiden doorgaans tot een vorm van – weliswaar eerder kortstondige – samenwerking, die tot doel heeft om het welslagen van het bod van de bieder te bevorderen. Aangezien de meeste vrijwillige overnamebiedingen ertoe strekken de controle over de doelvennootschap te verkrijgen of een reeds bestaande controle te verstevigen (en in die zin te handhaven), kan het in functie van de concrete omstandigheden dan ook logisch zijn om te beschouwen dat de bieder en de betrokken aandeelhouders samenwerken op grond van een akkoord dat ertoe strekt om de controle over de doelvennootschap, naargelang het geval, te verkrijgen of te handhaven²⁷².

Indien de aandeelhouders echter vrij zijn om op een eventueel tegenbod in te gaan, ligt die conclusie niet voor de hand. Doorgaans beschouwt de Commissie de inbrengverbintenis, op zich genomen, dan ook niet als een onderling overleg indien deze komt te vervallen bij

271 Artikel 3, § 1, 5°, a) betreft "de natuurlijke personen of rechtspersonen die met de bieder, met de doelvennootschap of met andere personen samenwerken op grond van een uitdrukkelijk of stilzwijgend, mondeling of schriftelijk akkoord dat ertoe strekt de controle over de doelvennootschap te verkrijgen, het welslagen van een bod te dwarsbomen dan wel de controle over de doelvennootschap te handhaven" (hierna "overleg van type a").

Artikel 3, § 1, 5°, b) betreft "de natuurlijke personen of rechtspersonen die een akkoord hebben gesloten aangaande de onderling afgestemde uitoefening van hun stemrechten, om een duurzaam gemeenschappelijk beleid ten aanzien van de betrokken vennootschap te voeren" (hierna "overleg van type b").

272 Dat de controle enkel in hoofde van de bieder wordt verkregen of gehandhaafd, belet niet dat deze analyse kan worden gemaakt. Ook in de context van het bevel van de CBFA om een overnamebod uit te brengen op de vennootschap IBT en van het arrest van 19 januari 2010 van het Hof van Beroep van Brussel dat het beroep tegen dit bevel heeft afgewezen (zie dit verslag, p. 70), was er trouwens slechts in hoofde van één van de twee partijen bij het onderling overleg sprake van (handhaving van) controle.

een eventueel tegenbod. Ook indien de betrokken aandeelhouders op een eventueel tegenbod kunnen ingaan mits betaling van een contractueel overeengekomen bedrag dat het voor hen niet financieel nadelig maakt om op een eventueel tegenbod in te gaan, beschouwt de Commissie de inbrengverbintenis in beginsel niet als een onderling overleg. Bij haar beoordeling van dergelijke schadebedingen houdt de Commissie er rekening mee dat de prijs van een tegenbod overeenkomstig artikel 37 van het overnamebesluit ten minste 5 % hoger moet zijn dan de prijs van het bod.

De vraag of de inbrengverbintenis komt te vervallen bij een eventueel tegenbod dan wel of de betrokken aandeelhouders nog kunnen ingaan op een eventueel tegenbod zonder dat dit voor hen financieel nadeliger zou kunnen zijn dan het initiële bod te aanvaarden, is daarenboven ook van belang om uit te maken of er eventueel sprake is van een akkoord dat ertoe strekt het welslagen van een bod – en dan met name van een eventueel tegenbod – te dwarsbomen. Ook zulk akkoord wordt immers als een onderling overleg van type a) beschouwd.

Ook de eventuele call-opties kunnen een belangrijke rol spelen bij de analyse. Indien de toekenning van de call-opties ertoe leidt dat de betrokken aandeelhouder de onderliggende aandelen beschikbaar dient te houden (voor het geval de bieder de call-optie uitoefent), belet dit hem immers om op een eventueel tegenbod in te gaan. Dit versterkt dan de analyse dat de samenwerking tussen de bieder en de betrokken aandeelhouders ertoe strekt om de controle over de vennootschap te verkrijgen of te handhaven alsook om het welslagen van een eventueel tegenbod te dwarsbomen.

De Commissie is dan ook van oordeel dat inbrengverbintenissen, eventueel gecombineerd met call-opties, die inhouden dat de betrokken aandeelhouders niet mogen ingaan op een eventueel tegenbod of die het voor hen financieel nadelig zouden kunnen maken om op een eventueel tegenbod in te gaan, in functie van de concrete omstandigheden, in beginsel kunnen worden beschouwd als akkoorden als bedoeld in artikel 3, § 1, 5°, a) van de overnamewet en dus aanleiding geven tot het bestaan van een onderling overleg tussen deze aandeelhouders en de bieder.

Volledigheidshalve wijst de Commissie erop dat wat als een onderling overleg wordt beschouwd voor doeleinden van de overnamewet, automatisch ook als een onderling overleg moet worden beschouwd voor doeleinden van de transparantiewet. De onderdelen a) en b) van de definitie van "in onderling overleg handelende personen" uit artikel 3, § 1, 13° van de transparantiewet zijn immers identiek aan de definitie vervat in artikel 3, § 1, 5° van de overnamewet. De definitie uit de transparantiewet is echter ruimer dan de definitie uit de overnamewet en omvat daarnaast ook nog een derde categorie personen, te weten "de natuurlijke of rechtspersonen die een akkoord hebben gesloten aangaande het bezit, de verwerving of de overdracht van stemrechtverlenende effecten". De Commissie is van oordeel dat inbrengverbintenissen onder deze laatste definitie vallen, ongeacht of de betrok-

ken aandeelhouders nog mogen ingaan op een eventueel tegenbod of niet. Voor de toepassing van de transparantiewet beschouwt zij dus alle inbrengverbintenissen als een vorm van onderling overleg.

Tot slot is duidelijk dat de uitoefening van een call-optie op effecten met stemrecht in hoofde van de begunstigde ervan leidt tot een verwerving van die effecten. Wanneer deze verwerving leidt tot overschrijding van de drempel van 30 % van de effecten met stemrecht van de doelvennootschap, doet zij in beginsel een biedplicht ontstaan.

Uitoefening van warrants onder de opschortende voorwaarde van het welslagen van een openbaar overnamebod

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA een kennisgeving ontvangen van een vennootschap die voornemens was een openbaar overnamebod uit te brengen op alle, door de doelvennootschap uitgegeven aandelen en warrants in het kader van verschillende, aan haar personeel voorbehouden *stock option plans*. Zoals gebruikelijk in dergelijke dossiers, waren ook aan dit bod diverse voorwaarden gekoppeld, waaronder de wens van de bieder om na het bod minstens 90 % van de bestaande aandelen in bezit te hebben, en het feit dat hij zich het recht voorbehield om van die voorwaarde af te zien als daaraan niet zou zijn voldaan.

Die kennisgeving vermeldde dat de warrants, voor zover de bieder bekend, niet overdraagbaar waren, en verduidelijkte dat de in hun uitgiftevoorwaarden beschreven niet-overdraagbaarheidsbepalingen toch bleven gelden, ondanks het feit dat het bod formeel op alle bestaande warrants betrekking had. Bijgevolg konden die warrants niet in het bod worden ingebracht. De warranthouders die op het bod wensten in te gaan, werden daarom verzocht hun warrants uit te oefenen en de onderliggende aandelen in het bod in te brengen : de uitgiftevoorwaarden van de warrants bepaalden immers dat zij wel konden worden uitgeoefend in het kader van een openbaar overnamebod.

Uit het ontwerpprospectus bleek de bieder de warranthouders in werkelijkheid een specifieke formule aan te bieden die hen in staat stelde hun warrants enkel bij welslagen van het bod uit te oefenen. De warranthouders konden er ook voor opteren om niet voor die formule te kiezen en hun warrants dus op de klassieke wijze uit te oefenen om daarna de eruit voortvloeiende aandelen in het bod in te brengen.

De aan de warranthouders voorgestelde formule vertoonde de volgende kenmerken :

- door het aanvaardingsbulletin te ondertekenen, verbonden de warranthouders zich er, enerzijds, toe om hun warrants uit te oefenen onder de opschortende voorwaarde van het welslagen van het bod (wat inhield dat de door de bieder vooropgestelde drempel van 90 % diende te worden gehaald, of dat de bieder afstand deed van die voorwaarde) en, anderzijds, om de ingevolge de verwezenlijking van die voorwaarde uitgegeven aandelen in het bod in te brengen;

- of voornoemde voorwaarde effectief was vervuld, zou worden vastgesteld op het ogenblik van de publicatie van de resultaten van het bod en van de bevestiging dat de biedvoorwaarden waren verwezenlijkt (of van het feit dat de bieder afstand deed van die voorwaarden);
- als de aan de uitoefening van de warrants gekoppelde voorwaarde zou worden verwezenlijkt, zouden die warrants automatisch worden uitgeoefend;
- de warranhouders zouden de uitoefenprijs van de warrants op een geblokkeerde rekening op naam van de uitgevende vennootschap storten (of, indien zij daaraan de voorkeur gaven, zou de bieder de uitoefenprijs voorschieten), waarbij die vennootschap het nummer van die rekening en de datum waarop de uitoefenprijs op die rekening diende te worden gestort, aan de warranhouders en de bieder diende mee te delen;
- op de vastgestelde datum voor de betaling van de prijs van de in het bod ingebrachte aandelen (*settlement date*), i.e. uiterlijk tien werkdagen na de bekendmaking van de resultaten van het bod, en, na de overdracht van de door de aandeelhouders in het bod ingebrachte aandelen, zou de doelvennootschap een kapitaalverhoging doorvoeren en de aandelen uitgeven waarop de warranhouders, ingevolge de uitoefening van hun warrants, aanspraak konden maken;
- naar het voorbeeld van het bepaalde over de in het bod ingebrachte aandelen, zou de overdracht van de eigendom van de uit de uitoefening van de warrants voortvloeiende aandelen op de datum voor de betaling van de prijs (*settlement date*) plaatsvinden tegen betaling van de biedprijs voor de aandelen in het kader van het bod (of van die prijs verminderd met de uitoefenprijs van de warrants in het geval dat de bieder de uitoefenprijs aan de warranhouders zou hebben voorgeschoten).

Doelstelling van dat systeem was te voorkomen dat de warranhouders, indien het bod zou mislukken en de warrants tijdens de aanvaardingsperiode zouden worden uitgeoefend, de uit de uitoefening van die warrants voortvloeiende aandelen in hun bezit zouden moeten houden en fiscaal zouden worden benadeeld ingevolge hun vroegtijdige uittreding uit het *stock option plan*.

De CBFA was van oordeel dat de aan de warranhouders voorgestelde formule als een aanbieding tot aankoop van toekomstige aandelen kon worden beschouwd. De tijdens de aanvaardingsperiode in het bod in te brengen effecten, waren noch de warrants zelf, noch de aandelen die uit de uitoefening van die warrants voortvloeiden. In werkelijkheid brachten de warranhouders tijdens die periode geen effecten in het bod in, maar verbonden zij zich ertoe om die warrants voorwaardelijk uit te oefenen, en om de ingevolge de verwezenlijking van de voorwaarde gecreëerde aandelen na de aanvaardingsperiode van het bod in te brengen.

Deze situatie werd in burgerlijk recht als de verkoop van een toekomstige zaak gekwalificeerd, meer bepaald

de aandelen die zouden worden gecreëerd ingevolge de uitoefening van de warrants naar aanleiding van de verwezenlijking van de opschortende voorwaarde. Krachtens artikel 1130 van het Burgerlijk Wetboek kan een toekomstige zaak het voorwerp uitmaken van een overeenkomst, op voorwaarde dat het een zaak in de handel is, dat bij het afsluiten van de overeenkomst de mogelijkheid bestaat dat zij tot stand komt, dat zij bepaald of bepaalbaar is en dat zij ook effectief tot stand komt. Zo niet, is de overeenkomst nietig wegens het ontbreken van een voorwerp. Wat laatstgenoemd punt betreft, was het dan ook belangrijk dat de doelvennootschap bevestigde dat de voorwaardelijke uitoefening van de warrants tijdens de aanvaardingsperiode strookte met de uitgiftevoorwaarden van die warrants.

Hoewel voornoemde verbintenis rechtsgeldig was vanuit burgerrechtelijk oogpunt, diende ook te worden nagegaan of de overnamereglementering er zich niet tegen verzette. Die reglementering voorziet immers niet in de inbreng van een toekomstig effect. Een openbaar overnamebod heeft in beginsel betrekking op effecten (met stemrecht of die toegang geven tot stemrecht) die bestaan op het moment waarop het bod wordt uitgebracht.

Krachtens artikel 3, § 1, 1^o, van de overnamewet wordt, voor de toepassing van die wet en van haar uitvoeringsbesluiten, onder een "openbaar overnamebod" een aanbod verstaan dat gericht is tot de houders van effecten van de doelvennootschap om al of een deel van hun effecten te verwerven.

Gelet op het algemene karakter van die definitie, heeft de CBFA geoordeeld dat dit aan de warranhouders gerichte bod onder de toepassing van de overnamewet viel. Zij was overigens van oordeel dat de overnamereglementering geen bepalingen bevat op basis waarvan zou moeten worden geoordeeld dat een dergelijk bod verboden zou zijn. Het bod heeft dan ook zijn hierboven beschreven verloop gekend.

[Verzoek tot vrijstelling van naleving van de 90 % voorwaarde opgenomen in artikel 42 van het overnamebesluit](#)

Tijdens de verslagperiode had een vennootschap een vrijwillig openbaar overnamebod uitgebracht op de aandelen van een beursgenoteerde vennootschap waarvan de bieder reeds grootaandeelhouder was. De bieder wenste na afloop van het overnamebod over te gaan tot een uitkoopbod in de zin van artikel 42 van het overnamebesluit, wat vereiste dat hij na afloop van het bod 95 % van de aandelen zou bezitten en 90 % van de door het bod bestreken aandelen zou weten te bemachtigen. Concreet verhoogde deze laatste voorwaarde de drempel tot ruim boven 95 %.

Na afloop van de eerste aanvaardingsperiode bezat de bieder meer dan 95 % van de aandelen, hetgeen een verplichte heropening met zich meebracht gezien hij na het verstrijken van de aanvaardingsperiode meer dan 90 % van de aandelen bezat (artikel 35, 1^o van het overnamebesluit). De bieder was er evenwel niet in ge-

slaagd om tevens 90 % van de aandelen te bemachtigen waarop het bod sloeg, zodat hij op dat ogenblik niet kon overgaan tot een vereenvoudigd uitkoopbod in de zin van artikel 42 van het overnamebesluit.

De bieder meende dat het, gezien de beperkte *free float*, als grootaandeelhouder zeer moeilijk zou zijn om aan de 90 % voorwaarde opgenomen in artikel 42 van het overnamebesluit te voldoen en verzocht de CBFA om een vrijstelling van naleving van deze voorwaarde; zoniet zou hij enkel alle uitstaande aandelen kunnen verwerven via een zelfstandig uitkoopbod met toepassing van het koninklijk besluit van 27 april 2007 op de openbare uitkoopbiedingen. De bieder motiveerde zijn verzoek onder meer door te verwijzen naar de participatiegraad van de bestaande aandeelhouders aan de verrichting die hoog was (hoger dan de drempel van 66 % die voorheen gold met toepassing van artikel 32 van het – door het overnamebesluit afgeschafte – koninklijk besluit van 8 november 1989 op de openbare overnameaanbiedingen en de wijzigingen op de controle op vennootschappen), wat volgens hem wees op een grote steun van de aandeelhouders voor het bod. Hij argumenteerde ook dat het verslag van de onafhankelijke expert, dat werd opgesteld met toepassing van artikel 20 en volgende van het overnamebesluit, voor de nodige bescherming zou zorgen voor de minderheidsaandeelhouders.

De CBFA is niet ingegaan op het verzoek van de bieder. De betrokken voorwaarde kadert in de omzetting van artikel 15.5 van richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod. Volgens deze bepaling dient een billijke prijs gewaarborgd te worden indien gebruik gemaakt wordt van het uitstotingsrecht. Na een vrijwillig bod gevisieerd door artikel 15.2 van voormelde richtlijn wordt de bij het bod geboden tegenprestatie geacht billijk te zijn wanneer de bieder als gevolg van de aanvaarding van het bod effecten heeft verworven die tenminste 90 % vertegenwoordigen van het door het bod bestreken kapitaal waaraan stemrechten zijn verbonden.

De CBFA heeft de bieder meegedeeld dat het hem vrij stond om na afloop van het vrijwillig overnamebod een zelfstandig uitkoopbod te verrichten conform het koninklijk besluit van 27 april 2007 op de openbare uitkoopbiedingen.

Uiteindelijk bleek na afloop van de verplichte heropening dat de bieder meer dan 90 % had verworven van de aandelen waarop het bod sloeg, zodat hij alsnog kon overgaan tot een uitkoopbod in de zin van artikel 42 van het overnamebesluit.

De definitie van houdsteronderneming

Artikel 51, § 1 van het overnamebesluit voorziet in een biedplicht wanneer iemand, ten gevolge van een verwerfing van effecten, de controle verwerft over een tussengeplaatste vennootschap, houdsteronderneming genoemd, waardoor hij onrechtstreeks meer dan 30 % van de effecten met stemrecht van de doelvennootschap verwerft.

Onder houdsteronderneming verstaat men, overeenkomstig artikel 1, § 2, 6° van het overnamebesluit, de vennootschap, de andere rechtspersoon dan een vennootschap of een gelijkaardige constructie die meer dan 30 % van de effecten met stemrecht van een doelvennootschap houdt, voor zover diens deelneming in de doelvennootschap in de laatst neergelegde statutaire jaarrekening meer vertegenwoordigt dan hetzij de helft van het netto-actief hetzij de helft van de gemiddelde nettoresultaten over de laatste drie boekjaren.

Tijdens de verslagperiode onderzocht vennootschap A de mogelijkheid om een vrijwillig openbaar bod uit te brengen op de aandelen van een genoteerde vennootschap B, die op haar beurt meer dan 30 % van de effecten met stemrecht hield van genoteerde vennootschap C. A stelde de vraag of B als houdsteronderneming zou kwalificeren. Bij een positief antwoord op deze vraag zou A, als zij ingevolge haar bod de controle over B zou verwerven, een verplicht openbaar bod moeten uitbrengen op C.

Om de vraag van A te kunnen beantwoorden, moest er worden nagegaan of de deelneming in C voor B meer vertegenwoordigde dan hetzij de helft van haar netto-actief, hetzij de helft van haar gemiddelde nettoresultaten over de drie laatste boekjaren. Als aan één van deze criteria was voldaan, zou B onder de definitie van houdsteronderneming vallen.

Op grond van het netto-actief criterium zou B als houdsteronderneming worden beschouwd indien haar deelneming in C in de laatst neergelegde statutaire jaarrekening meer vertegenwoordigde dan de helft van haar netto-actief.

Het overnamebesluit stelt dat, voor de toepassing van dit criterium, in ieder geval de deelneming in de doelvennootschap dient gewaardeerd te worden tegen marktprijs op basis van de toegepaste gewogen gemiddelde verhandelingsprijzen over de laatste dertig kalenderdagen vóór de controleverwerving over de houdsteronderneming. Deze tekst, in het bijzonder het gebruik van de woorden “in ieder geval”, moet aldus begrepen worden dat minstens de deelneming in de doelvennootschap in de statutaire rekeningen geherwaardeerd dient te worden²⁷³.

Omdat de datum van controleverwerving over B niet kon worden bepaald op het ogenblik dat aan de CBFA werd gevraagd een standpunt in te nemen, werd de test gedaan op een recente datum.

²⁷³ Deze lezing laat ook toe aansluiting te vinden bij het Verslag aan de Koning bij het overnamebesluit, dat stelt: “*Inzake de beoordeling of de deelneming in [de] houdsteronderneming meer dan de helft van haar netto-actief vertegenwoordigt, wordt de waarde van de deelneming in de doelvennootschap gewaardeerd tegen marktprijs. Partijen kunnen evenwel op hun beurt, op grond van de volledige herwaardering van de activa van de houdsteronderneming, aantonen dat de deelneming in de doelvennootschap minder dan de helft van het geherwaardeerde netto-actief van de houdsteronderneming vertegenwoordigt*”. (BS, 23 mei 2007, p. 27737). Partijen kunnen aldus op grond van de volledige herwaardering van alle activa aantonen dat de participatie in de doelvennootschap niet de helft weegt van de netto-activa van de houdsteronderneming.

De waarde van de deelneming in C, berekend aan de hand van de gewogen gemiddelde beurskoers over de laatste dertig kalenderdagen voorafgaand aan deze recente datum, werd vergeleken met het boekhoudkundig netto-actief van B op 31 december 2009, met dien verstande dat in het boekhoudkundig netto-actief de waarde van de deelneming in C gecorrigeerd werd om rekening te houden met de marktprijs. De gewogen gemiddelde verhandelingsprijzen van C werden berekend aan de hand van het dagvolume enerzijds en de slotkoers anderzijds.

Op grond van deze test voldeed B, op de datum waarop de test gedaan werd, niet aan de definitie van houdsteronderneming.

Op grond van het resultaatcriterium zou B als houdsteronderneming worden beschouwd indien haar deelneming in C in haar laatst neergelegde statutaire jaarrekening meer vertegenwoordigde dan de helft van haar gemiddelde nettoresultaten over de laatste drie boekjaren. De CBFA was van mening dat in casu, voor de toepassing van deze test, het van C ontvangen dividend kon worden vergeleken met de gemiddelde nettoresultaten van B over de laatste drie boekjaren om aldus na te gaan of dit dividend van overwegend belang was voor B, rekening houdend met de overige bestanddelen van haar resultaat. Vermits het gemiddeld nettoresultaat van B over de laatste drie boekjaren negatief was, heeft de CBFA geoordeeld dat het dividend dat werd uitgekeerd door C niet van overwegend belang was geweest voor haar nettoresultaat.

Op grond van deze test voldeed B dus evenmin aan de definitie van houdsteronderneming.

Voorstellen van kredietinstellingen aan hun cliënten die financiële instrumenten hebben gekocht die naderhand, ingevolge de financiële crisis, sterk in waarde zijn gedaald

Eind 2009, begin 2010 hebben een aantal kredietinstellingen hun cliënten diverse voorstellen gedaan met weliswaar andere praktische modaliteiten maar steeds eenzelfde doel voor ogen, namelijk de financiële instrumenten die zij hun hadden verkocht omruilen of terugkopen. De beoogde financiële instrumenten waren allen instrumenten die fors in waarde waren gedaald als gevolg van de financiële crisis (het betrof onder meer schuldvorderingen van het type CDO²⁷⁴, alsook gestructureerde schuldvorderingen uitgegeven door Lehman Brothers).

De CBFA heeft nagegaan of deze voorstellen tot terugkoop of omruiling onder de overnamewet vielen. Dat bleek niet zo te zijn.

Verschillende beleggers hadden een rechtsovereenkomst ingesteld of klacht ingediend tegen de kredietinstellingen die deze financiële instrumenten gecommmercialiseerd hadden. Een aantal kredietinstellingen stelde voor om

de betrokken instrumenten terug te kopen of om te ruilen tegen andere instrumenten in het kader van een dading in de zin van de artikelen 2044 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Deze kredietinstellingen stelden hun cliënten met andere woorden voor om ze te vergoeden. Als tegenprestatie zouden de cliënten afzien van gerechtelijke vervolging. De instellingen stelden dus geen aanbod tot aankoop of omruiling voor, maar boden een dading aan tot schadeloosstelling teneinde een einde te maken aan een reeds gerezen of potentieel geschil. De verzaking van vervolging vormde een element dat bij de afweging van het voorstel in aanmerking diende te worden genomen. De CBFA was dan ook van oordeel dat het voorstel niet onder toepassing van de overnamewetgeving viel. Voorts meende de CBFA zich niet te moeten uitspreken over de financiële voorwaarden van dit dadingsvoorstel²⁷⁵.

In andere gevallen werd de cliënten voorgesteld dat zij hun beleggingsinstrumenten zouden verkopen tegen de prijs waartegen die destijds op de secundaire markt waren verhandeld, en werd hen de waarborg geboden dat zij het eventuele positieve saldo uitbetaald zouden krijgen indien de liquidatiewaarde van deze instrumenten uiteindelijk hoger zou blijken te liggen dan de betaalde overdrachtprijs. De cliënten dienden daarentegen niet te verzaken aan eventuele gerechtelijke vervolgingen. Op die manier bood de kredietinstelling haar cliënten beleggingsdiensten aan die enerzijds bestonden uit het verstrekken van beleggingsadvies, en, anderzijds, uit het uitvoeren van orders via internalisatie. Het betrof dus geenszins een openbaar overnamebod dat onderworpen was aan de overnamewet. Voorts meende de CBFA zich niet te moeten uitspreken over de financiële voorwaarden van dit voorstel²⁷⁶.

274 CDO's of *collateralized debt obligations* zijn schuldvorderingen die gewaarborgd worden door activa.

275 Zie het communiqué dat de CBFA op 7 januari 2010 op haar website heeft gepubliceerd.

276 Zie het communiqué dat de CBFA op 15 februari 2010 op haar website heeft gepubliceerd.

3.2. TOEZICHT OP DE FINANCIËLE INFORMATIE

3.2.1. Evolutie in de nationale en internationale reglementering

Nieuwe wetgeving over deugdelijk bestuur bij genoteerde vennootschappen

De wet van 6 april 2010²⁷⁷ zorgt in het bijzonder voor de omzetting van de bepalingen van Richtlijn 2006/46/EG²⁷⁸ die betrekking hebben op de verklaring inzake corporate governance en de aansprakelijkheid voor het opstellen en publiceren van de jaarrekening. Daarnaast heeft de wetgever deze wet aangegrepen om een regeling te treffen voor een aantal hangende punten met betrekking tot de remuneratie en de vertrekvergoeding voor leiders van genoteerde vennootschappen. Ingevolge deze nieuwe regeling diende het Wetboek van Vennootschappen op diverse punten te worden aangepast²⁷⁹.

Verklaring inzake deugdelijk bestuur

Conform het nieuwe artikel 96, § 2 W.Venn., moeten de vennootschappen die op een gereguleerde markt zijn genoteerd in hun jaarverslag een verklaring inzake deugdelijk bestuur opnemen waarin zij hun praktijken ter zake beschrijven. In deze verklaring moeten zij (a) informatie verstrekken over de code inzake deugdelijk bestuur die zij toepassen, (b) aangeven van welke delen van deze code zij afwijken en uitleggen wat de reden daarvoor is (*comply or explain*), (c) de belangrijkste kenmerken beschrijven van hun interne controle- en risicobeheerssystemen in verband met het proces van financiële verslaggeving, (d) hun aandeelhoudersstructuur nader toelichten en (e) de samenstelling en de werking van de bestuursorganen en hun comités verduidelijken.

De vennootschappen waarvan enkel andere effecten dan aandelen (bijvoorbeeld obligaties) zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereguleerde markt zijn slechts ten dele onderworpen aan de voormelde bepaling en hoeven enkel een beschrijving te geven van de belangrijkste kenmerken van hun interne controlesystemen (artikel 96, § 2, 3° W.Venn.). De vennootschappen waarvan de aandelen worden verhandeld op een multilaterale handelsfaciliteit zijn noch onderworpen aan dit artikel 96, § 2, 3° W.Venn., noch aan artikel 96, § 2,

4° W.Venn. waarin een beschrijving van de aandeelhoudersstructuur van de vennootschap wordt gevraagd.

Remuneratieverslag

Krachtens artikel 96, § 3 W.Venn. moeten de vennootschappen die genoteerd zijn op een gereguleerde markt in hun verklaring inzake deugdelijk bestuur een remuneratieverslag opnemen.

De wettelijke vereisten voor de inhoud van het remuneratieverslag zijn in ruime mate gebaseerd op Aanbeveling 2004/913/EG²⁸⁰ en Aanbeveling 2009/385/EG²⁸¹ van de Europese Commissie en op de Belgische Corporate Governance Code 2009.

Aldus moet het remuneratieverslag een beschrijving bevatten van de procedure die gehanteerd wordt om het remuneratiebeleid voor de leiders van de vennootschap²⁸² te ontwikkelen, alsook om de individuele remuneratie van deze personen vast te stellen. Ook het remuneratiebeleid zelf dient te worden beschreven. Daarnaast moet informatie worden opgenomen over de remuneratie die daadwerkelijk aan de bestuurders is toegekend, in sommige gevallen op collectieve wijze, in andere op individuele basis. Voorts moet worden aangegeven in welke mate ten gunste van de vennootschap voorzien is in een terugvorderingsrecht van de variabele remuneratie die zou zijn toegekend op basis van onjuiste financiële gegevens. Tot slot moet in het remuneratieverslag informatie worden opgenomen over eventuele vertrekvergoedingen die in de loop van het boekjaar zouden zijn toegekend.

Het remuneratieverslag moet worden goedgekeurd door de algemene vergadering van aandeelhouders.

Remuneratiecomité

Volgens het nieuwe artikel 526^{quater} W.Venn. dient het remuneratieverslag te worden voorbereid door een remuneratiecomité dat is opgericht als onderdeel van de raad van bestuur. Het remuneratiecomité moet zijn samengesteld uit niet-uitvoerende leden van de raad van bestuur en uit een meerderheid van onafhankelijke bestuurders. De wet bepaalt evenwel dat in kleinschaligere genoteerde vennootschappen die niet voldoen aan bepaalde omvangcriteria, de taken die zijn toegewezen aan het remuneratiecomité mogen worden uitgevoerd door de raad van bestuur als geheel.

277 Wet van 6 april 2010 tot versterking van het deugdelijk bestuur bij de genoteerde vennootschappen en de autonome overheidsbedrijven en tot wijziging van de regeling inzake het beroepsverbod in de bank- en financiële sector (BS 23 april 2010).

278 Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 86/635/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen.

279 Voor een bespreking van de bepalingen van de wet van 6 april 2010 over het beroepsverbod in de bank- en financiële sector, zie dit verslag, p. 20.

280 Aanbeveling 2004/913/EG van de Commissie van 14 december 2004 ter bevordering van de toepassing van een passende regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen.

281 Aanbeveling 2009/385/EG van de Commissie van 30 april 2009 ter aanvulling van Aanbeveling 2004/913/EG en Aanbeveling 2005/162/EG wat betreft de regeling voor de beloning van bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen.

282 In deze context wordt met de term "leiders van de vennootschap" de bestuurders bedoeld, de leden van het directiecomité, de leden van eventuele comités die in de vennootschap zijn opgericht buiten de regeling van artikel 524^{bis} W.Venn. (bijvoorbeeld de uitvoerende comités) en de personen die belast zijn met het dagelijks bestuur.

Een remuneratiecomité heeft ten minste als opdracht om, enerzijds, voorstellen te formuleren aan de raad van bestuur over het beleid voor de remuneratie van de leiders van de vennootschap alsook over hun individuele remuneratie, en anderzijds om het remuneratieverslag voor te bereiden en toe te lichten op de algemene vergadering van aandeelhouders.

Omkadering van de variabele remuneratie en van de vertrekvergoedingen

In een aantal zeer specifieke gevallen eist de wet dat de remuneratie en de vertrekvergoedingen van de leiders zou worden goedgekeurd door de algemene vergadering. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer, zoals bepaald in artikel 554 W.Venn. als aangevuld bij de wet van 6 april 2010, de vertrekvergoeding hoger is dan 12 maanden loon of, op advies van het remuneratiecomité, hoger is dan 18 maanden loon.

Daarenboven voert het nieuwe artikel 520bis W.Venn. concrete regels in voor de variabele remuneratie die wordt toegekend aan de leiders van de vennootschap²⁸³. De criteria voor het verlenen van een dergelijke vergoeding moeten uitdrukkelijk zijn opgenomen in de overeenkomst tussen de vennootschap en de betrokken uitvoerend bestuurder. Deze bepaling is erop gericht een objectieve toepassing te waarborgen van de criteria voor het toekennen van een variabele vergoeding aan de leiders van de vennootschap. De wet preciseert dat de variabele vergoeding niet mag worden uitgekeerd bij niet-naleving van de contractueel vastgelegde criteria. Mocht de variabele vergoeding toch zijn uitgekeerd hoewel niet voldaan was aan de toekenningscriteria, mag voor de berekening van de vertrekvergoeding geen rekening worden gehouden met de ten onrechte uitgekeerde bedragen.

Voor de toekenning van een variabele vergoeding aan een onafhankelijke bestuurder geldt een specifieke regeling. Een dergelijke bestuurder kan enkel een variabele vergoeding ontvangen mits dit vooraf is goedgekeurd door de algemene vergadering.

Tot slot voert de wet van 6 april 2010 met een nieuw artikel 520ter W.Venn. in zekere zin een spreiding in de tijd in voor de variabele vergoeding. Wat de toekenning van aandelenopties aan een bestuurder betreft, bepaalt de wet namelijk dat een optie pas ten minste drie jaar na de toekenning ervan mag worden uitgeoefend. Anderzijds dient ten minste een vierde van de variabele remuneratie voor een leider gebaseerd te zijn op vooraf vastgelegde en objectief meetbare prestatiecriteria over een periode van minstens twee jaar, en dient ten minste een ander vierde gebaseerd te zijn op vooraf vastgelegde en objectief meetbare prestatiecriteria over een periode van minstens drie jaar.

Inwerkingtreding

De betrokken bepalingen treden gespreid in de tijd in werking. De bepalingen over de verklaring inzake deugdelijk bestuur treden onmiddellijk in werking voor de lopende boekjaren op het ogenblik dat de wet in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt. De bepalingen over het remuneratieverslag zijn daarentegen voor het eerst van toepassing op het eerste boekjaar dat aanvangt na de bekendmaking van de wet in het Belgische Staatsblad²⁸⁴. Deze regeling geldt eveneens voor de bepalingen over de organisatie en de samenstelling van het remuneratiecomité. De bepalingen over de vereiste goedkeuring door de algemene vergadering van de vertrekvergoedingen die hoger liggen dan 12 of 18 maanden loon, en over de variabele vergoeding voor onafhankelijke bestuurders zijn tien dagen na de bekendmaking van de wet van 6 april 2010 in het Belgisch Staatsblad in werking getreden. Tot slot zijn de artikelen over het vermelden van de criteria voor de toekenning van een vergoeding en de verplichting tot spreiding van de variabele vergoeding in de tijd van toepassing op de boekjaren die aanvangen na 31 december 2010.

Nieuwe wetgeving over de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van beursgenoteerde vennootschappen

Met het oog op de omzetting van richtlijn 2007/36/EG betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen²⁸⁵ in Belgisch recht, heeft de wetgever het initiatief genomen om diverse wijzigingen aan te brengen in de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen over de werking van de algemene vergadering en de uitoefening van de aan de genoteerde aandelen van naamloze vennootschappen verbonden rechten²⁸⁶.

Voornoemde richtlijn kwam tot stand in het kielzog van het actieplan van de Europese Commissie voor de modernisering van het vennootschapsrecht en de verbetering van de corporate governance²⁸⁷. Zij wil de aandeelhouders van vennootschappen waarvan de aandelen tot de verhandeling op een gereguleerde markt zijn toegelaten, ertoe aanzetten hun stemrecht uit te oefenen, en die uitoefening van hun stemrecht vergemakkelijken, ongeacht hun verblijfplaats: een aandeelhouder die geen ingezetene is van de lidstaat waaronder de vennootschap ressorteert, moet zijn stemrecht even

284 De wet werd gepubliceerd op 23 april 2010. Voor de vennootschappen waarvan het boekjaar aanvangt na 1 januari, zijn deze bepalingen dan ook van toepassing met ingang van 1 januari 2011.

285 Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (PB L 184 van 14 juli 2007, p. 17).

286 Wetsontwerp betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van genoteerde vennootschappen, Parl. St. Kamer, nr. 53-421, op 25 november 2010 aangenomen door de Kamer en niet geëvoceerd door de Senaat. Nog niet gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op de afsluitingsdatum van dit verslag.

287 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, "Modernisering van het vennootschapsrecht en verbetering van de corporate governance in de Europese Unie - Een actieplan", COM (2003) 284 van 21 mei 2003.

283 Met uitzondering van de niet-uitvoerend bestuurders.

gemakkelijk kunnen uitoefenen als een ingezetene van die lidstaat. Naast een onderdeel van de prijs die bij de verkrijging van de aandelen wordt betaald, vormt het stemrecht voor de aandeelhouder ook het middel bij uitstek om inspraak uit te oefenen op de werking van de vennootschap en aldus bij te dragen tot een goede corporate governance²⁸⁸.

De richtlijn voert een aantal regels in voor, enerzijds, de oproeping tot de algemene vergadering, gaande van de oproepingswijze en -termijnen en de informatie die aan de aandeelhouders ter beschikking moet worden gesteld, tot hun recht om nieuwe punten te agenderen en voorstellen tot besluit in te dienen, en, anderzijds, de deelname aan de algemene vergadering, met name wat de te vervullen formaliteiten betreft om een algemene vergadering bij te wonen alsook om er op afstand aan deel te nemen. Daarnaast voert zij nadere regels in voor het houden van een algemene vergadering en de uitoefening van het stemrecht, meer bepaald voor het stemmen bij volmacht en per brief. Al deze regels zijn erop gericht voornoemde doelstelling te verwezenlijken.

Hierna volgt een korte voorstelling van enkele nieuwigheden die in het Wetboek van Vennootschappen zijn ingevoerd.

Wijzen en -termijnen van oproeping tot de algemene vergadering van aandeelhouders

Vroeger bedroeg de oproepingstermijn voor een algemene vergadering van een genoteerde naamloze vennootschap minimaal vierentwintig dagen. Die termijn is opgetrokken tot minimaal dertig kalenderdagen²⁸⁹. Aan de basis van die termijnverlenging liggen diverse juridische en praktische vereisten die uit de richtlijn voortvloeien (met name inzake de vaststelling van de registratiedatum, de vaststelling van de termijn waarbinnen de aandeelhouders kunnen vorderen dat te behandelen onderwerpen of voorstellen tot besluit worden geagendeerd, en de vaststelling van de termijn waarbinnen de aldus herziene agenda moet worden bekendgemaakt conform de richtlijn). Bovendien strekt die termijnverlenging ertoe een concrete invulling te geven aan dit nieuwe recht om te vorderen dat bijkomende onderwerpen en voorstellen tot besluit op de agenda worden geplaatst.

Wat de oproepingswijze betreft, dienen de naamloze vennootschappen waarvan de aandelen zijn genoteerd, er – naast de publicatie van de oproeping in het Belgisch Staatsblad en, in voorkomend geval, een nationaal verspreid blad²⁹⁰ – op toe te zien dat zij hun oproeping publiceren in media waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij voor een doeltreffende verspreiding van de informatie bij het publiek in de hele EER kunnen zorgen, en die snel en op niet-discriminerende wijze toe-

gankelijk zijn²⁹¹. Een identieke verplichting geldt nu al voor de genoteerde emittenten die onder de toepassing vallen van het koninklijk besluit van 14 november 2007.

Inhoud van de oproeping tot de algemene vergadering en informatie die ter beschikking wordt gesteld van de aandeelhouders

Voortaan is gedefinieerd welke gegevens de oproeping tot een algemene vergadering van een naamloze vennootschap waarvan de aandelen zijn genoteerd, minstens moet bevatten²⁹².

Naast de agenda dient de oproeping met name een heldere en nauwkeurige beschrijving te bevatten van de formaliteiten die de aandeelhouders moeten vervullen om toegelaten te worden tot de algemene vergadering en daar hun stemrecht uit te oefenen, alsook informatie over :

- de rechten van de aandeelhouders om te behandelen onderwerpen op de agenda te laten plaatsen en voorstellen tot besluit in te dienen met betrekking tot op de agenda opgenomen of daarin op te nemen te behandelen onderwerpen;
- de procedure voor het stemmen bij volmacht;
- in voorkomend geval, de procedures voor de deelname op afstand aan de algemene vergadering en voor het stemmen op afstand per brief of langs elektronische weg.

Naast de voor hen geldende verplichting om de oproeping te publiceren onder de eerder beschreven voorwaarden, moeten de naamloze vennootschappen ook alle aan de algemene vergadering voor te leggen documenten ter beschikking stellen van hun aandeelhouders op de website die zij moeten ontwikkelen²⁹³. Voor de genoteerde naamloze vennootschappen is die verplichting om over een website te beschikken, niet nieuw: krachtens de financieelrechtelijke wetgeving gold die verplichting voor hen, als emittenten van genoteerde effecten, immers al.

Deze verplichting neemt niet weg dat de aandeelhouder het recht heeft om op de maatschappelijke zetel van de vennootschap een kopie op papier te vragen van deze stukken. Om redenen van administratieve vereenvoudiging zullen de vennootschappen dat afschrift op papier echter niet langer automatisch dienen te versturen naar eenieder die heeft voldaan aan de formaliteiten om tot de algemene vergadering te worden toegelaten²⁹⁴.

De informatie moet op de website ter beschikking worden gesteld zodra de oproeping tot de algemene vergadering is gepubliceerd, en moet ononderbroken beschikbaar zijn tot op de dag van de algemene vergadering.

288 Considerans nr. 3 van de richtlijn.

289 Artikel 533, § 2 W.Venn.

290 Voor de algemene vergaderingen waarvan de agenda zich niet beperkt tot de behandeling van de jaarrekening, het jaarverslag en het verslag van de commissarissen, tot de stemming over de aan de bestuurders en de commissarissen te verlenen kwijting, evenals tot de stemming over de in artikel 554, derde en vierde lid, W.Venn. vermelde punten.

291 Artikel 533, § 2 W.Venn.

292 Artikel 533bis, § 1 W.Venn.

293 Artikel 533bis, § 2 W.Venn.

294 Artikel 535, tweede lid W.Venn.

Recht om te behandelen onderwerpen en voorstellen tot besluit op de agenda te plaatsen

Een belangrijke vernieuwing is het recht voor de aandeelhouders van naamloze vennootschappen waarvan de aandelen zijn genoteerd, om te vorderen dat te behandelen onderwerpen op de agenda van de algemene vergadering worden geplaatst, en om voorstellen tot besluit in te dienen met betrekking tot op de agenda opgenomen of daarin op te nemen te behandelen onderwerpen²⁹⁵.

Voorheen was het recht om te behandelen onderwerpen op de agenda van een algemene vergadering te plaatsen voorbehouden aan de aandeelhouders die het recht hadden om een algemene vergadering bijeen te roepen, i.e. wanneer zij 20% van het kapitaal bezaten²⁹⁶.

Voortaan geldt dat recht voor alle aandeelhouders, ongeacht of zij het recht hebben om een algemene vergadering bijeen te roepen²⁹⁷. Verder geldt dit recht ongeacht de aard van de algemene vergadering (gewone, bijzondere of buitengewone vergadering) zodra de betrokken aandeelhouder(s) minstens 3 % van het kapitaal bezit(ten).

Indien de aandeelhouders ervoor zouden opteren hun aandelen vóór de registratiedatum over te dragen, zodat zij geen 3 % van het kapitaal meer bezitten, zullen de punten en voorstellen tot besluit die zij hebben laten agenderen, niet aan bod komen tijdens de algemene vergadering.

De vennootschap moet, op dezelfde wijze als de oorspronkelijke agenda, een agenda bekendmaken die is aangevuld met de bijkomende, te behandelen onderwerpen en de voorstellen tot besluit die zouden zijn geformuleerd. Deze aangevulde agenda moet ook ter beschikking worden gesteld op de website van de vennootschap.

Formaliteiten die vervuld moeten worden om toegelaten te worden tot de algemene vergadering

Het recht van een aandeelhouder om toegelaten te worden tot de algemene vergaderingen van een naamloze vennootschap waarvan de aandelen zijn genoteerd, wordt slechts verleend als de aandelen die de aandeelhouder in zijn bezit heeft, op een datum vóór de algemene vergadering, de "registratiedatum" genoemd, zijn geregistreerd²⁹⁸.

Deze procedure rond de registratiedatum is voor de Belgische genoteerde naamloze vennootschappen niet onbekend, aangezien de statuten van genoteerde vennootschappen sinds de "Corporate Governance"-wet van 2 augustus 2002 in een dergelijke registratieprocedure mogen voorzien. De richtlijn stelt deze voorheen facultatieve procedure nu verplicht voor alle naamloze vennootschappen waarvan de aandelen zijn genoteerd. Deze procedure verschilt echter enigszins van de registratie-

procedures die zijn ingevoerd door de genoteerde vennootschappen die gebruik gemaakt hebben van de door voornoemde wet van 2 augustus 2002 geboden mogelijkheid.

Er moeten dus twee momenten worden onderscheiden in de procedure voor toelating tot de algemene vergadering: de registratiedatum, i.e. de datum waarop het recht van een aandeelhouder om deel te nemen aan de algemene vergadering en er gebruik te maken van zijn stemrecht, wordt vastgelegd in functie van de aandelen die hij op die datum bezit, en de uiterste datum waarop de aandeelhouder zijn voornemen om aan de algemene vergadering deel te nemen, kenbaar moet hebben gemaakt.

Volgens deze nieuwe regeling kunnen de aandeelhouders aan de algemene vergadering deelnemen op voorwaarde dat hun aandelen op de registratiedatum op hun naam zijn ingeschreven in het register van de aandelen op naam of op de rekeningen van een erkende rekeninghouder of een vereffeningsinstelling. Het bezit van de aandelen wordt, naargelang de vorm van de betrokken effecten, vastgesteld door de vennootschap of door een financiële tussenpersoon en vereist in principe geen enkele tussenkomst van de aandeelhouder. De betrokken vaststelling is een boekhoudkundige registratie van de aandelenpositie van de aandeelhouder op de in het Wetboek van Vennootschappen bepaalde datum en uur. Het is deze aandelenpositie die zijn hoedanigheid van aandeelhouder zal bevestigen en het aantal aandelen zal bepalen die hem stemrecht verlenen tijdens de algemene vergadering. Van de aandeelhouder wordt enkel verlangd dat hij zijn voornemen om deel te nemen aan de algemene vergadering, uiterlijk zes dagen vóór zij plaatsvindt, kenbaar maakt.

De registratiedatum is vastgesteld op de veertiende dag vóór de algemene vergadering, om 24 uur (Belgisch uur).

De aldus geregistreerde aandelen zijn niet onbeschikbaar. Zij kunnen vrij worden verhandeld zodra is vastgesteld dat zij op de registratiedatum geregistreerd zijn.

Deelname op afstand aan de algemene vergadering

Een andere belangrijke nieuwigheid is de mogelijkheid voor de vennootschappen om de deelname op afstand aan hun algemene aandeelhoudersvergaderingen via een statutaire procedure te organiseren via een elektronisch communicatiemiddel dat zij ter beschikking stellen van hun aandeelhouders²⁹⁹.

Die wijze van deelname vervangt geenszins de verplichting om een fysieke aandeelhoudersvergadering te organiseren op een in de statuten aangeduide plaats. Het houden van een fysieke vergadering blijft verplicht, hoewel de vennootschap, voor haar aandeelhouders, ook kan voorzien in een vorm van deelname op afstand.

295 Artikel 533ter W.Venn.

296 Artikel 532 W.Venn.

297 Artikel 533ter W.Venn.

298 Artikel 536, § 2 W.Venn.

299 Artikel 538bis W.Venn.

In het algemeen is het de bedoeling van de wet om de vennootschappen over een grote statutaire vrijheid te laten beschikken bij de invulling van die wijze van deelname aan de algemene vergadering, zodat zij de oplossingen kunnen kiezen die het best bij hun situatie aansluiten, en rekening kunnen houden met de desbetreffende technologische evoluties. Hoewel de vennootschap vrij kan kiezen welke technologieën zij wenst te gebruiken, moet zij, via het elektronische communicatiemiddel, toch de hoedanigheid en de identiteit van de aandeelhouder kunnen controleren.

Met het oog op de naleving van de voorschriften inzake quorum en meerderheid, wordt de deelname op afstand aan een algemene vergadering gelijkgesteld met de fysieke deelname aan de vergadering. Daarom dient de vennootschap uit de beschikbare technologieën die elektronische communicatiemiddelen te kiezen die haar aandeelhouders minimaal in staat stellen om zowel rechtstreeks, gelijktijdig en ononderbroken kennis te nemen van de besprekingen tijdens de vergadering, als hun stemrecht uit te oefenen met betrekking tot alle punten waarover de vergadering zich dient uit te spreken.

Er moet worden gewaarborgd dat de aandeelhouder deze twee rechten steeds kan uitoefenen. Het is echter niet vereist dat die elektronische communicatiemiddelen de aandeelhouder ook in staat stellen om aan de beboardslagen deel te nemen en zijn recht om vragen te stellen, uit te oefenen.

De statuten kunnen ook in de mogelijkheid voorzien om, langs elektronische weg, op afstand te stemmen vóór de algemene vergadering³⁰⁰.

Stemming bij volmacht

Wat de duur van het mandaat betreft, kan volmacht worden verleend voor één of meer gegeven algemene vergaderingen of voor alle algemene vergaderingen die tijdens een bepaalde periode plaatsvinden³⁰¹. Deze bepaling bevestigt het gemeenrecht, onverminderd de specifieke regels die gelden bij openbare verzoeken tot verlening van volmachten.

Voorts mogen aandeelhouders van een vennootschap waarvan de aandelen zijn genoteerd, voor elke algemene vergadering slechts één volmachthouder aanwijzen, hoewel die, conform de burgerrechtelijke regels inzake de vervanging van mandaten, door een derde mag worden vervangen³⁰². Deze maatregel moet een ordelijk verloop van de vergadering mogelijk maken.

Op die regel worden twee uitzonderingen erkend. Vooreerst wanneer een aandeelhouder aandelen in een vennootschap op verschillende effectenrekeningen heeft, kan hij – per effectenrekening – een afzonderlijke volmachthouder aanwijzen voor de aandelen die op elk van die effectenrekeningen zijn ondergebracht. Dit geldt

ook als de aandeelhouder aandelen in verschillende vormen bezit. Vervolgens is het zo dat, wanneer de als aandeelhouder gekwalificeerde persoon – met toepassing van de regels die de hoedanigheid van aandeelhouder bepalen – in werkelijkheid een *nominee* is, m.a.w. wanneer hij beroepshalve optreedt voor rekening van andere natuurlijke of rechtspersonen, hij volmacht kan geven aan elk van die andere natuurlijke of rechtspersonen of aan een door hen aangeduide derde.

Ook worden maatregelen vooropgesteld voor het geval zich een potentieel belangenconflict aandient tussen de aandeelhouder van een vennootschap waarvan de aandelen genoteerd zijn, en de door hem aangewezen volmachthouder³⁰³. In dat geval moeten twee regels worden nageleefd. Enerzijds moet de volmachthouder de precieze feiten bekendmaken die voor de aandeelhouder van belang zijn om te beoordelen of er gevaar bestaat dat de volmachthouder enig ander belang nastreeft dan het belang van de aandeelhouder. Anderzijds mag de volmachthouder slechts op rechtsgeldige wijze namens de aandeelhouder stemmen als hij voor ieder onderwerp op de agenda over specifieke steminstructies beschikt. In zo'n situatie mag dus geen algemeen verwoorde volmacht gegeven worden, i.e. zonder precieze steminstructies. Verder worden voorbeelden gegeven van situaties waarin een belangenconflict kan ontstaan tussen een aandeelhouder en de door hem aangewezen volmachthouder.

Officieel mechanisme voor de opslag van gereglementeerde informatie : aanwijzing van de CBFA

Overeenkomstig richtlijn 2004/109/EG³⁰⁴ voert het koninklijk besluit van 23 februari 2010³⁰⁵ in België een "officieel aangewezen mechanisme" (of "OAM", wat voor "officially appointed mechanism" staat) in voor de centrale opslag van de door de genoteerde vennootschappen gepubliceerde gereglementeerde informatie.

Te noteren valt dat voornoemde richtlijn een onderscheid maakt tussen de openbaarmaking van informatie en de opslag ervan. De openbaarmaking gebeurt, op initiatief van de genoteerde vennootschappen, via de media en heeft tot doel de informatie snel toegankelijk te maken voor het publiek. De opslag van de informatie zorgt er op zijn beurt voor dat de bekendgemaakte informatie toegankelijk blijft voor het publiek. Het koninklijk besluit van 23 februari 2010 belast de CBFA met de opdracht om de betrokken informatie op te slaan. De CBFA ontvangt de door de emittenten gepubliceerde gereglementeerde

300 Artikel 550 W.Venn.

301 Artikel 54, derde lid W.Venn.

302 Artikel 547bis, § 1 W.Venn.

303 Artikel 547bis, § 4 W.Venn.

304 Artikel 21.2 van Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG.

305 Koninklijk besluit van 23 februari 2010 tot wijziging, wat de regels voor de opslag van gereglementeerde informatie betreft, van het koninklijk besluit van 14 november 2007 betreffende de verplichtingen van emittenten van financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de verhandeling op een gereglementeerde markt en van het koninklijk besluit van 21 augustus 2008 houdende nadere regels voor bepaalde multilaterale handelsfaciliteiten (BS van 13 april 2010).

informatie immers sowieso al systematisch voor intern gebruik in het kader van haar opdracht als toezichhouder op die informatie (procedure voor de "filing" of indiening van informatie via het eCorporate-platform). Door de CBFA als OAM aan te wijzen, wordt voorkomen dat de emittenten de gereguleerde informatie tweemaal zouden moeten overleggen (eenmaal voor de "filing" en eenmaal voor de archivering ervan).

Om de uitvoering van die opslagopdracht vlot te laten verlopen, heeft de CBFA een gratis toegankelijk archiveringssysteem opgezet. Die archivering gebeurt op een speciaal daarvoor bestemde website met de naam STORI ("Storage Of Regulated Information"), die voor het publiek toegankelijk is en door de CBFA wordt beheerd³⁰⁶.

Wat de archivering van de door de emittenten gepubliceerde gereguleerde informatie betreft, beschikte de CBFA totnogtoe niet over een specifiek voor raadpleging door het publiek bestemd systeem. De emittenten dienden de gereguleerde informatie immers op hun eigen website op te slaan (die aan bepaalde wettelijke vereisten diende te voldoen, met name om het gebruik ervan te vergemakkelijken en om de integriteit van de online geplaatste informatie te garanderen)³⁰⁷, waarna de CBFA op haar website dan een lijst met hyperlinks plaatste naar de websites van de betrokken emittenten. Die lijst blijft behouden.

Het OAM betreft in de eerste plaats de emittenten waarvan de financiële instrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt zijn toegelaten. Toch worden door het koninklijk besluit van 23 februari 2010 ook de vennootschappen waarvan de financiële instrumenten tot de verhandeling op Alternext zijn toegelaten, in het toepassingsgebied van het OAM opgenomen, hoewel geen enkele Europese richtlijn in dat geval de aanwijzing van een OAM oplegt. Die regeling garandeert een coherent en uniform beheer van de door de emittenten aan de CBFA overgelegde informatie, ongeacht de – al dan niet gereguleerde – markt waarop hun financiële instrumenten tot de verhandeling zijn toegelaten.

Het koninklijk besluit van 23 februari 2010 is op 1 januari 2011 in werking getreden.

Koninklijk besluit van 26 april 2009 over de inkoop van eigen aandelen en circulaire van de CBFA

Artikel 620, § 2, derde lid, en § 3 W.Venn.³⁰⁸ verleent aan de Koning de bevoegdheid, enerzijds, om nadere regels vast te leggen voor het waarborgen van de gelijke behandeling van de aandeelhouders en certificaathouders, door middel van de gelijkwaardigheid van de geboden prijs, in het kader van verrichtingen tot inkoop van eigen effecten die worden uitgevoerd door genoteerde vennootschappen op een gereguleerde markt of door

vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op een MTF. Anderzijds machtigt die bepaling de Koning ertoe te bepalen welke de verplichtingen zijn die voor die vennootschappen gelden met betrekking tot de aan het publiek te verstrekken informatie over hun inkoopverrichtingen.

Die nadere regels en informatie maken het voorwerp uit van het koninklijk besluit van 26 april 2009, dat Titel III van Boek V van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het wetboek van vennootschappen wijzigt³⁰⁹.

Voor de vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op een MTF is het koninklijk besluit enkel van toepassing indien de betrokken MTF met minstens één dagelijkse verhandeling en met een centraal orderboek werkt. Die voorwaarden werden opgelegd omdat er een maximale referentieprijis moet kunnen worden vastgesteld waarboven de inkoopverrichting niet kan worden uitgevoerd.

Om de gelijke behandeling van de aandeelhouders en certificaathouders te waarborgen, legt het koninklijk besluit van 26 april 2009 het criterium vast op grond waarvan kan worden uitgemaakt of de voorwaarde van gelijkwaardigheid van de geboden prijs, die opgenomen is in artikel 620, § 1, eerste lid, 5° W.Venn., vervuld is. Dit is het geval indien de inkoopverrichting wordt uitgevoerd in het centraal orderboek van een gereguleerde markt of een MTF. Indien de inkoopverrichting niet wordt uitgevoerd in het centraal orderboek van een gereguleerde markt of een MTF, wordt de gelijke behandeling als gewaarborgd beschouwd indien de prijs die voor de inkoopverrichting wordt geboden, gelijk is aan of lager is dan de prijs waartegen de andere aandeelhouders en certificaathouders op hetzelfde moment hun aandelen of certificaten kunnen verkopen in het centraal orderboek van een gereguleerde markt of in het centraal orderboek van de in termen van liquiditeit meest relevante MTF. De referentieprijis is de hoogste gelijktijdige onafhankelijke aanbieding, namelijk de beste biedprijs die in een orderboek is opgenomen op het ogenblik waarop de verrichting tot inkoop van eigen aandelen wordt uitgevoerd, met uitsluiting van de prijzen die door de emitterende vennootschap worden geboden.

Door de liquiditeit van het effect kunnen de andere aandeelhouders of certificaathouders die hun aandelen of certificaten op hetzelfde moment wensen te verkopen, aldus overgaan tot de verkoop van hun aandelen, en dit tegen dezelfde voorwaarden als de verrichting tot inkoop van eigen aandelen of tegen gunstigere voorwaarden.

Het voornoemd koninklijk besluit legt ook nadere regels vast betreffende de procedure voor de kennisgeving aan de CBFA van de inkoopverrichtingen die de bovengenoemde vennootschappen overwegen uit te voeren.

Om een zo groot mogelijke transparantie te waarborgen voor de uitgevoerde inkoopverrichtingen, bepaalt het koninklijk besluit dat elke transactie die volgens artikel

306 <http://stori.cbfa.be>

307 Artikel 41 van het koninklijk besluit van 14 november 2007.

308 Dit artikel werd gewijzigd bij het koninklijk besluit van 8 oktober 2008, om richtlijn 2006/68/EG van 6 september 2006, die de 2de richtlijn vennootschapsrecht wijzigt, om te zetten in Belgisch recht. Over die omzetting, zie CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 51.

309 Belgisch Staatsblad van 22 mei 2009.

620, § 1 W.Venn. wordt uitgevoerd, ter kennis gebracht moet worden van het publiek. Het koninklijk besluit bepaalt ook welke informatie openbaar moet worden gemaakt en bevat de regels inzake de wijze van openbaarmaking en opslag van die informatie. Diezelfde informatie moet ook worden overgemaakt aan de CBFA.

De CBFA heeft de genoteerde vennootschappen op de hoogte gebracht van deze regeling en van de praktische gevolgen ervan via een circulaire³¹⁰. Deze circulaire licht onder meer toe hoe de regels voor de gelijkwaardigheid van de prijs moeten worden toegepast wanneer de inkoop buiten de beurs plaatsvindt, beschrijft de verplichtingen en regels voor de openbaarmaking en geeft praktische instructies voor de overmaking aan de CBFA van de informatie die over die verrichtingen tot inkoop van eigen aandelen moet worden verstrekt. Bovendien wordt er in de circulaire op gewezen dat de genoteerde vennootschappen voor hun verrichtingen tot inkoop van eigen aandelen onderworpen zijn aan de administratieve en strafrechtelijke verbodsbepalingen aangaande misbruik van voorkennis en marktmanipulatie en dat vennootschappen die eigen aandelen verwerven of overdragen eveneens onderworpen zijn aan de bepalingen van de transparantiewet en dat zij dus een kennisgeving dienen te verrichten wanneer zij een wettelijke of statutaire drempel hebben overschreden.

3.2.2. Toezicht op de praktijk

Impact van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen op de verplichtingen van de emittenten inzake voorkennis

Op 1 april 2009 trad de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen in werking. De toepassing van deze wet op de emittenten van genoteerde financiële instrumenten doet vragen rijzen met betrekking tot de naleving van de verplichtingen van deze emittenten op het vlak van voorkennis³¹¹. In concreto kunnen de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie en de daaropvolgende fasen in de loop van deze procedure, aanleiding geven tot het ontstaan van voorkennis.

Een emittent van genoteerde financiële instrumenten moet voorkennis die rechtstreeks op hem betrekking heeft onmiddellijk openbaar maken³¹². Deze informatie moet ook financiële gegevens omvatten, indien de emittent daarover beschikt. Deze emittent kan evenwel op eigen verantwoordelijkheid de hiervoor bedoelde openbaarmaking van voorkennis uitstellen, wanneer hij oor-

deelt dat die openbaarmaking zijn rechtmatige belangen zou schaden, op voorwaarde dat dit uitstel de markt niet dreigt te misleiden en de emittent de vertrouwelijkheid van de betrokken informatie kan waarborgen³¹³.

In de procedure van gerechtelijke reorganisatie kan de vertrouwelijkheid van de informatie moeilijk gegarandeerd worden, in het bijzonder op het moment van de opening van de procedure waarbij een groot aantal personen betrokken kunnen worden. In de mate dat de opening van de procedure voorkennis uitmaakt, moet deze onmiddellijk openbaar worden gemaakt. In afwachting van de publicatie van een persbericht kan de notering desgevallend worden geschorst.

De verplichting om ook financiële gegevens te verstrekken vindt onverkort toepassing op de bekendmaking van voorkennis in de context van een procedure van gerechtelijke reorganisatie. Het is overigens inherent aan deze procedure dat de emittent over financiële gegevens beschikt. Derhalve zal bijvoorbeeld een persbericht over de indiening van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie³¹⁴ of de goedkeuring van een reorganisatieplan³¹⁵ zich niet mogen beperken tot de boodschap dat een verzoekschrift werd ingediend of dat het plan werd goedgekeurd, maar zal het ook inhoudelijke, inzonderheid financiële, gegevens moeten bevatten. De CBFA heeft haar circulaire over de verplichtingen van genoteerde emittenten aangepast om hier in het bijzonder de aandacht op te vestigen³¹⁶.

Verder beveelt de CBFA de emittenten aan om in elke communicatie in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie een expliciete verwijzing op te nemen naar artikel 20 van de wet van 31 januari 2009. Dit artikel heeft betrekking op het dossier van gerechtelijke reorganisatie dat wordt gehouden op de griffie van de rechtbank van koophandel. Door deze verwijzing naar artikel 20 van de wet wordt de aandacht gevestigd op de mogelijkheid die openstaat voor de schuldeisers en eenieder die aan de gedelegeerd rechter een rechtmatig belang kan aantonen om inzage in en een kopie van dit dossier van gerechtelijke reorganisatie te vragen. Dit dossier kan aanvullende informatie bevatten ten opzichte van de voorkennis die publiek dient te worden gemaakt door de vennootschap.

Niettegenstaande het belang dat een reorganisatieprocedure mag vertonen voor het voortbestaan van een onderneming, wordt eraan herinnerd dat de wettelijke bepalingen over de verplichtingen van beursgenoteerde vennootschappen onverkort van toepassing blijven. In dit kader neemt de CBFA contact op met de gedelegeerd rechter om zijn aandacht te vestigen op de bijzondere verplichtingen die op emittenten rusten inzake de openbaarmaking van voorkennis, alsook de bijzondere rol van de CBFA inzake het toezicht op deze verplichtingen.

310 Circulaire CBFA_2009_24 van 29 september 2009 over de verkrijging van eigen aandelen of certificaten door genoteerde vennootschappen of vennootschappen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de verhandeling op bepaalde MTF's.

311 Voorkennis is elke niet openbaar gemaakte informatie die nauwkeurig is en rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op één of meer emittenten van financiële instrumenten of op één of meer financiële instrumenten, en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, de koers van deze financiële instrumenten of deze van daarvan afgeleide financiële instrumenten aanzienlijk zou kunnen beïnvloeden. Zie artikel 2, 14 ° van de wet van 2 augustus 2002.

312 Artikel 10, § 1, lid 1 van de wet van 2 augustus 2002.

313 Artikel 10, § 1, lid 3 van de wet van 2 augustus 2002.

314 Zie artikel 17 van de wet van 31 januari 2009.

315 Zie artikel 54 van de wet van 31 januari 2009.

316 Circulaire FMI/2007_02 bijgewerkt op 9 december 2009 - Verplichtingen van op een gereglementeerde markt genoteerde emittenten.

Politiek inzake schorsing van de notering bij de versnelde plaatsing van aandelen en converteerbare obligaties

Tijdens de verslagperiode heeft de CBFA haar werkwijze geëvalueerd en bevestigd in verband met de schorsing van de notering en het verstrekken van informatie tijdens een versnelde private plaatsing (*Accelerated Bookbuilding* of ABB) van aandelen of van converteerbare obligaties.

Een dergelijke plaatsing heeft doorgaans betrekking op een pakket nieuwe³¹⁷ of bestaande aandelen of converteerbare obligaties en is enkel gericht tot institutionele investeerders. De plaatsende banken die een syndicaat vormen, spreken hun institutionele klanten aan en trachten het orderboek op deze wijze in te vullen. Klanten kunnen de gewenste hoeveelheid aandelen opgeven, alsook de prijs die ze bereid zijn ervoor te betalen. Op basis hiervan stellen de plaatsende banken het orderboek samen en wordt de prijs en de allocatie vastgesteld. Het volledige proces geschiedt in principe binnen één dag.

De CBFA is van oordeel dat informatie over de evolutie van het orderboek, zoals het succes (*cover rate*) of de evenwichtsprijs op een bepaald moment, als voorkennis in de zin van artikel 2, 10° van de wet van 2 augustus 2002 moet worden beschouwd. Op basis van deze interpretatie hanteert de CBFA twee werkwijzen al naargelang de plaatsing betrekking heeft op aandelen dan wel converteerbare obligaties. De CBFA heeft in dit kader ook rekening gehouden met de praktijken die in andere landen van de Euronext-zone gehanteerd worden.

Bij de private plaatsing van aandelen is de CBFA van oordeel dat het schorsen van de handel, vooral bij vennootschappen met een kleine marktkapitalisatie, een gepaste maatregel is om te vermijden dat voorkennis over de plaatsing niet op een transparante en gelijke manier zou worden verspreid. In dit kader publiceert de vennootschap voor de opening van de markt een persbericht met de vermelding dat er een private plaatsing van aandelen zal plaatsvinden, dat de schorsing van de notering werd aangevraagd en dat de markt zal worden geïnformeerd zodra de plaatsing is afgerond. Eens de *bookbuilding* is afgelopen, publiceert de emittent of het syndicaat een persbericht waarin onder andere het opgehaalde bedrag, het aantal geplaatste nieuwe of bestaande aandelen en de prijs per aandeel worden bekendgemaakt. Eens alle informatie met betrekking tot de plaatsing publiek is gemaakt, kan de schorsing van het aandeel opgeheven worden.

Bij schorsing van de aandelen is het uitgesloten dat er voorkennis over de evolutie van het orderboek misbruikt wordt. Bovendien verloopt de ABB zonder koersschommelingen die de plaatsing zouden kunnen bemoeilijken. Daarnaast verzekert deze werkwijze aan de syndicaatsleden een plaatsing die meer gebaseerd is op de fun-

damentele waarden van het bedrijf dan op de *intraday* koersbewegingen van het aandeel.

De CBFA sluit een procedure zonder schorsing evenwel niet volledig uit. Meer bepaald is het mogelijk dat de notering van de aandelen niet wordt geschorst tijdens een ABB wanneer de private plaatsing betrekking heeft op aandelen waarvan de liquiditeit voldoende groot is en waarvan de plaatsing gebeurt op de internationale markten. Daartoe dienen bij de plaatsing een aantal voorwaarden vervuld te zijn. Vooreerst dient de emittent ten laatste dertig minuten voor de opening van de beurs een persbericht te publiceren waarin de ABB wordt aangekondigd, alsmede de belangrijkste elementen hiervan, waaronder de prijsvork en het aantal te plaatsen aandelen. Indien de banken tijdens de plaatsing informatie over de evolutie van het orderboek of de prijs meedelen aan de klant, dan dient deze informatie ook simultaan aan de markt te worden meegedeeld. Na de plaatsing moet de emittent een persbericht publiceren over het definitief resultaat, met inbegrip van de prijs en de hoeveelheid geplaatste aandelen.

Ook inzake de versnelde private plaatsing van converteerbare obligaties heeft de CBFA een werkwijze ontwikkeld. Aanvankelijk werd de handel in het aandeel tijdens de ABB-procedure van converteerbare obligaties geschorst. Uit vergelijkend onderzoek bleek echter dat een schorsing van de aandelen bij de uitgifte van converteerbare obligaties niet gebruikelijk was. In onze buurlanden is het een constante marktpraktijk de notering niet te schorsen tijdens de private plaatsing van converteerbare obligaties indien de emittent voorafgaandelijk aan de emissie voldoende informatie aan het beleggerspubliek verstrekt over de essentiële elementen van de converteerbare obligaties. Gelet op deze praktijk en de vaststelling dat de koers van het onderliggende aandeel niet significant beweegt, bestaat de huidige werkwijze van de CBFA erin om de koers van het aandeel niet langer te schorsen tijdens de ABB, tenzij de emittent zelf de schorsing aanvraagt.

De emittent dient wanneer hij converteerbare obligaties wenst te plaatsen voorafgaand aan deze plaatsing een persbericht te publiceren waarin de essentiële elementen van de converteerbare obligatie worden opgenomen. Meer bepaald dient de emittent in het persbericht de volgende parameters te publiceren: de nominale waarde van de obligaties, de voorziene marge van de rentevoet, de voorziene marge van de conversiepremie en de looptijd.

Bovendien dient de emittent een aantal normen na te leven bij de prijszetting. Zo moet er in het voorafgaandelijk persbericht vermeld worden hoe de prijsbepaling van de converteerbare obligatie gebeurt. Meestal wordt de prijs van de obligatie bepaald op basis van de *volume weighted average price* (VWAP), wat inhoudt dat een referentieprijs wordt berekend aan de hand van het product van de koers en het volume van het aandeel, en dit ten opzichte van een bepaalde periode. Vervolgens mag de marge tussen de minimale en de maximale conversiepremie ten opzichte van de VWAP maximaal tussen de 5 % à 7,5 %

317 In dat geval geschiedt de kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht met toepassing van artikel 596 W.Venn.

gelegen zijn, en mag de marge tussen de minimale en de maximale rentevoet 0,5 % à 0,75 % bedragen.

Indien tijdens de plaatsing informatie over het verloop van de ABB aan de klanten wordt bekendgemaakt, dan dienen de plaatsende banken deze informatie terzelfdertijd via publicatie op de schermen van de marktenzalen te verspreiden.

Na de afsluiting van de ABB worden de definitieve cijfers onmiddellijk door de emittent in een persbericht bekendgemaakt.

Inkoop van eigen aandelen : interpretatie van het begrip "gereguleerde markt"

Krachtens artikel 8 van de richtlijn marktmisbruik zijn de in die richtlijn vervatte verbodsbepalingen niet van toepassing op de transacties in eigen aandelen die in het kader van een aandeleninkoopprogramma worden uitgevoerd, mits dat gebeurt overeenkomstig de bij verordening nr. 2273/2003³¹⁸ vastgestelde regels. Die specifieke regeling wordt doorgaans "safe harbour" genoemd.

In verband met de aldus vastgestelde voorwaarden moet vooral naar artikel 5.2, lid 1, van die verordening worden verwezen. Krachtens dat artikel mag de emittent, in het kader van een aandeleninkoopprogramma, niet meer dan 25 % van het gemiddelde dagvolume van de aandelen verwerven die worden verhandeld op de gereguleerde markt waar de aankoop plaatsvindt.

Tijdens de verslagperiode wenste een op Euronext Brussels genoteerde vennootschap die een aandeleninkoopprogramma wilde starten, in aanmerking te komen voor de in artikel 8 van voornoemde richtlijn vermelde vrijstelling. Daarbij rees de vraag naar de wijze waarop artikel 5.2, lid 1, van verordening nr. 2273/2003 precies diende te worden geïnterpreteerd. Meer specifiek moest worden bepaald of de in die bepaling vermelde berekeningsgrondslag van het percentage van 25 % van het gemiddelde dagvolume uitsluitend de via het centrale orderboek van de gereguleerde markt uitgevoerde transacties, of ook de buiten het centrale orderboek uitgevoerde, maar aan de markt gerapporteerde transacties (zoals bloktransacties of tegen de gewogen gemiddelde koers uitgevoerde transacties³¹⁹) omvatte.

318 Verordening (EG) nr. 2273/2003 van de Commissie van 22 december 2003 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de uitzonderingsregeling voor terugkoopprogramma's en voor de stabilisatie van financiële instrumenten betreft.

319 Een zogenaamde "bloktransactie" is een transactie die, als zij aan bepaalde omvangcriteria voldoet, rechtstreeks tussen twee partijen mag worden uitgevoerd, zonder dat dit via het centrale orderboek van de betrokken gereguleerde markt dient te gebeuren. Een transactie tegen de gewogen gemiddelde koers wordt op haar beurt gekenmerkt door het feit dat zij buiten het centrale orderboek wordt uitgevoerd tegen een prijs binnen een bepaalde bandbreedte "rondom de gemiddelde prijs met gewogen volumes verhandeld in het Central Order Book van een effect gedurende een toekomstige tijdsperiode" (Euronext Rule Book, rule 4404/3A). Dergelijke transacties vereisten evenwel een specifieke rapportering (ter zake geldt dat zij "op de markt worden aangemeld"), wat impliceert dat zij de koersvorming van het aandeel *ex post* beïnvloeden. Voor toelichting bij die begrippen wordt ook verwezen naar rules 4404/2A en 4404/3A van het Euronext Rule Book.

De CBFA heeft ten aanzien van die materie geoordeeld dat het begrip "op een gereguleerde markt uitgevoerde transactie" uitsluitend betrekking had op de via het centrale orderboek van de betrokken gereguleerde markt uitgevoerde transacties.

Dit standpunt is gebaseerd op de volgende overwegingen. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de via het centrale orderboek uitgevoerde transacties zich van de aan de markt gerapporteerde transacties en de zuivere onderhandse transacties onderscheiden door de invloed die zij hebben op de koers van het betrokken aandeel. Een via het centrale orderboek uitgevoerde transactie zal de koersvorming immers automatisch en onmiddellijk beïnvloeden, terwijl bloktransacties en strikt onderhandse transacties de koersvorming van het aandeel slechts onrechtstreeks en *a posteriori* beïnvloeden. In de context van de bestrijding van marktmisbruiken kan een gedifferentieerde aanpak van voornoemde transacties dus gerechtvaardigd zijn.

Een tweede argument houdt verband met de doelstelling van artikel 5.2 van verordening 2273/2003 (i.e. marktmisbruiken voorkomen³²⁰). Als gevolg van de gelijkschakeling, voor de toepassing van laatstgenoemde bepaling, van de buiten het centrale orderboek uitgevoerde, maar aan de markt gerapporteerde transacties zou de 25 %-grens moeten worden berekend op een groter transactievolume, waarvan de via het centrale orderboek uitgevoerde transacties niet noodzakelijk een aanzienlijk deel zouden uitmaken. In de hypothese dat de meeste transacties in een bepaald aandeel buiten het centrale orderboek zouden worden uitgevoerd, zou de emittent die een aandeleninkoopprogramma start – zonder dat hem dat zou kunnen worden verweten – het merendeel van de transacties in het centrale orderboek vertegenwoordigen en de aandelenkoers op die manier sterk beïnvloeden, wat de 25 %-grens precies probeert te vermijden. In het verlengde daarvan kan artikel 5.1 van verordening 2273/2003 als bijkomend argument worden aangevoerd. Krachtens die bepaling is het de emittent die in het kader van een aandeleninkoopprogramma transacties verricht, immers verboden "aandelen te kopen voor een hogere prijs dan die van de laatste onafhankelijke transactie of de hoogste actuele onafhankelijke biedprijs, al naargelang welke het hoogst is, op de handelsplatforms waar de aankoop plaatsvindt". De plaatsing van een groter ordervolume dreigt een koersstijging dan ook te verhinderen of te vertragen ; daarom lijkt het gerechtvaardigd en opportuun het volume te beperken ten belope waarvan een emittent orders mag plaatsen in het centrale orderboek. Er lijkt daarentegen geen enkele reden te bestaan om het volume van de buiten het centrale orderboek uitgevoerde aankopen te beperken.

Tot slot moet worden opgemerkt dat die interpretatie wordt gedeeld door een aantal andere lidstaten van de Europese Unie³²¹.

320 Zie considerans (9) van Verordening 2273/2003.

321 Wat Frankrijk betreft, kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de "Position de l'AMF relative à la mise en œuvre du régime de rachat d'actions", dat de AMF op 19 november 2009 heeft gepubliceerd.

Invoering van beslissingen van de CBFA aangaande de toepassing van de IFRS's in de database van CESR

Tijdens de afgelopen verslagperiode heeft de CBFA verschillende beslissingen ingevoerd in de database van CESR. Hierna worden enkele van deze beslissingen weergegeven.

Classificatie van en waarderingsregels voor geldmiddelen en kasequivalenten

Volgens de waarderingsregels opgenomen in de toelichting bij de geconsolideerde jaarrekening van een beursgenoteerde vennootschap bevatte de balansrubriek "geldmiddelen en kasequivalenten" contant geld, liquide middelen en korte termijn tegoeden bij kredietinstellingen en werden ze in de jaarrekening gewaardeerd aan nominale waarde. Tevens vermeldde de toelichting dat deze nominale waarde de reële waarde benaderde omwille van het korte termijnkarakter van de betrokken activa.

Tijdens de *a posteriori* controle van deze vennootschap stelde de CBFA vast dat deze balansrubriek ook effecten zoals obligaties, *collateralized debt obligations* (CDO's) en deelbewijzen van beleggingsfondsen omvatte.

IAS 7.6. definieert geldmiddelen als contanten en direct opvraagbare deposito's. Kasequivalenten zijn volgens deze paragraaf kortlopende, uiterst liquide beleggingen die onmiddellijk kunnen worden omgezet in geldmiddelen waarvan het bedrag bekend is en die geen materieel risico van waardeverandering in zich dragen.

De Commissie stelde vast dat de classificatie als kasequivalenten van financiële instrumenten zoals CDO's, obligaties met een langere looptijd en deelbewijzen van beleggingsfondsen wiens waarde onderhevig is aan schommelingen en die bovendien vaak lange termijn investeringen betreffen of niet liquide zijn, ingaat tegen IAS 7.

Deze classificatie ging verder ook in tegen de waarderingsregel van de vennootschap zelf. Bovendien had de vennootschap al belangrijke waardeverminderingen via de resultatenrekening geboekt op sommige van de financiële instrumenten opgenomen als kasequivalenten om de boekwaarde ervan terug te brengen tot hun reële waarde.

Indien de liquide middelen investeringen met een sterk dalende waarde bevatten of niet meteen kunnen gerealiseerd worden wanneer nodig, geeft de jaarrekening geen juist beeld van de realiteit en kunnen de investeerders misleid zijn. Meer specifiek voor een investeringsvennootschap geeft het niveau van de rubriek geld en kasequivalenten een idee van de reserve aan middelen waarover de groep beschikt om in te spelen op investeringsopportuniteiten. In casu maakte de post geldmiddelen en kasequivalenten een erg belangrijk deel van de activa uit.

De Commissie heeft de betrokken vennootschap gevraagd om in haar volgende geconsolideerde jaarrekening onder de kasequivalenten enkel kortlopende, uiterst liquide beleggingen op te nemen die onmiddellijk kunnen

worden omgezet in geldmiddelen waarvan het bedrag bekend is en die geen materieel risico van waardeverandering in zich dragen. De Commissie heeft niet om een onmiddellijke rechtzetting gevraagd omdat de toelichting bij de geconsolideerde jaarrekening voldoende details verschafte over de verkeerd geclassificeerde financiële instrumenten en omdat de vennootschap reële waardeaanpassingen via de winst- en verliesrekening had geboekt op deze instrumenten.

Tenslotte heeft de Commissie gevraagd dat de vennootschap een waarderingsregel zou opnemen voor financiële instrumenten zoals CDO's, obligaties en deelbewijzen van beleggingsfondsen.

Classificatie van lange termijnschulden waarvan de convenanten niet worden gerespecteerd

Einde december 2008 had een beursgenoteerde vennootschap lange termijnschulden tegenover verschillende partijen. De leningovereenkomsten bevatten convenanten inzake onder meer solvabiliteit, *leverage* en intrestdekking.

Ingevolge de sterke daling van de omzet van de vennootschap tijdens het laatste kwartaal van 2008 werden per einde 2008 verschillende van deze convenanten niet meer gerespecteerd. Volgens de kredietovereenkomsten had een inbreuk op een convenant tot gevolg dat de kredietverlener de vennootschap om onmiddellijke terugbetaling van haar schuld kon vragen zonder enig uitstel te moeten verlenen.

Vooruitlopend op de verwachte inbreuk op de convenanten per einde 2008, startte de beursgenoteerde vennootschap in het laatste kwartaal van 2008 onderhandelingen met haar schuldeisers ten einde een afstand van de convenanten te bekomen.

De overeenkomsten met de schuldeisers inzake afstand van convenanten werden in maart 2009 gesloten en bekendgemaakt via het jaarlijks communiqué van de vennootschap. Uit de boekhoudkundige gegevens opgenomen in het communiqué bleek eveneens dat de vennootschap al deze schulden als lange termijnschulden zou classificeren in haar geconsolideerde jaarrekening per einde december 2008. De vennootschap argumenteerde dat de schuldeisers ondertussen afstand hadden gedaan van de convenanten en dat ze nooit een ingebrekestelling had ontvangen. Het jaarcommuniqué bevatte tevens een bevestiging dat controlewerkzaamheden van de commissaris op de geconsolideerde jaarrekening ten gronde waren afgewerkt en dat deze geen betekenisvolle correcties aan het licht hadden gebracht die in de boekhoudkundige gegevens, opgenomen in het communiqué, hadden moeten worden doorgevoerd.

De CBFA heeft de vennootschap en haar commissaris erop gewezen dat deze classificatie in strijd was met paragraaf 65 van IAS 1 (2005) en dat deze schulden als schulden op korte termijn dienden te worden geclassificeerd.

IAS 1.65 bepaalt immers dat indien een entiteit, in het kader van een langlopende leningovereenkomst, op of vóór de balansdatum niet langer aan een contractuele bepaling voldoet met als gevolg dat de verplichting onmiddellijk opeisbaar wordt, de verplichting als kortlopend wordt geclassificeerd, zelfs indien de financier na de balansdatum en vóór de datum waarop de jaarrekening voor publicatie wordt goedgekeurd, heeft besloten geen betaling te eisen als gevolg van de schending. De verplichting wordt als kortlopend geclassificeerd omdat de entiteit op de balansdatum geen onvoorwaardelijk recht heeft om de afwikkeling van de verplichting met ten minste twaalf maanden na die datum uit te stellen, vervolgt IAS 1.

De Commissie heeft er op gewezen dat per einde december 2008 deze schulden als kortlopend dienden te worden geclassificeerd omdat de vennootschap op balansdatum geen onvoorwaardelijk recht had om de afwikkeling van de verplichting met ten minste twaalf maanden na die datum uit te stellen. Het feit dat de vennootschap op 31 december 2008 geen ingebrekestelling had ontvangen heeft de Commissie als irrelevant beschouwd aangezien een ingebrekestelling gebaseerd op de situatie op 31 december normalerwijze steeds na 31 december komt.

Paragraaf 66 van IAS 1 (2005) bepaalt dat de verplichting echter wordt geclassificeerd als langlopend indien de financier uiterlijk op de balansdatum akkoord is gegaan met de uitstelverlening voor een periode van ten minste twaalf maanden na de balansdatum, gedurende welke de entiteit de inbreuk kan herstellen en de financier geen onmiddellijke terugbetaling kan eisen. In casu werd de uitstel van betaling slechts verleend in maart 2009.

De betrokken vennootschap heeft deze schulden in haar geconsolideerde jaarrekening 2008 toch niet als korte termijnschulden geclassificeerd. Na contacten met de CBFA heeft de commissaris zijn standpunt aangepast. In zijn verslag bij de geconsolideerde jaarrekening 2008 heeft hij een toelichtende paragraaf opgenomen waarin wordt verduidelijkt dat gezien het niet naleven van convenanten met betrekking tot een belangrijk gedeelte van de financiële schulden, deze schulden in overeenstemming met IAS 1, paragrafen 65-66 als kortlopend hadden moeten worden opgenomen. Verder preciseerde hij dat met betrekking tot deze schulden verklaringen van afstand werden bekomen voor het volledige boekjaar 2009 zodat deze schulden gedurende deze periode niet onmiddellijk opgeëist zouden worden.

De Commissie was van oordeel dat deze bijkomende informatie opgenomen in het controleverslag van de commissaris de externe gebruiker van de financiële informatie toeliet voldoende inzicht te verkrijgen in deze problematiek en haar gevolgen.

In het halfjaarlijks financieel verslag per einde juni 2009 van deze vennootschap werd de CBFA opnieuw geconfronteerd met een classificatie op lange termijn van deze schulden. Enerzijds werden in de vergelijkende cijfers voor de balans (cijfers per 31 december 2008) deze

schulden opnieuw voorgesteld als schulden op lange termijn. In de balans per 30 juni 2009 werden ze ook geclassificeerd als lange termijnschulden niettegenstaande de vennootschap op die datum niet het onvoorwaardelijk recht had om de afwikkeling van de verplichting met ten minste twaalf maanden na die datum uit te stellen. Op vraag van de CBFA heeft de vennootschap een gecorrigeerd halfjaarlijks financieel verslag gepubliceerd waarin de betrokken schulden zowel einde december 2008 als einde juni 2009 als korte termijnschulden werden geclassificeerd.

De boekhoudkundige verwerking van groene certificaten

Een ander beslissing betrof een emittent die groene stroom produceert³²², en wier activiteiten bestaan in de omzetting van biomassa in groene energie. In ruil voor de productie van deze groene energie ontvangt de emittent vanwege een regionale overheidsinstelling groenestroomcertificaten. Groenestroomcertificaten vertegenwoordigen de milieuwaaarde van de gegenereerde groene energie. Ze worden per kwartaal toegekend op basis van parameters die verband houden met de kwartaalproductie.

De emittent verkoopt deze groenestroomcertificaten aan electriciteitsleveranciers³²³. Electriciteitsleveranciers zijn op deze groenestroomcertificaten aangewezen omdat een minimum aandeel van de elektriciteit die zij leveren moet bestaan uit groene stroom. Het groene karakter blijkt uit de groenestroomcertificaten. Een electriciteitsleverancier die enkel beschikt over grijze elektriciteit (electriciteit geproduceerd uit andere dan duurzame energiebronnen) kan groenestroomcertificaten kopen op de markt waarop deze worden verhandeld of van een producent van groene stroom teneinde aan bovenstaande verplichting te voldoen. De opbrengsten van de emittent worden hoofdzakelijk gegenereerd door deze verkoop van groenestroomcertificaten en de verkoop van de geproduceerde elektriciteit.

Uit de geconsolideerde jaarrekeningen van de emittent bleek dat hij de verkoopopbrengsten van de groenestroomcertificaten boekte op het ogenblik van de verkoop van deze certificaten aan de electriciteitsleverancier, met name wanneer aan de voorwaarden van IAS 18.14 was voldaan³²⁴.

De Commissie stelde evenwel vast dat de geconsolideerde jaarrekening van de emittent geen informatie bevatte in verband met de boekhoudkundige verwerking van de ontvangst van de certificaten vanwege de overheidsinstelling. Uit navraag bij de emittent bleek dat deze de verwerving van certificaten van de betrokken overheidsinstelling boekhoudkundig niet erkende. Evenmin bleek door de emittent een grondslag voor financiële verslaggeving te zijn uitgewerkt met betrek-

322 Groene stroom is elektriciteit opgewekt uit duurzame energiebronnen.

323 Een electriciteitsleverancier is niet noodzakelijk ook de producent van de geleverde elektriciteit.

324 De groenestroomcertificaten worden verkocht tegen een vaste prijs in uitvoering van een langetermijncontract.

king tot het bezit van deze groenestroomcertificaten indien zij op balansdatum niet zouden zijn verkocht.

De Commissie heeft aan de emittent gevraagd om een grondslag voor financiële verslaggeving voor de verwerking, voorstelling en waardering van de groenestroomcertificaten vast te leggen, toe te passen en bekend te maken. Na overleg heeft de Commissie ingestemd met de door de emittent voorgestelde kwalificatie en verwerkingswijze van de groenestroomcertificaten als overheidssubsidies in overeenstemming met IAS 20. Groenestroomcertificaten zijn immers steun door de overheid in de vorm van de overdracht van middelen aan een entiteit indien in het verleden werd voldaan aan bepaalde voorwaarden met betrekking tot de operationele activiteiten van de entiteit (IAS 20.3). Het gaat om exploitatiesubsidies aangezien ze geen betrekking hebben op vaste activa.

Deze kwalificatie van groenestroomcertificaten als exploitatiesubsidies had een aantal boekhoudkundige gevolgen. Op het vlak van de verwerking en presentatie van de overheidssubsidies opteerde de emittent ervoor om, binnen de keuzemogelijkheid geboden door IAS 20.29, de certificaten in mindering te brengen van de daarmee verband houdende lasten. Daarnaast diende de emittent conform IAS 20.39 de toepasselijke grondslagen voor financiële verslaggeving te vermelden evenals bijkomende toelichtingen te geven over o.m. de aard en omvang van overheidssubsidies die werden opgenomen in de jaarrekening. Een verduidelijking van deze grondslagen was noodzakelijk voor een goed inzicht in de geconsolideerde jaarrekening.

Tot slot hield het voorstel van de emittent in om de groenestroomcertificaten op de balans op te nemen als voorraden in overeenstemming met IAS 2 aangezien het gaat om activa die worden aangehouden voor verkoop in het kader van de normale bedrijfsvoering (IAS 2.6 (a)). Op het ogenblik van hun verkoop wordt de opbrengst dan, in overeenstemming met IAS 18, opgenomen onder de rubriek "Verkoop van groenestroomcertificaten" en worden de betrokken groenestroomcertificaten opgenomen onder de voorraden opgevoerd als kosten van verkopen.

Ontbrekende informatie in een halfjaarlijks financieel verslag en in het jaarverslag

Het halfjaarlijks resultaat van een emittent werd positief beïnvloed door een "badwill"³²⁵ ontstaan ingevolge de verwerving van een dochteronderneming. Dankzij de boeking van deze "badwill" was de winst na belasting voor het betrokken halfjaar positief. De emittent vermeldde wel dat het resultaat positief beïnvloed werd door de "badwill", zonder evenwel het bedrag ervan bekend te maken of zonder dit bedrag op een afzonderlijke lijn van de winst- en verliesrekening te vermelden. IAS 34.10 bepaalt nochtans dat indien een entiteit in haar tussentijds financieel verslag verkorte financiële over-

zichten publiceert, deze verkorte overzichten ten minste alle kopjes en subtotaal moeten bevatten die in haar recentste jaarrekening zijn opgenomen en dat additionele posten of toelichtingen moeten worden opgenomen indien het weglaten ervan de verkorte tussentijdse financiële overzichten misleidend zou maken. Verder bepaalt IAS 34.16,(c) dat een entiteit ten minste de volgende informatie moet opnemen in de toelichtingen bij haar tussentijdse financiële overzichten indien deze informatie materieel is en niet elders in het tussentijds financieel verslag is vermeld: "de aard en het bedrag van posten die een invloed hebben op [...] nettoresultaat [...] die ongebruikelijk zijn wegens hun aard, omvang of frequentie". Aan deze vereisten was niet voldaan.

Ook was het verkorte kasstroomoverzicht opgenomen in het halfjaarlijks financieel verslag te summier. Het bevatte enkel de respectieve totalen voor de kasstromen uit operationele activiteiten, uit investeringsactiviteiten en uit financieringsactiviteiten. Aangezien het verkorte kasstroomoverzicht niet alle kopjes en subtotaal bevatte, was er niet voldaan aan de vereisten van IAS 34.10.

Tenslotte bevatte het verkorte kasstroomoverzicht een aantal materiële fouten. Zo had de emittent o.m. de niet-gerealiseerde wisselkoersverliezen niet geëlimineerd bij de bepaling van de kasstromen uit operationele activiteiten (IAS 7.18) en werd de stijging van het werkkapitaal als gevolg van de overname van een dochteronderneming voorgesteld als een investering in werkkapitaal, terwijl IAS 7.39 bepaalt dat de totale kasstromen die voortvloeien uit het verkrijgen en verliezen van zeggenschap over dochterondernemingen of andere bedrijven afzonderlijk moeten worden gepresenteerd en moeten worden ingedeeld als investeringsactiviteiten.

Op vraag van de Commissie heeft de emittent een persbericht gepubliceerd waarin o.m. de impact van de "badwill" op het halfjaarlijks resultaat werd toegelicht en een gecorrigeerd en uitgebreid halfjaarlijks kasstroomoverzicht werd opgenomen. In hetzelfde persbericht werd eveneens een gecorrigeerd kasstroomoverzicht opgenomen voor het vorige boekjaar aangezien de Commissie ook in deze staat een aantal materiële fouten had vastgesteld.

Naamloze vennootschap Papeteries Catala – overstap van de gereguleerde markt Euronext naar de MTF Alternext

Tijdens het tweede halfjaar van 2009 heeft de vennootschap Papeteries Catala Euronext Brussels verzocht haar aandelen uit de notering op de gereguleerde markt Euronext te schrappen. De bedoeling was dat haar aandelen tegelijkertijd uit de notering op Euronext Brussels zouden worden geschrapt en tot de verhandeling op de MTF Alternext zouden worden toegelaten. Die overstap was ingegeven door de moeilijkheden die de vennootschap ondervond om haar verplichtingen ingevolge de notering van haar aandelen op Euronext Brussels na te leven. Door de toelating tot de verhandeling op de MTF Alternext zou zij bijvoorbeeld, bij

³²⁵ Met "badwill" wordt de waarde bedoeld waarmee het belang van de overnemende partij in de netto reële waarde van de identificeerbare activa, verplichtingen en voorwaardelijke verplichtingen van de overgenomen partij de kostprijs overschrijdt (IFRS 3.56).

de opstelling van haar financiële staten, opnieuw de Belgische boekhoudnormen mogen gebruiken³²⁶.

Na afloop van de bilaterale procedure tussen de vennootschap en de marktonderneming Euronext Brussels, heeft laatstgenoemde de CBFA, met toepassing van artikel 7, § 4, van de wet van 2 augustus 2002, om haar *nihil obstat* met betrekking tot de geplande schrapping verzocht. In het belang van de beleggersbescherming kan de CBFA zich, krachtens die bepaling, immers tegen een schrapping verzetten³²⁷.

De CBFA heeft echter beslist om dat niet te doen, op grond van de overweging dat die schrapping de beleggersbescherming niet in het gedrang bracht. Bij het nemen van die beslissing heeft de CBFA niet alleen rekening gehouden met de zwakke beurskapitalisatie en de beperkte middelen van de vennootschap, maar ook met de reglementaire omkadering van de MTF Alternext. Zo sluit de op Alternext geldende reglementering inzake marktmisbruik nauw aan bij de ter zake geldende reglementering op de gereglementeerde markt. De verplichtingen inzake de informatieverstrekking aan de aandeelhouders impliceren onder andere de openbaarmaking van financiële gegevens op jaarbasis en op halfjaarbasis, en de geldende regeling inzake voorkomen is identiek aan de desbetreffende regeling op de gereglementeerde markt. Wat tot slot de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen betreft, dient een kennisgeving te worden verricht na de overschrijding van de deelnemingsdrempels van 25, 30, 50, 75 en 95 %.

Toch heeft de CBFA gevraagd om, tussen de aankondiging en de effectieve uitvoering van de overstap, een overgangperiode van één maand in te lassen, om de beleggers die dat wensten, de kans te bieden hun aandelen in die periode op de gereglementeerde markt te verkopen vóór ze tot de verhandeling op Alternext zouden worden toegelaten.

3.3. TOEZICHT OP DE MARKTONDERNEMINGEN

3.3.1. Internationale ontwikkelingen

Herziening van het MoU betreffende het gecoördineerde toezicht op Euronext NV en de gereglementeerde markten van de Euronext Groep

Op 24 juni 2010 werd een nieuw akkoord ondertekend tussen de 5 Euronext-toezichthouders³²⁸, waarin het gecoördineerde toezicht op Euronext NV en de door Euronext Groep georganiseerde markten (zowel aandelen- als derivatenmarkten) wordt geregeld. Dit akkoord vervangt de twee voorheen bestaande akkoorden³²⁹. De Euronext-toezichthouders oefenen het toezicht uit onder de vorm van een college.

Dit nieuwe akkoord is het resultaat van een herziening overeengekomen in het kader van de lancering van een nieuwe aandelenmarkt te London (namelijk NYSE Euronext London) binnen de Euronext Groep. In het nieuwe akkoord werd niet geraakt aan de principes vervat in de vroegere akkoorden.

De voornaamste wijzigingen betreffen de beslissingen in verband met aangelegenheden van wederzijds belang die op niet-limitatieve wijze worden opgesomd en die voortaan een ontstentenis van verzet vereisen van het *Chairmen's Committee* waar voorheen een voorafgaandelijk akkoord vereist was. Ook de procedure voor het bekomen van een ontstentenis van verzet werd aangepast en in overeenstemming gebracht met de reeds bestaande praktijk waarbij sommige beslissingen kunnen worden gedelegeerd aan het *Steering Committee* of de *Working Parties*.

3.3.2. Toezicht in de praktijk

Harmonisatie van de marktregels en rapporteringsfaciliteiten van toepassing op de derivatenmarkten Euronext Amsterdam en Euronext Brussels

In september 2010 werd een volledige harmonisatie doorgevoerd van de marktregels van toepassing op de gereglementeerde derivatenmarkten van Euronext Amsterdam en Euronext Brussels. Dit vertaalde zich onder meer in het afschaffen of verplaatsen van de relevante bepalingen vervat in de lokale marktregels naar de geharmoniseerde marktregels. Deze harmonisatie vond plaats met het oog op het verhogen van de liquiditeit

326 Vennootschappen die, net als de vennootschap Papeteries Catala, sinds 1 januari 2005 verplicht zijn om, met toepassing van artikel 114, § 3, van het koninklijk besluit van 30 januari 2001 tot uitvoering van het wetboek van vennootschappen, de IFRS te gebruiken, kunnen, als hun aandelen van de gereglementeerde markt worden geschrapt, opnieuw gebruik maken van de Belgische boekhoudnormen.

327 Zie CBFA Verslagen DC 2008-2009, p. 54, en 2007, p. 64.

328 De vijf Euronext-toezichthouders zijn de CBFA, de AFM (Nederland), de CMVM (Portugal), de AMF (Frankrijk) en de FSA (Verenigd Koninkrijk).

329 Deze akkoorden zijn, enerzijds, het MoU over de gecoördineerde regulering van en het gecoördineerd toezicht en *oversight* op Euronext Groep, afgesloten in 2001 tussen de AFM, de AMF, de CBFA en de CMVM en, anderzijds, het MoU over de gecoördineerde regulering van en het gecoördineerde toezicht op de derivatenmarkten die Euronext Groep beheert, en Euronext NV, afgesloten in 2003 tussen de CBFA, de AMF, de COB, de AFM, de CMVM en de FSA. Zie het jaarverslag van de CBF 2000-2001, p.132 e.v.

en de verhandeling in de derivatencontracten genoteerd op Euronext Brussels door, onder andere, het aantrekken van bemiddelaars actief op de derivatenmarkt van Euronext Amsterdam en het gelijkschakelen van de wijze van verhandelen op beide derivatenmarkten.

Bovendien werden ook de aangeboden rapporteringsfaciliteiten in overeenstemming gebracht. Naar het voorbeeld van de derivatenmarkt van Euronext Amsterdam werd de rapportering³³⁰ van *Prof Transactions* aldus mogelijk gemaakt, terwijl de *block trading* faciliteit op de Brusselse derivatenmarkt, die deel uitmaakte van de gereguleerde markt, werd afgeschaft.

Prof Transactions zijn bilateraal overeengekomen transacties die worden gekwalificeerd als OTC-transacties omdat zij, in tegenstelling tot bijvoorbeeld bloktransacties, buiten de gereguleerde markt worden afgesloten en vervolgens door leden via de systemen van de derivatenmarkt (namelijk Liffe Connect) worden gerapporteerd en vervolgens verrekend. Bijzonder aan deze transacties is dat de posities die hieruit voortvloeien fungibel zijn met de transacties die plaatsvinden in het centrale orderboek van de gereguleerde markt. Binnen het *clearing house* (in casu LCH Clearnet) resulteren beide aldus in één enkele open interest in een bepaald derivatencontract, met identiek dezelfde contractuele specificaties als de gestandaardiseerde contracten toegelaten tot de gereguleerde derivatenmarkt en verhandeld via het centrale orderboek. De transacties gerapporteerd via deze faciliteit zijn enkel toegankelijk voor professionele cliënten, moeten voldoen aan een minimaal volume in hoofde van de initiator en worden gerapporteerd aan Euronext binnen één uur. Gelet op het feit dat het hier buitenbeurs overeengekomen transacties (OTC-transacties) betreft, die buiten het bevoegdheidsdomein van de CBFA vallen, heeft deze laatste zich dan ook niet uitgesproken over de kenmerken of specificaties van deze OTC-transacties.

3.4. TOEZICHT OP DE MARKTEN

3.4.1. Toezicht in de praktijk

Richtsnoeren marktmanipulatie voor de leden van Euronext

In juli 2010 maakte de CBFA, in samenwerking met de Nederlandse Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Franse Autorité des Marchés Financiers (AMF) en de Portugese Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) gezamenlijke richtsnoeren bekend ter voorkoming van manipulatie tijdens de veilingfase³³¹.

Deze richtsnoeren geven een nadere toelichting bij de respectieve wetgevingen die voortvloeien uit de richtlijn marktmisbruik. De richtsnoeren hebben betrekking op het creëren of vergroten van arbitragemogelijkheden in het kader van uitgiften met voorkeurrecht door het manipuleren van de (theoretische) openings- of slotkoers van dat voorkeurrecht in de veilingfase. De richtsnoeren viseren onder meer de effecten die in het kader van een kapitaalverhoging met voorkeurrecht worden aangeboden. In dergelijke situaties is het niet toegelaten grote marktbeïnvloedende orders in te geven die dan worden geannuleerd net voor het ogenblik waarop de veiling (*fixing*) wordt afgesloten. Dergelijke orders kunnen de indruk geven dat er koop- of verkoopdruk is en tegengestelde orders uitlokken. Wanneer de orders op het laatste moment voor de veiling (*fixing*) worden geannuleerd, kan de prijs van de gecorreleerde financiële instrumenten, zoals een aandeel en een inschrijvingsrecht bij kapitaalverhoging met voorkeurrecht, afwijken van de normale verhouding en kunnen diegenen die de prijsafwijking creëren daarvan gebruik maken. Deze praktijk kan een inbreuk vormen op het verbod van marktmanipulatie³³².

330 Hiermee wordt bedoeld de rapportering van buitenbeurs overeengekomen transacties (nl. OTC transacties) door bepaalde professionele partijen (nl. de "prof traders") aan Euronext Brussels (via de systemen van Euronext Brussels derivatenmarkt, nl. Liffe Connect) met het uitsluitende doel om deze te laten doorsturen naar de verrekeningsinstelling (nl. LCH Clearnet) voor verrekening in de open interest van het desbetreffende optiecontract.

331 Zie http://www.cbfa.be/nl/fm/mm/circ/pdf/22-07-2010_jointguidance.pdf.
332 Artikel 25, § 1, 2° van de wet van 2 augustus 2002: "het is eenieder verboden transacties uit te voeren of orders te plaatsen die valse of misleidende signalen geven of kunnen geven over het aanbod van, de vraag naar of de koers van één of meer financiële instrumenten".

3.5. BETEUGELING VAN MARKT-MISBRUIK

3.5.1. Toezicht in de praktijk

Meldplicht transacties van bedrijfsleiders: begrip nauw gelieerde rechtspersonen

Artikel 25bis, § 2, van de wet van 2 augustus 2002 verplicht bedrijfsleiders van genoteerde vennootschappen om hun persoonlijke transacties in aandelen van de betrokken vennootschap te melden. De meldplicht voor transacties van bedrijfsleiders is onder meer uitgebreid naar rechtspersonen die "nauw gelieerd" zijn met een bedrijfsleider van een genoteerde vennootschap. Dit begrip wordt gedefinieerd in artikel 2, 23° van de wet van 2 augustus 2002, hetwelk een getrouwe omzetting vormt van de Europese richtlijnen ter zake.

Tijdens de verslagperiode is de vraag ter sprake gekomen of Arcofin cvba onder de meldplicht voor transacties van bedrijfsleiders viel, gelet op haar banden met bestuurders van Dexia. Drie personen waren immers zowel lid van het directiecomité bij Arcofin als bestuurder bij Dexia, zodat de vraag rees of Arcofin niet nauw gelieerd was met bedrijfsleiders van Dexia.

De discussie die hieraan ten grondslag ligt, betreft de interpretatie van punt d) van voornoemd artikel 2, 23° van de wet van 2 augustus 2002, volgens hetwelk een rechtspersoon en een bedrijfsleider van een beursgenoteerd bedrijf "nauw gelieerd" zijn in vier verschillende gevallen: (1) wanneer de leidinggevende verantwoordelijkheid voor de rechtspersoon berust bij de bedrijfsleider, (2) wanneer de rechtspersoon onder de rechtstreekse of middellijke zeggenschap staat van de bedrijfsleider, (3) wanneer de rechtspersoon is opgericht ten gunste van de bedrijfsleider, en (4) wanneer de economische belangen in wezen gelijkwaardig zijn aan die van de bedrijfsleider of diens verwanten.

In dit dossier kon het eerste geval aanleiding geven tot discussie. In een brede lezing van deze bepaling zou elke rechtspersoon meldplichtig zijn wanneer één van haar bestuurders ook bestuurder is bij een beursgenoteerd bedrijf. Volgens een enge interpretatie moet dit criterium echter economisch worden ingevuld, zodat de meldplicht beperkt wordt tot entiteiten die als het ware het economisch verlengstuk vormen van bedrijfsleiders. Dergelijke invulling zou beter passen bij de ratio legis van de uitbreiding van de meldplicht tot gelieerde personen. Volgens een nog restrictievere interpretatie zijn rechtspersonen slechts als nauw gelieerd te beschouwen op basis van dit criterium wanneer de bedrijfsleider alleen en exclusief de leidinggevende verantwoordelijkheden draagt bij de rechtspersoon. In beide restrictieve lezingen van de wetsbepaling zou Arcofin niet nauw gelieerd zijn met de drie betrokken Dexia-bestuurders.

Na een onderzoek van de omzetting en interpretatie van het begrip "nauw gelieerde rechtspersonen" in een aan-

tal andere lidstaten en op basis van de vaststelling dat uiteenlopende interpretaties van de tekst niet tot de gewenste rechtszekerheid konden leiden, heeft de CBFA besloten zich niet te verzetten tegen een restrictieve interpretatie van de wettelijke definitie. De CBFA heeft dan ook beslist zich niet te verzetten tegen het verzoek van Arcofin om haar transacties in het aandeel Dexia niet langer te melden.

Arresten van het Europees Hof van Justitie en het Hof van Beroep in een zaak van handel met voorkennis

Op 28 november 2006 legde het directiecomité van de CBFA met toepassing van artikel 36 van de wet van 2 augustus 2002 een administratieve sanctie op aan een vennootschap en een werknemer van deze vennootschap die een leidinggevende functie vervulde, wegens handel met voorkennis³³³. Voornoemde personen tekenden tegen deze sanctiebeslissing hoger beroep aan bij het Hof van Beroep van Brussel. Op 1 februari 2008 sprak het Hof van Beroep in deze zaak een tussenarrest uit, waarin het beroep ontvankelijk werd verklaard en zes prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie werden gesteld. Deze prejudiciële vragen hadden allen betrekking op de wijze waarop het verbod op handel met voorkennis bedoeld in de richtlijn markt-misbruik, en het hieraan gekoppelde sanctiemechanisme, dienden te worden begrepen.

Het belangrijkste punt dat in deze prejudiciële zaak werd behandeld, betrof de vraag of de richtlijn markt-misbruik, voor de vaststelling van de inbreuk "gebruik van voorkennis", al dan niet vereist dat het bestaan van een causaal verband bewezen wordt tussen de voorkennis enerzijds, en de daaropvolgende transactie in financiële instrumenten anderzijds, met andere woorden:

- dient men te bewijzen dat de transactie ingegeven is door de voorkennis (i.e. bewijzen dat gehandeld werd "omwille van" de voorkennis), hetgeen het bewijs van een subjectief element veronderstelt, of
- volstaat het te bewijzen dat de persoon de voorkennis bezat, en vervolgens een transactie heeft gesteld in de betrokken financiële instrumenten, hetgeen enkel het bewijs van een aantal opeenvolgende objectieve elementen vergt.

Het administratieve verbod op handel met voorkennis neergelegd in artikel 25 van de wet van 2 augustus 2002 gaat uit van een objectieve benadering, door te stellen dat er sprake is van handel met voorkennis zodra aan drie constitutieve bestanddelen is voldaan: (i) men beschikt over voorkennis, (ii) men weet of moest weten dat de betrokken informatie voorkennis betrof, en (iii) men stelt een verrichting in de instrumenten waarop deze voorkennis betrekking heeft.

Een deel van de Belgische rechtsleer was echter van oordeel dat een essentieel constitutief bestanddeel van de inbreuk handel met voorkennis ontbrak, aangezien

333 Zie CBFA Verslag DC 2006, p. 79 en 80.

artikel 25 geen bewijs van causaliteit vergde, waardoor de vraag naar het richtlijnconforme karakter van deze bepaling zich stelde.

Niettegenstaande het bodemgeschil integraal onder toepassing viel van het oude artikel 25³³⁴ dat tekstueel nagenoeg identiek was aan het verbod op handel met voorkennis neergelegd in artikel 2, lid 1 van de richtlijn marktmisbruik³³⁵, oordeelde het Hof van Beroep toch dat een prejudiciële vraag aangaande de interpretatie van de richtlijn betreffende dit punt zich opdroeg.

Voornoemde interpretatievraag werd door het Hof van Justitie beantwoord in zijn arrest van 23 december 2009³³⁶.

Vooreerst oordeelde het Hof van Justitie dat niettegenstaande de sanctiebeslissing van de CBFA gebaseerd was op het oude artikel 25, de prejudiciële vraag toch ontvankelijk was aangezien de feiten in het hoofdgeding dateerden van na de inwerkingtreding van de richtlijn en werden bestraft op grond van de nationale wettelijke regeling (het oude artikel 25) die handel met voorkennis verbood³³⁷. Met zijn uitspraak over de ontvankelijkheid van de betrokken prejudiciële vragen erkende het Hof bijgevolg de relevantie van zijn arrest voor de interpretatie en toepassing van het oude artikel 25.

Ten gronde oordeelde het Hof van Justitie dat artikel 2, lid 1 van de richtlijn marktmisbruik geen gewag maakt van enig subjectief element, en deze bepaling derhalve een objectieve benadering van de inbreuk handel met voorkennis inhoudt. Zo kan men er in beginsel van uitgaan dat een persoon die over voorkennis beschikt en nadien een verrichting stelt deze informatie heeft aangewend in zijn beslissingsproces. Bovendien meent het Hof dat een slagvaardig verbodsbeleid steunt op een eenvoudige structuur waarin subjectieve verweermiddelen beperkt zijn³³⁸. Het dictum van het Hof op dit punt luidt dan ook als volgt³³⁹:

“Bijgevolg dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 2, lid 1 van richtlijn 2003/6 aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een in de tweede alinea van deze bepaling bedoelde persoon die over voorwetenschap beschikt, voor eigen rekening of voor rekening van derden, rechtstreeks of middellijk de financiële instrumen-

ten waarop deze voorwetenschap betrekking heeft, verkrijgt of vervaemdt of tracht te verkrijgen of te vervaemden, inhoudt dat deze persoon van deze informatie “gebruikmaakt” in de zin van deze bepaling, onder voorbehoud van eerbiediging van de rechten van de verdediging en inzonderheid van het recht om dat vermoeden te weerleggen. De vraag of deze persoon het verbod van handel met voorkennis heeft overtreden, moet worden onderzocht op basis van de doelstelling van deze richtlijn, die erin bestaat de integriteit van de financiële markten te beschermen en het vertrouwen van de beleggers te vergroten, dat onder meer berust op de wetenschap dat zij met elkaar op voet van gelijkheid zullen verkeren en zullen worden beschermd tegen het ongeoorloofde gebruik van voorwetenschap”.

Het Hof van Justitie stelt met andere woorden dat iemand die over voorkennis beschikt en vervolgens in de betrokken instrumenten handelt, gebruik maakt van de voorkennis, en dat het tegenbewijs betrekking heeft op de vraag of dit gebruik geoorloofd is.

In dit verband verduidelijkt het Hof dat het al dan niet geoorloofd karakter van het gebruik moet worden beoordeeld aan de hand van feitelijke elementen die dienen te worden afgetoetst aan de doelstelling van de richtlijn, zijnde de bescherming van de integriteit van de financiële markten en het vergroten van het vertrouwen van de beleggers³⁴⁰. Daarbij staat volgens het Hof de gelijkheid der beleggers centraal³⁴¹. Men dient dan ook een onderscheid te maken tussen gebruikmaking van voorkennis waarbij afbreuk wordt gedaan aan de door de richtlijn beschermde belangen, en gebruikmaking van voorkennis waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan deze belangen. Enkel in het eerste geval is de handeling volgens het Hof strafbaar.

Bij de weerlegging van het vermoeden dient de betrokkene met andere woorden aan te tonen dat, niettegenstaande hij over voorkennis beschikte en in de betrokken instrumenten heeft gehandeld, hij toch niet gehandeld heeft op een wijze die de integriteit van de financiële markten of het vertrouwen van de beleggers schendt, en de gelijkheid der beleggers derhalve niet doorbroken werd. Luidens het arrest kan een dergelijke situatie zich bijvoorbeeld voordoen indien iemand over voorkennis beschikt aangaande een bepaalde doelvennootschap, en vervolgens een openbaar bod uitbrengt op deze onderneming tegen een hogere koers dan de beurskoers³⁴². In een dergelijk geval werd de gelijkheid der beleggers immers niet doorbroken aangezien bij het stellen van de verrichting geen gebruik werd gemaakt van een voordeel waarover andere beleggers niet beschikken.

Bijgevolg trekt het Hof van Justitie de objectieve benadering voor het bewijs van de constitutieve bestanddelen van de inbreuk door naar het tegenbewijs, dat op zijn beurt eveneens gestoeld dient te zijn op objectieve toetsingscriteria.

334 Het oude artikel 25, § 1, 1°, a) luidde als volgt: “Het is aan eenieder verboden die over voorkennis beschikt, om gebruik te maken van deze voorkennis door, voor eigen of voor andermans rekening, rechtstreeks of onrechtstreeks de financiële instrumenten waarop deze voorkennis betrekking heeft of aanverwante financiële instrumenten te verkrijgen of te vervaemden of te pogen deze te verkrijgen of te vervaemden”. De richtlijnconformiteit van deze tekst werd in de rechtsleer niet betwist.

335 Artikel 2, lid 1 van de richtlijn luidt als volgt: “De lidstaten verbieden de in de tweede alinea bedoelde personen die over voorwetenschap beschikken om gebruik te maken van deze voorwetenschap door, voor eigen rekening of voor rekening van derden, rechtstreeks of middellijk de financiële instrumenten waarop deze voorwetenschap betrekking heeft te verkrijgen of te vervaemden, of te trachten deze te verwerven of te vervaemden”.

336 De integrale tekst van het arrest is terug te vinden op www.curia.europa.eu, zaak C-45/08.

337 Randnummers 26 tot 28 van het arrest.

338 Randnummers 30-38 van het arrest.

339 Randnummer 62 van het arrest.

340 Randnummer 55 van het arrest.

341 Randnummers 49, 52-53 van het arrest.

342 Randnummer 59 van het arrest.

Besluitend kunnen we stellen dat het Hof met deze rechtspraak aangeeft dat het in de richtlijn bepaalde verbod op handel met voorkennis op een objectieve wijze dient te worden ingevuld, doch dat men bij de concrete toepassing ervan rekening moet houden met de ratio legis³⁴³ (doelstelling en consideransen) van de richtlijn.

Op 7 december 2010 sprak het Hof van Beroep van Brussel vervolgens een arrest uit over de grond van de zaak.

De sanctiebeslissing van de CBFA was gestoeld op het oude artikel 25, dat toegepast werd aan de hand van de criteria aangereikt door de (op het ogenblik van de feiten reeds bestaande) richtlijn marktmisbruik. Daarbij ging de CBFA in haar beslissing uit van considerans 18 van de richtlijn, die stelt dat gebruik van voorkennis kan bestaan in de verwerving of vervreemding van financiële instrumenten, terwijl de betrokken partij weet of zou moeten weten dat de informatie waarover hij beschikt voorkennis betreft.

In het eerste luik van zijn arrest oordeelde het Hof van Beroep – op basis van de voorbereidende werken bij het oude en nieuwe artikel 25 – dat de stelling van de CBFA als zou dit artikel een anticipatieve omzetting van de richtlijn marktmisbruik vormen, niet kon worden aanvaard. Het Hof interpreteert voorts het oude artikel 25 ook niet in het licht van deze richtlijn. Zo geeft het in dit verband aan dat de bepalingen van een richtlijn niet kunnen worden tegengeworpen aan particulieren zolang ze nog niet door een nationale wet zijn omgezet in de nationale rechtsorde³⁴⁴. Daarnaast verwees het Hof van Beroep nog naar het beginsel van de mildere strafwet, dat eveneens van toepassing is inzake administratieve sancties.

Voorts was het Hof tevens van oordeel dat de CBFA, door in haar sanctiebeslissing het oude artikel 25 op objectieve en richtlijnconforme wijze toe te passen, de facto het nieuwe artikel 25 heeft toegepast. Bijgevolg diende volgens het Hof de beslissing van de CBFA vernietigd te worden³⁴⁵.

In het tweede luik van zijn arrest³⁴⁶ wees het Hof op zijn volle rechtsmacht, en ging het in dit kader na of de feiten een inbreuk vormden op het oude artikel 25, met toepassing van het causaliteitsbewijs.

Het Hof wees in dit verband naar het verslag van de Auditeur van de CBFA, dat eveneens van een causaliteitsbenadering uitging, en waarin men tot het besluit kwam dat causaliteit bewezen was.

Zo was de Auditeur van de CBFA van oordeel dat het betwiste order ingegeven was door voorkennis, aangezien dit order enerzijds gekenmerkt werd door een fundamentele verandering van het inkooppatroon voor wat het aantal en de limiet betreft, en de aankopen anderzijds gekenmerkt werden door een dringend karakter.

Daarenboven ontbrak enige overtuigende verantwoording voor deze twee elementen, waardoor volgens de Auditeur het causaal verband bewezen was.

Het Hof poneerde twee mogelijke manieren om het causaal verband te bewijzen: enerzijds het rechtstreeks bewijs omtrent het gebruik van voorkennis (bijvoorbeeld ondubbelzinnige geregistreerde verklaringen of geschriften), en anderzijds het onrechtstreeks bewijs, bestaande uit aanwijzingen die voor geen andere redelijke verklaring vatbaar zijn, of iedere andere redelijke grond tot verklaring uitsluiten. Met andere woorden, *“er dient naar rede aannemelijk worden gemaakt dat een verwerving van een financieel instrument niet zou zijn gekomen indien van voorkennis geen gebruik werd gemaakt”*³⁴⁷.

Vervolgens ging het Hof na of het (bij gebreke aan rechtstreekse bewijzen) aannemelijk was te stellen dat de vennootschap niet zou hebben gekocht zonder de voorkennis.

Het Hof overliep in dit verband een aantal argumenten, en was van oordeel dat de feiten niet duiden op een dringende aankoop noch een gewijzigd inkooppatroon. Ook de wijziging van de limiet hield volgens het Hof geen verband met de voorkennis, doch sloot louter aan bij de effectieve marktgegevens en de referentiepunten uit de optieplannen.

Op grond van al het bovenstaande besloot het Hof derhalve dat een heroverweging van de feiten niet leidde tot de vaststelling dat in casu gebruik werd gemaakt van voorkennis, en er dan ook geen reden bestond om een administratieve sanctie op te leggen³⁴⁸.

De CBFA heeft tegen dit arrest een voorziening in Cassatie ingesteld.

343 Randnummers 56-60 van het arrest.

344 Randnummers 64 tot en met 67 van het arrest.

345 Randnummers 69 tot en met 72 van het arrest.

346 Randnummers 73 tot en met 89 van het arrest.

347 Randnummer 80 van het arrest.

348 Randnummers 90 tot en met 92 van het arrest.

3.6. TOEZICHT OP DE INSTELLINGEN VOOR COLLECTIEVE BELEGGING

3.6.1. Internationale ontwikkelingen

Richtlijnen en verordening tot uitvoering van UCITS IV en de desbetreffende CESR-guidelines

Tijdens de verslagperiode werd het Europees wetgevend kader voor ICBE's aangepast. Na publicatie van de UCITS IV-richtlijn³⁴⁹ werden op 10 juli 2010 twee richtlijnen³⁵⁰ en twee verordeningen³⁵¹ ter uitvoering van deze richtlijn gepubliceerd. De UCITS IV-richtlijn en haar uitvoeringsbepalingen zullen vanaf 1 juli 2011 door de lidstaten moeten worden toegepast.

In het jaarverslag van de CBFA 2008-2009³⁵² werden reeds de zes krachtlijnen besproken van de vernieuwingen die worden doorgevoerd door de UCITS IV-richtlijn. De in 2010 genomen uitvoeringsbepalingen vullen deze krachtlijnen verder aan.

Kennisgevingsprocedure

ICBE's die hun rechten van deelneming in een andere lidstaat wensen te verhandelen, kunnen dat op basis van de UCITS IV-richtlijn doen volgens een snellere en meer geharmoniseerde procedure. Anders dan in het verleden, gebeurt de nieuwe kennisgevingsprocedure tussen de toezichthouders zelf. Van zodra de tot tien werkdagen gereduceerde procedure is voltooid, krijgt de ICBE toegang tot de markt van de lidstaat van ontvangst.

Verordening 584/2010 uniformiseert de toepassing van deze procedure door zowel voor de kennisgeving door de ICBE als voor de ICBE-verklaring van de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst een modeldocument te voorzien dat door de ICBE dan wel de bevoegde autoriteiten moet worden gebruikt. De communicatie tussen de autoriteiten onderling gebeurt via e-mail, tenzij de autoriteiten zijn overeengekomen een meer geavanceerde elektronische communicatiemethode te gebruiken.

Na de initiële kennisgevingsprocedure, moet de ICBE de bijwerking van de verschillende documenten zelf rechtstreeks afhandelen met de bevoegde autoriteiten van haar lidstaat van ontvangst. Op basis van richtlijn 2010/44/EU kan de ICBE deze bijwerkingen doen door middel van een kennisgeving via e-mail.

De lidstaten zullen de nodige informatie toegankelijk maken die van belang is voor ICBE's die hun rechten van deelneming in die lidstaat willen verhandelen. Deze informatie betreft onder meer verplichtingen inzake publiciteit, rapportering en eisen in verband met de voorzieningen die voor de deelnemers beschikbaar moeten zijn.

Europees paspoort voor beheervenootschappen

De UCITS IV-richtlijn voert een volwaardig Europees paspoort voor beheervenootschappen in, waardoor een beheervenootschap die in haar lidstaat van herkomst een vergunning ontvangt, voortaan ook zal kunnen optreden als aangestelde beheervenootschap van ICBE's die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Dit kan zowel door middel van het vestigen van een bijkantoor als door middel van het vrij verrichten van diensten in die lidstaat.

Wanneer een beheervenootschap op grensoverschrijdende basis de werkzaamheid van collectief portefeuillebeheer verricht, zal ze inzake haar organisatie als beheervenootschap de regels van haar lidstaat van herkomst moeten eerbiedigen. Een beheervenootschap die grensoverschrijdende activiteiten voert via een bijkantoor, moet voldoen aan de gedragsregels van de lidstaat van ontvangst; voert de beheervenootschap deze activiteiten in het kader van de vrije dienstverlening, dan moet ze voldoen aan de gedragsregels van haar lidstaat van herkomst. Voor wat betreft de samenstelling en de werking van de ICBE waarvoor zij optreedt als beheervenootschap, zoals de beleggingspolitiek, de boekhouding of de rapporteringsverplichtingen van de ICBE, moeten de regels van de lidstaat van herkomst van de ICBE worden geëerbiedigd.

De voor de beheervenootschappen geldende organisatorische regels, gedragsregels en regels inzake risicobeheer, die in de UCITS IV-richtlijn een algemene strekking behouden, worden gedetailleerd uitgewerkt in richtlijn 2010/43/EU. Verschillende bepalingen van deze richtlijn zijn ook van toepassing op ICBE's die geen beheervenootschap hebben aangesteld.

Tot slot definieert richtlijn 2010/43/EU de inhoud van de standaardovereenkomst tussen een bewaarder en een beheervenootschap. Een dergelijke overeenkomst

349 Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), PB L 302 van 17 november 2009, p. 32 tot 96.

350 Richtlijn 2010/43/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft organisatorische eisen, belangenconflicten, bedrijfsvoering, risicobeheer en inhoud van de overeenkomst tussen een bewaarder en een beheermaatschappij, PB L 176 van 10 juli 2010, p. 42 tot 61 (hierna "richtlijn 2010/43/EU"); Richtlijn 2010/44/EU van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van sommige bepalingen betreffende fusies van fondsen, master-feederconstructies en de kennisgevingsprocedure, PB L 176 van 10 juli 2010, p. 28 tot 41 (hierna "richtlijn 2010/44/EU"). Richtlijn 2010/44/EU verscheen oorspronkelijk onder het nummer 2010/42/EU, maar in het Publicatieblad van 14 juli 2010 verscheen een rectificatie in verband met deze nummering.

351 Verordening (EU) nr. 583/2010 van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van de Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft essentiële beleggersinformatie en de voorwaarden waaraan moet worden voldaan als de essentiële beleggersinformatie of het prospectus op een andere duurzame drager dan papier of via een website wordt verstrekt, PB L 176 van 10 juli 2010, p. 1 tot 15 (hierna "verordening 583/2010"); Verordening (EU) nr. 584/2010 van de Commissie van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de vorm en inhoud van de gestandaardiseerde kennisgeving en ICBE-verklaring, het gebruik van elektronische communicatie tussen bevoegde autoriteiten voor kennisgevingsdoeleinden, alsook procedures voor onderzoeken en verificaties ter plaatse en de uitwisseling van informatie tussen bevoegde autoriteiten, PB L 176 van 10 juli 2010, p. 16 tot 27 (hierna "verordening 584/2010").

352 Zie CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 61 tot 64.

moet worden afgesloten indien een ICBE is gevestigd in een andere lidstaat dan de door haar aangestelde beheervennootschap. Naar alle waarschijnlijkheid zal deze standaardovereenkomst ook model staan voor het contract tot aanstelling van een beheervennootschap door een ICBE die in dezelfde lidstaat is gevestigd.

Grensoverschrijdende fusies

Onder de nieuwe Europese reglementering wordt voor het eerst een regime ingevoerd voor grensoverschrijdende fusies van ICBE's. Dit regime is van toepassing op enerzijds fusies tussen ICBE's of compartimenten hiervan uit verschillende lidstaten en anderzijds fusies tussen ICBE's of compartimenten hiervan uit dezelfde lidstaat waarvan de rechten van deelneming in een andere lidstaat mogen worden verhandeld.

De UCITS IV-richtlijn legt de procedure vast van voorafgaandelijke goedkeuring, evenals de inhoud van het gemeenschappelijk fusievoorstel. Verschillende elementen van het fusievoorstel moeten worden gecontroleerd door de bewaarders van de bij de fusie betrokken ICBE's. Bovendien zal hetzij een bewaarder, hetzij een onafhankelijke auditor een controle doorvoeren van de financiële aspecten van de fusie, onder meer van de berekeningsmethode voor de ruilverhouding en van de daadwerkelijke ruilverhouding.

De bij de fusie betrokken ICBE's moeten hun deelnemers geruime tijd voor de fusie correcte en nauwkeurige informatie over de voorgenomen fusie verstrekken. Deze informatie moet de deelnemers in staat stellen om met kennis van zaken de gevolgen van het fusievoorstel voor hun belegging te beoordelen. Richtlijn 2010/44/EU bepaalt dat deze informatie moet worden verstrekt op papier of, onder bepaalde voorwaarden, op een andere duurzame drager. Deze richtlijn preciseert eveneens de gegevens die in de informatie moeten worden opgenomen.

Master-feederconstructies

De UCITS IV-richtlijn introduceert de mogelijkheid voor een ICBE of een compartiment hiervan (de "feeder") om minstens 85 % van haar activa te beleggen in rechten van deelneming van een andere ICBE of een compartiment hiervan (de "master") die gevestigd is in dezelfde of een andere lidstaat. Voor de *feeders* wordt hiermee in een uitzondering voorzien op de spreidingsregels die de UCITS IV-richtlijn oplegt aan ICBE's; de *masters* blijven aan de normale spreidingsregels onderworpen.

Verschillende bepalingen van de UCITS IV-richtlijn die het wettelijk kader van de *master-feeder*constructies vastleggen, worden uitgevoerd in richtlijn 2010/44/EU. Deze laatste richtlijn legt onder meer de inhoud vast van de overeenkomst tussen de *feeder* en haar *master*, of van de interne bedrijfsvoeringsregels indien de *feeder* en haar *master* dezelfde beheervennootschap hebben aangesteld. Deze overeenkomst of interne bedrijfsvoeringsregels moeten verzekeren dat de *feeder* de nodige informatie en documenten kan verkrijgen om haar verplichtingen naar behoren te vervullen. Ook van de

overeenkomst tussen de bewaarders/auditors, die moet worden opgesteld wanneer de *master* en de *feeder* een verschillende bewaarder/auditor hebben, wordt de inhoud bepaald door richtlijn 2010/44/EU.

Tot slot regelt richtlijn 2010/44/EU de procedure die van toepassing is bij vereffening, fusie of splitsing van een *master*. Deze procedure moet de *feeder* de mogelijkheid en de tijd bieden om te bepalen of ze na het verdwijnen van de *master* zelf moet worden vereffend, of ze zal beleggen in een andere *master* dan wel of ze zich zal omvormen tot een niet-*feeder*.

Essentiële beleggersinformatie

Het vereenvoudigd prospectus wordt onder UCITS IV vervangen door een nieuw document, de "essentiële beleggersinformatie", ook gekend onder de Engelse benaming "KII" (Key Investor Information). Dit is een kort document dat de essentiële informatie over een ICBE in niet-technische termen uiteenzet. De essentiële beleggersinformatie moet op uniforme wijze worden opgesteld voor iedere ICBE of, indien van toepassing, voor ieder compartiment. Het document mag, behalve voor gestructureerde ICBE's, niet langer zijn dan twee A4-bladzijden.

De inhoud en vorm van de essentiële beleggersinformatie worden op gedetailleerde wijze vastgelegd in verordening 583/2010. Naast informatie over de doelstellingen en het beleggingsbeleid, bevat de essentiële beleggersinformatie ook praktische informatie, informatie over in het verleden behaalde resultaten, het risico- en opbrengstprofiel en de kosten. Bijzondere vermeldingen moeten worden opgenomen voor aandelenklassen, dakfondsconstructies, *feeders* en gestructureerde ICBE's. Het document moet minstens éénmaal per jaar geëvalueerd en herzien worden.

Tijdens de verslagperiode heeft CESR verschillende *guidelines* gepubliceerd met preciseringen over diverse elementen van de essentiële beleggersinformatie, met name het risico- en opbrengstprofiel, de lopende kosten, de te vermelden toekomstscenario's bij gestructureerde ICBE's en de overgang bij de omzetting van het vereenvoudigd prospectus naar de essentiële beleggersinformatie³⁵³. Bovendien heeft CESR een *template* ontwikkeld voor de essentiële beleggersinformatie³⁵⁴ en een gids uitgebracht over het gebruik van een duidelijke taal en lay-out bij het opstellen van dit document³⁵⁵.

353 CESR's *guidelines on the methodology for the calculation of the synthetic risk and reward indicator in the Key Investor Information Document*, 1 juli 2010, ref.: CESR/10-673 ; CESR's *guidelines on the methodology for calculation of the ongoing charges figure in the Key Investor Information Document*, 1 juli 2010, ref.: CESR/10-674; CESR's *guidelines on the selection and presentation of performance scenarios in the Key Investor Information document (KII) for structured UCITS*, november 2010, ref.: CESR/10-1318; CESR's *guidelines on the transition from the Simplified Prospectus to the Key Investor Information document*, november 2010, ref.: CESR/10-1319.

354 CESR's *template for the Key Investor Information document*, november 2010, ref.: CESR/10-1321.

355 CESR's *guide to clear language and layout for the Key Investor Information document*, november 2010, ref.: CESR/10-1320.

Hoewel de UCITS IV-richtlijn in principe vanaf 1 juli 2011 moet worden toegepast, hebben de lidstaten de mogelijkheid om een overgangstermijn van één jaar te voorzien waarbinnen de ICBE's hun vereenvoudigd prospectus moeten vervangen door de essentiële beleggersinformatie.

Samenwerking tussen autoriteiten

De samenwerking tussen toezichhoudende autoriteiten wordt versterkt door de UCITS IV-richtlijn. Verordening 584/2010 legt de procedure vast die de toezichhoudende autoriteiten dienen te volgen wanneer ze een onderzoek of een verificatie ter plaatse willen verrichten op het grondgebied van een andere lidstaat. De verordening bevat ook bepalingen die de uitwisseling van informatie regelen tussen autoriteiten.

Richtlijn betreffende de beheerders van alternatieve beleggingsfondsen

In november 2010 bereikten de Raad, het Europese Parlement en de Europese Commissie een akkoord over de richtlijn betreffende de beheerders van alternatieve beleggingsfondsen³⁵⁶. Met het goedkeuren van deze richtlijn biedt de Europese Unie een antwoord op de vraag naar striktere regulering ten gevolge van de recente crisis.

Toepassingsgebied

De richtlijn voorziet in een geharmoniseerd reglementair kader voor de beheerders van alternatieve beleggingsfondsen (*Alternative Investment Fund Managers*, afgekort AIFM). AIFM zijn rechtspersonen van wie de normale professionele activiteit bestaat uit het beheer van alternatieve beleggingsfondsen (*Alternative Investment Funds*, afgekort AIF). AIF zijn alle thans niet-ICBE's die kapitaal aantrekken bij een aantal investeerders met als doel dit te investeren ten gunste van deze investeerders en dit overeenkomstig een welbepaald beleggingsbeleid.

De richtlijn heeft een ruim territoriaal toepassingsgebied. Ze is van toepassing op alle AIFM die gevestigd zijn binnen de Europese Unie en op alle AIFM die niet gevestigd zijn binnen de Europese Unie en die minstens een deel van hun activiteiten ontplooiën binnen de Europese Unie (hetzij door het beheer van Europese AIF, hetzij door de commercialisering van AIF binnen de Europese Unie).

Vergunning

Luidens de richtlijn is voor het beheer van AIF, dat zowel intern als extern kan worden verricht en waaronder minstens vermogens- en risicobeheer wordt begrepen, een vergunning vereist. Deze kan maar worden toegekend indien de AIFM in staat is om op voortdurende wijze de vereisten van de richtlijn na te leven. Deze betreffen onder meer operationele en organisatorische vereisten inzake kapitaal, bestuur en beheer, remuneratiebeleid, beheer van belangenconflicten, risicobeheer, liquiditeitsbeheer,

de waardering van de activa en de berekening van de netto-inventariswaarde, de delegatie van beheertaken, de aanstelling van een bewaarder, transparantie en rapportering, (limieten op) het gebruik van schuldfinanciering of andere instrumenten met een hefboomeffect en bijzondere beschermingsmaatregelen in geval van controleverwerving over Europese vennootschappen.

Toezicht

Hoewel de richtlijn een aanzienlijke en centrale rol weglegt voor de Europese toezichthouder ESMA, gebeurt het vergunnen van en het eigenlijke toezicht op de AIFM door de nationale toezichthouders. Voor Europese AIFM is de bevoegde toezichhoudende overheid deze van de lidstaat waarin de AIFM haar statutaire zetel heeft. Voor niet-Europese AIFM zal dit de toezichhoudende overheid van de zogenaamde referentielidstaat zijn. De referentielidstaat is niet vrij te kiezen door de niet-Europese AIFM: ze wordt bepaald aan de hand van strikte criteria waarbij tevens een adviserende rol voor ESMA weggelegd is, dat kan bemiddelen in geval van betwistingen.

De richtlijn bevat bijzondere samenwerkings- en informatieverplichtingen, zowel tussen de verschillende toezichhoudende overheden als tussen de toezichhoudende overheden, ESRB³⁵⁷ en ESMA. ESMA moet tevens een centraal en publiek register bijhouden met daarin alle AIFM vergund overeenkomstig de richtlijn. De toezichhoudende overheden van de lidstaten hebben onder strikte voorwaarden ook de mogelijkheid om zelf rechtstreeks of onrechtstreeks op te treden tegen bepaalde activiteiten of gedragingen van AIFM die onder toezicht staan van de toezichhoudende overheid van een andere lidstaat.

Europees Paspoort

Vergunde Europese AIFM kunnen binnen de EER en overeenkomstig de richtlijn Europese AIF beheren met een Europees paspoort. Voor de commercialisering van de door hen beheerde fondsen aan professionele beleggers binnen de lidstaten van de EER moeten de vergunde Europese AIFM enkel een bijzondere notificatieprocedure doorlopen. Voor de commercialisering aan retailbeleggers, hoewel ook hiervoor minstens de voorwaarden van de richtlijn moeten worden vervuld, is echter geen Europees paspoort voorzien. Het staat de lidstaten vrij om zulke commercialisering aan bijkomende voorwaarden te onderwerpen.

De richtlijn voorziet bovendien in een geconditioneerde en gefaseerde uitbreiding van dit Europees paspoort voor enerzijds Europese AIFM die niet-Europese fondsen beheren en/of binnen Europa commercialiseren en voor anderzijds niet-Europese AIFM die hun activiteiten binnen de EER willen ontplooiën, hetzij door het beheer van Europese AIF, hetzij door de commercialisering in de EER van Europese of niet-Europese AIF. Deze uitbreiding zal ten vroegste twee jaar na afloop van de omzettingstermijn plaatsvinden door middel van een gedele-

356 Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende de beheerders van alternatieve beleggingsfondsen en tot wijziging van richtlijn 2003/41/EC en 2009/65/EC (nog niet gepubliceerd in het PB).

357 *European Systemic Risk Board*.

geerde handeling (level 2) van de Commissie en na een positief advies van ESMA.

Voor het uitgebreide paspoort geldt het basisbeginsel 'zelfde rechten, zelfde verplichtingen' ten opzichte van het paspoort voor de Europese AIFM die Europese AIF beheeren. Gelet op de bijzondere niet-Europese aspecten, zal het paspoort echter onderworpen zijn aan enkele strikte bijkomende voorwaarden. Hierbij is een belangrijke ondersteunende en coördinerende rol voor ESMA weggelegd.

Nationale regimes

Tot minstens drie jaar na de algemene invoering van het Europese paspoort voor alle AIFM, zullen de niet-Europese AIFM en de Europese AIFM die niet-Europese AIF commercialiseren hun activiteiten zonder paspoort binnen de EER kunnen ontplooiën onder het toepasselijke nationale recht van de lidstaten. Enkele Europese minimumvoorwaarden zijn van toepassing en de lidstaten zijn vrij om strengere regels op te leggen. Na afloop van deze overgangsperiode zullen de nationale regimes in principe, onder bepaalde voorwaarden en na een advies van ESMA, op basis van een gedelegeerde handeling van de Europese Commissie worden afgeschaft.

Evaluatie

De richtlijn voorziet in een globale evaluatie door de Europese Commissie, vier jaar na het verstrijken van de implementatietermijn. Op basis hiervan kan de Europese Commissie wetgevende initiatieven tot amendering van de richtlijn nemen. Bovendien is voorzien dat de Europese Commissie in het kader van haar globale evaluatie zal onderzoeken of het gepast is de toezichthoudende rol van ESMA verder uit te breiden.

Omzetting

De richtlijn beoogt een maximumharmonisatie, tenzij uitdrukkelijk van dit principe wordt afgeweken. De richtlijn moet uiterlijk twee jaar na de publicatie ervan worden omgezet in nationaal recht.

3.6.2. Evolutie in de nationale reglementering

Koninklijk besluit met betrekking tot vastgoedbevaks

Tijdens de verslagperiode is de voor vastgoedbevaks geldende reglementering³⁵⁸ grondig herzien. De koninklijke besluiten van 10 april 1995³⁵⁹ en 21 juni 2006³⁶⁰ zijn immers integraal vervangen door het koninklijk besluit van 7 december 2010³⁶¹.

358 Vastgoedbeleggingsvennootschappen met vast kapitaal.

359 Koninklijk besluit van 10 april 1995 met betrekking tot vastgoedbevaks.

360 Koninklijk besluit van 21 juni 2006 op de boekhouding, de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van openbare vastgoedbevaks, en tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 april 1995 met betrekking tot vastgoedbevaks.

361 Koninklijk besluit van 7 december 2010 met betrekking tot vastgoedbevaks (BS van 28 december 2010).

Hierna wordt ingegaan op de belangrijkste wijzigingen die het koninklijk besluit van 7 december 2010 heeft aangebracht.

De wettelijke bepalingen over kapitaalverhogingen en uitgiften van effecten van vastgoedbevaks zijn herzien. Vastgoedbevaks mogen voortaan kapitaalverhogingen door inbreng in geld met beperking of opheffing van het voorkeurrecht doorvoeren, op voorwaarde dat aan de bestaande aandeelhouders een onherleidbaar toewijzingsrecht wordt verleend bij de toekenning van nieuwe effecten. De uitgifte van (al dan niet converteerbare) obligaties en van inschrijvingsrechten is van nu af aan toegestaan, terwijl de uitgifte van winstbewijzen verboden blijft. Mits naleving van bepaalde voordelen is voortaan ook de uitkering van een keuzedividend expliciet toegestaan.

Naast de rechtsfiguur van de vastgoedbevaks, openbare ICB, voorziet het koninklijk besluit van 7 december 2010 ook in de mogelijkheid om institutionele vastgoedbevaks op te richten. Dergelijke institutionele vastgoedbevaks mogen echter niet autonoom bestaan, maar moeten verplicht door een openbare vastgoedbevaks worden gecontroleerd. Deze nieuwe optie strekt ertoe het gebruik van een ad-hocvehikel mogelijk te maken, zodat de openbare vastgoedbevaks specifieke projecten zouden kunnen verwezenlijken met een derde die de hoedanigheid van institutioneel belegger heeft.

Voor de oprichting van zo'n institutionele ICB en, meer algemeen, het bezit van deelnemingen in dochtervennootschappen gelden een aantal beperkingen. Zo wordt verduidelijkt dat een openbare vastgoedbevaks uitsluitend aandelen mag bezitten in een andere vennootschap (ongeacht of dat al dan niet een institutionele vastgoedbevaks is) als zij een exclusieve of gezamenlijke controle uitoefent over die vennootschap. Overigens is het een openbare vastgoedbevaks in beginsel niet toegestaan om tegelijkertijd dochtervennootschappen met én zonder het statuut van institutionele vastgoedbevaks te hebben. Bovendien wordt een vastgoedbevaks in elk geval geacht minstens 50 % van het kapitaal van haar dochtervennootschap te bezitten. Verder worden ook beperkingen opgelegd met betrekking tot het deel van het geconsolideerd vermogen dat een openbare vastgoedbevaks op het niveau van haar dochtervennootschappen mag onderbrengen, en met betrekking tot de totale waarde van de belangen die andere aandeelhouders houden in het geheel van de door de openbare vastgoedbevaks gecontroleerde vennootschappen. Voor het geval een vennootschap gezamenlijk door een openbare vastgoedbevaks en door een andere vennootschap wordt gecontroleerd, wordt voorzien in een regeling die ertoe strekt patstellingen te doorbreken. Daarnaast wordt ook in een specifieke regeling voorzien voor de dochtervennootschappen die met een publiekrechtelijke rechtspersoon worden gecontroleerd.

Er wordt verduidelijkt dat de bepalingen over het beleggingsbeleid op geconsolideerde basis gelden voor de gehele groep die bestaat uit de vastgoedbevaks en haar dochtervennootschappen.

Net als de regeling waarvan sprake in het koninklijk besluit van 10 april 1995 beperkt ook het koninklijk besluit van 7 december 2010 de (geconsolideerde en enkelvoudige) schuldenlast van de openbare vastgoedbevak tot 65 % van de activa. Conform het nieuwe besluit moet de openbare vastgoedbevak voortaan ook een financieel plan voorleggen zodra haar geconsolideerde schuldratio meer dan 50 % bedraagt. Tot slot wordt expliciet verduidelijkt dat geen dividend mag worden uitgekeerd (en dat de uitkeringsverplichting dus niet van toepassing is) wanneer de schuldratio meer dan 65 % bedraagt. De institutionele vastgoedbevaks (en de dochtervennootschappen van de vastgoedbevaks die dat statuut niet hebben) zijn op enkelvoudig niveau niet aan die beperking onderworpen.

Ook inzake deugdelijk bestuur bevat het koninklijk besluit van 7 december 2010 een aantal nieuwigheden. Zo zijn openbare vastgoedbevaks voortaan verplicht minstens drie onafhankelijke bestuurders in de zin van artikel 526ter W.Venn. in hun raad van bestuur op te nemen. Verder worden ook specifieke regels ingevoerd voor de vergoeding van de leiders. Zo is het verboden een op de omzet gebaseerde vergoeding toe te kennen. Indien een variabele vergoeding wordt toegekend in functie van de resultaten, mag bij de bepaling daarvan enkel het geconsolideerde nettoresultaat in aanmerking worden genomen (dus met uitzondering van bijvoorbeeld de variatie van de reële waarde van de activa van de vastgoedvennootschap). Laatstgenoemde bepalingen komen bovenop de geldende bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen.

Verder zijn nieuwe regels ingevoerd met betrekking tot de door de vastgoedbevak aangeduide deskundige voor de waardering van haar vastgoedpatrimonium : het beginsel van de rotatie van de deskundigen wordt duidelijk geponeerd, de vereisten inzake hun onafhankelijkheid worden verduidelijkt en tot slot wordt gepreciseerd dat hun vergoeding geen verband mag houden met de waarde van het door hen aan een expertise onderworpen vastgoed.

Bovendien wijzigt het koninklijk besluit van 7 december 2010 ook de definitie van het begrip "promotor". Voortaan worden de personen die de controle hebben over de openbare vastgoedbevak, als promotoren beschouwd. De hoedanigheid van promotor heeft dus een continu en permanent karakter. Als aan de volgende drie voorwaarden is voldaan, wordt een promotor niet langer als dusdanig beschouwd :

- a) de promotor oefent niet langer de controle uit over de vastgoedbevak;
- b) de promotor is zijn oorspronkelijke verplichtingen nagekomen, waaronder met name de verplichting om erop toe te zien dat minstens 30 % van de aandelen van de vastgoedbevak, binnen een termijn van één jaar na haar inschrijving, te allen tijde in het bezit zijn van het publiek, en
- c) de vastgoedbevak is sinds minstens drie jaar bij de CBFA ingeschreven.

Het boekhoudschema als bijlage bij het koninklijk besluit van 7 december 2010 bevat specifieke bepalingen voor de bepaling van het bedrag dat, krachtens artikel 617 W.Venn., als dividend kan worden uitgekeerd, en dit in een door de IFRS beheerste boekhoudomgeving.

Tot slot schrapt het koninklijk besluit van 7 december 2010 de verplichting voor vastgoedbevaks om een bevaarder aan te stellen.

De meeste bepalingen van het koninklijk besluit van 7 december 2010 zijn op 7 januari 2011 in werking getreden. Toch geldt voor sommige bepalingen een uitgestelde inwerkingtreding, inzonderheid de bepalingen van boekhoudkundige aard, waarvan de inwerkingtreding wordt uitgesteld tot de eerste dag van het eerste volledige boekjaar dat volgt op de inwerkingtreding van het ontwerpbesluit.

Circulaire betreffende de verslaggeving inzake de beoordeling van het intern controlesysteem en de verklaring aangaande de periodieke verslagen en statistieken

De circulaire "De verslaggeving van de effectieve leiding van zelfbeheerde ICB's met een veranderlijk aantal rechten van deelneming en van beheervenootschappen van ICB's inzake de beoordeling van het intern controlesysteem en de verklaring van de effectieve leiding van ICB's met een veranderlijk aantal rechten van deelneming inzake de periodieke verslagen en statistieken"³⁶² is gericht aan openbare ICB's met een veranderlijk aantal rechten van deelneming en aan beheervenootschappen aangesteld door dergelijke ICB's.

De circulaire bestaat uit twee delen.

Verslaggeving van de effectieve leiding inzake de beoordeling van het interne controlesysteem

Het eerste deel van de circulaire slaat op de verslaggeving inzake de beoordeling van het interne controlesysteem van ICB's. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen zelfbeheerde ICB's en ICB's die een beheervenootschap hebben aangesteld.

Overeenkomstig artikel 40 van de ICB-wet dienen zelfbeheerde ICB's over een eigen en voor hun voorgenomen activiteiten passende beleidsstructuur, organisatie en interne controle te beschikken. De effectieve leiding van een zelfbeheerde ICB dient op grond van artikel 40, § 8 van dezelfde wet aan de CBFA, de raad van bestuur en de erkend commissaris verslag uit te brengen over de naleving van voormelde wettelijke organisatorische vereisten en beschermingsregels en over de genomen maatregelen van interne controle. De wetgeving voorziet dat deze verslaggeving aan de CBFA en de erkend commissaris gebeurt volgens de modaliteiten die de CBFA bepaalt.

De circulaire brengt vooreerst de beginselen inzake interne controle van de zelfbeheerde ICB in herinnering. Voorts behandelt de circulaire de modaliteiten van de

362 Circulaire CBFA_2011_07 van 14 februari 2011.

verslaggeving inzake de beoordeling van het interne controlesysteem die de effectieve leiding van de zelfbeheerde ICB jaarlijks dient te versturen aan de CBFA en aan de erkend commissaris. Ze vestigt inzonderheid de aandacht op het belang van de beschrijving en beoordeling van twee aspecten die eigen zijn aan een ICB, met name de coördinatie en informatieuitwisseling tussen de diverse partijen die tussenkomen bij de werking ervan (bewaarder en financiële dienst) en de vereisten waaraan de interne controle van een ICB moet voldoen indien beheertaken aan een derde worden toevertrouwd.

ICB's die niet beschikken over de conform artikel 40 van de ICB-wet vereiste eigen en voor hun voorgenomen activiteiten passende beleidsstructuur, organisatie en interne controle dienen, overeenkomstig artikel 43 van de ICB-wet, een beheervenootschap aan te stellen om de beheertaken waar te nemen. De bepalingen van artikel 40 van de ICB-wet zijn op hen dan ook niet van toepassing.

Voor dergelijke ICB's dient de interne controle overeenkomstig artikel 153 van de ICB-wet voorhanden te zijn op het niveau van de aangestelde beheervenootschap en zal de effectieve leiding van de beheervenootschap een verslag over de interne controle moeten overmaken aan de CBFA en de commissaris van de beheervenootschap. De verwachtingen van de CBFA over de beschrijving en de beoordeling van de interne controle van de ICB-beheervenootschap werden reeds beschreven in de circulaire CBFA_2008_12 d.d. 9 mei 2008³⁶³.

De circulaire CBFA_2011_07 van 14 februari 2011 vult voormelde circulaire aan met toelichtingen over specifieke aspecten van de interne controle die eigen zijn aan het collectief beheer van ICB's (het risicobeheer, reconciliatie transacties, beleggingsbeleid en -limieten, NIW-berekening en informatieverstrekking aan het publiek). Deze aanvullende aanbevelingen zijn volledig gelijklopend aan diegene die worden geformuleerd ten aanzien van de effectieve leiding van de zelfbeheerde ICB.

Verklaring van de effectieve leiding inzake de periodieke verslagen en statistieken

Het tweede deel van de circulaire behandelt de bijzondere verklaring van de effectieve leiding van de ICB aan de CBFA over de halfjaarlijkse en jaarverslagen en over de statistieken, bedoeld in de artikelen 76, § 2, tweede en derde lid, en 81, derde en vierde lid van de ICB-wet.

De circulaire licht de concrete modaliteiten van deze verslaggeving toe en voorziet in modelverklaringen.

Circulaire over de medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen

Met toepassing van artikel 88, § 1 van de ICB-wet verlenen de erkende commissarissen hun medewerking aan het toezicht door de CBFA, op hun eigen en uitsluitende verantwoordelijkheid en overeenkomstig de bepalingen

van voormeld artikel, volgens de regels van het vak en de richtlijnen van de CBFA.

Circulaire CBFA_2011_06 d.d. 14 februari 2011 heeft tot doel voormelde wettelijke medewerkingsopdracht van de erkende commissaris te verduidelijken inzake het toezicht op openbare ICB's naar Belgisch recht met een veranderlijk aantal rechten van deelneming en gelijkaardige ICB's naar buitenlands recht, en meer in het bijzonder de richtlijnen van de CBFA te definiëren waarvan sprake in voormeld artikel 88 van de ICB-wet.

De richtlijnen zullen door de revisoren worden vervolledigd met een Belgische professionele norm en gestandaardiseerde type-verklaringen.

In afwachting van een professionele norm bevatten de richtlijnen eveneens aanduidingen betreffende het gebruik van internationale auditnormen in het kader van de medewerkingsopdracht.

De circulaire volgt dezelfde structuur als de circulaire CBFA_2009_19 d.d. 8 mei 2009 (die van toepassing is op de kredietinstellingen)³⁶⁴, met inachtnaam van specifieke aspecten inzake ICB's.

Ze beschrijft in eerste instantie de modaliteiten van de medewerking van de erkende commissarissen betreffende de controles van de halfjaarlijkse verslagen, de jaarverslagen, en de statistieken van de ICB en inzake de beoordeling van de maatregelen van interne controle. Deze opdrachten resulteren in een periodieke verslaggeving aan de CBFA.

Bij de circulaire zijn werkprogramma's gevoegd, die de erkende commissaris als concrete leidraad kan gebruiken bij de uitoefening van zijn controletaken inzake de halfjaarlijkse verslagen, de jaarverslagen en de statistieken. Deze werkprogramma's lichten de aard van de controle toe op de diverse onderdelen of aspecten van de periodieke verslagen en statistieken. Tevens worden modelverslagen voor de bevestiging inzake de statistieken toegevoegd.

De opdracht van de erkende commissaris inzake de interne controle betreft de beoordeling van de interne controlemaatregelen die de ICB heeft getroffen en de mededeling van de bevindingen hieromtrent aan de CBFA.

De circulaire maakt inzake deze beoordeling een onderscheid tussen zelfbeheerde ICB's en ICB's die een beheervenootschap aanstellen.

Enkel zelfbeheerde ICB's dienen krachtens artikel 40 van de ICB-wet over een eigen en voor hun voorgenomen activiteiten passende beleidsstructuur, organisatie en interne controle te beschikken. De richtlijnen aan de erkende commissarissen belichten dan ook vooral de rol van de erkende commissaris bij een zelfbeheerde bevek en de belangrijkste elementen waarop hij zijn be-

363 Zie CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 16.

364 Circulaire CBFA_2009_19 d.d. 8 mei 2009 - Medewerkingsopdracht van de erkende commissarissen (zie dit verslag, p. 24).

oordeling moet steunen, waaronder het verslag van de effectieve leiding van de ICB over de interne controle.

ICB's die niet beschikken over de conform artikel 40 van de ICB-wet vereiste eigen en voor hun voorgenomen activiteiten passende beleidsstructuur, organisatie en interne controle dienen, overeenkomstig artikel 43 van de ICB-wet, een beheervenootschap aan te stellen om de beheertaken waar te nemen. De bepalingen van artikel 40 van de ICB-wet zijn op hen dan ook niet van toepassing. Voor dergelijke ICB's dient de interne controle voorhanden te zijn op het niveau van de aangestelde beheervenootschap. De desbetreffende controlewerkzaamheden behoren bijgevolg tot de medewerkingsopdracht van de erkende commissaris van de aangestelde ICB-beheervenootschap, die beschreven wordt in de circulaire CBFA_2009_19 d.d. 8 mei 2009.

Niettemin kent de circulaire de commissaris van een niet zelfbeheerde bevek toch een specifieke controleopdracht toe. Hij zal moeten oordelen of voldaan is aan de rapporteringsvereisten inzake interne controle die werden opgelegd aan de beheervenootschap bij haar aanstelling. Deze rapportering moet de bevek toelaten om te oordelen of de aangestelde beheervenootschap haar beheertaken, in het licht van de aard van de activiteiten van de ICB, op passende wijze organiseert. De erkende commissaris van de bevek kan zich voor zijn bevindingen in het bijzonder steunen op zijn analyse van het verslag van de effectieve leiding van de beheervenootschap. De commissaris dient tevens na te gaan of in de niet zelfbeheerde bevek de nodige procedures voorhanden zijn om uit deze rapportering de passende gevolgen te trekken.

Aan de circulaire is een gedetailleerd overzicht gehecht van de concrete controletaken van de erkende commissaris inzake de beoordeling van de compliancefunctie (als onderdeel van de interne controle).

Naast de periodieke verslaggeving licht de circulaire ook de signaalfunctie van de erkende commissaris toe: hij moet bij de CBFA verslag uitbrengen zodra hij kennis krijgt van beslissingen, feiten of ontwikkelingen die de positie van de ICB financieel of op het vlak van haar administratieve, boekhoudkundige, financiële of technische organisatie of van haar interne controle, op betekenisvolle wijze kunnen beïnvloeden.

3.6.3. Toezicht in de praktijk

Inventaris van prospectuswijzigingen die geen voorafgaande goedkeuring van de CBFA vereisen

Overeenkomstig de artikelen 53 en 60 van de ICB-wet kunnen een prospectus, vereenvoudigd prospectus en bijwerkingen van voormelde documenten slechts worden gepubliceerd na goedkeuring door de CBFA.

Artikel 14 van het ICB-besluit bevat echter een lijst van bijwerkingen van het prospectus en het vereenvoudigd prospectus van een ICB die gepubliceerd kunnen worden zonder voorafgaande goedkeuring door de CBFA.

Het koninklijk besluit van 1 oktober 2008 tot wijziging van het ICB-besluit³⁶⁵ heeft voormeld artikel 14 uitgebreid met een categorie van prospectusbijwerkingen die geen goedkeuring van de CBFA behoeven (artikel 14, 15°)³⁶⁶. Onder deze categorie vallen bijwerkingen van het prospectus en het vereenvoudigd prospectus die slaan op niet wezenlijke gegevens, die geen betrekking hebben op de aard van de ICB en haar compartimenten of hun beleggingsbeleid.

Op 16 februari 2009 heeft de CBFA een mededeling gepubliceerd op haar webstek met een reeks wijzigingen die volgens haar behoren tot de categorie van gegevens vermeld in artikel 14, 15° van het ICB-besluit, en derhalve beschouwd worden als wijzigingen van niet wezenlijke gegevens zoals hierboven beschreven.

Voorwaarden om uitsluitend via internet de netto-inventariswaarde te publiceren

Artikel 101 van het ICB-besluit stelt dat een ICB naar Belgisch recht haar netto-inventariswaarde (NIW) moet bekendmaken in één of meer in België uitgegeven dagbladen of op een andere door de CBFA aanvaarde wijze. De artikelen 121 en 131 van datzelfde koninklijk besluit bevatten dezelfde publicatieplicht voor ICB's naar buitenlands recht die in België worden gecommmercialiseerd.

De ICB-sector heeft de wens geuit om de NIW's van de in België gecommmercialiseerde, Belgische en buitenlandse ICB's uitsluitend via internet te publiceren en meer in het bijzonder via de website van BEAMA.

De CBFA heeft dit verzoek ingewilligd, mits voldaan werd aan de volgende voorwaarden inzake toegankelijkheid, vergelijkbaarheid en gebruiksgemak van de informatie:

- de gegevens die via de website worden verspreid, moeten gelijkwaardig zijn aan de gegevens die in de dagbladen verschenen.

In concreto betekent dit dat de belegger een globaal en gestandaardiseerd overzicht moet hebben van alle ICB's met vermelding van de bijhorende NIW's. Deze werkwijze moet de belegger toelaten de NIW's met elkaar te vergelijken. Bovendien dient de website duidelijk aan te geven of en in welke mate de totaliteit van de in België gecommmercialiseerde ICB's in het overzicht zijn opgenomen en moet ze een duidelijke verwijzing bevatten naar de plaats(en) waar de NIW van de ICB's die niet in het internetoverzicht zijn opgenomen wordt gepubliceerd;

- er wordt een onderscheid gemaakt tussen de publicatie van de NIW's van de ICB en enig ander publiciteair materiaal verspreid via eenzelfde website;

³⁶⁵ Koninklijk besluit van 1 oktober 2008 tot wijziging van het koninklijk besluit van 4 maart 2005 met betrekking tot bepaalde instellingen voor collectieve belegging (BS 28 oktober 2008).

³⁶⁶ Zie in dit verband tevens CBFA Verslag DC 2008-2009, pp. 68 en 69.

- er dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen de gepubliceerde informatie met betrekking tot openbare en niet-openbare ICB's;
- indien zoekcriteria, inzonderheid met betrekking tot de beleggingspolitiek, gebruikt worden, moeten deze op uniforme en eenduidige wijze gedefinieerd worden;
- elke op de Belgische markt gecommmercialiseerde ICB moet een gelijkwaardige toegang tot het systeem krijgen, zodat zij de mogelijkheid heeft om de NIW's op eenzelfde wijze te verspreiden;
- de belegger die niet over internet beschikt, moet de NIW's kunnen opvragen bij de financiële dienstverlener³⁶⁷;
- de impact op de kosten die zou voortvloeien uit deze wijziging van publicatie, dient in het volgend jaarverslag van de ICB toegelicht te worden;
- alle derden moeten de gegevens in het overzicht kunnen kopiëren in een bewerkbare versie en dit in het bijzonder met het oog op de opvolging van de eigen portefeuille van de belegger;
- indien het betrokken informaticasysteem niet zou functioneren, moeten onverwijld maatregelen worden genomen opdat de belegger dezelfde dag nog de NIW's op een gelijkwaardige wijze kan raadplegen (dergelijke maatregel kan er bijvoorbeeld in bestaan de NIW via de krant te publiceren);
- de financiële dienstverleners die niet deelnemen aan de uitsluitende publicatie van de NIW's via internet, moeten dit toelichten op hun website;
- het publiek dient via een persbericht geïnformeerd te worden over de modaliteiten van het betrokken systeem van uitsluitende publicatie van de in België gecommmercialiseerde NIW's via internet en dient ook kennis te krijgen van de ICB's die deelnemen aan het systeem.

Hieruit volgt dat de website van BEAMA, of enige andere website die voldoet aan de voormelde voorwaarden, aanvaard wordt of kan worden als een enig kanaal voor de publicatie van netto-inventariswaarden, en dit als alternatief voor de krachtens voormeld ICB-besluit opgelegde publicatie in dagbladen. De uitsluitende publicatie op de betrokken website volstaat dus om aan de wettelijke publicatieverplichting te voldoen.

Het voorgaande doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan de mogelijkheid, voor elke ICB, om te (blijven) opteren voor de publicatie van haar NIW in één of meer in België uitgegeven dagbladen, zonder een bijkomende publicatie via internet te voorzien. De loutere publicatie van de NIW in één of meer in België uitgegeven dagbladen blijft, zoals in het verleden, volstaan om aan de wettelijke publicatieverplichting te voldoen en ICB's zijn geens-

zins verplicht om hun NIW te publiceren via een website die aan voormelde voorwaarden voldoet.

Indien bepaalde financiële dienstverleners ervoor zouden opteren om voor een beperkt gamma van de door hen gecommmercialiseerde ICB's de NIW toch nog in de krant te blijven publiceren, dient in dergelijke hypothese, teneinde elke verwarring voor de belegger te vermijden, in de krant een disclaimer te verschijnen met de mededeling dat:

- de in de krant gepubliceerde NIW's enkel een beperkt gamma betreffen van de door de betrokken promotor/financiële dienstverlener gecommmercialiseerde ICB's, en dat
- de NIW's van het volledige gamma van de door de betrokken promotor/financiële dienstverlener gecommmercialiseerde ICB's op de website van BEAMA kunnen geraadpleegd worden.

Indien bepaalde financiële dienstverleners ervoor zouden opteren om op bepaalde tijdstippen de NIW van de door hen gecommmercialiseerde ICB's toch nog in de kranten te blijven publiceren, doch met een frequentie die lager ligt dan die van de periodiciteit van in- en uittreding (vb. in een fondsenoverzicht), dient in dergelijke publicatie duidelijk te worden verwezen naar het prospectus inzake de volledige periodiciteit volgens de welke de in- en uittreding gebeurt en waar de NIW kan worden geraadpleegd voor alle data waarop in- en uittreding mogelijk is.

De beslissing van de CBFA doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid om de NIW te publiceren in één of meer in België uitgegeven dagbladen, gecombineerd met een publicatie op de website van de uitgever van deze dagbladen (of op een andere website). De rechtmatigheid van de publicatie van de NIW in dagbladen (al dan niet gecombineerd met een publicatie via internet), waarbij de emittent vrij kiest in welk(e) in België uitgegeven dagblad(en) hij zijn NIW publiceert, is immers reeds uitdrukkelijk in het voormeld ICB-besluit vastgelegd en vergt dus geen bijzondere beslissing van de CBFA.

Compartiment met vaste looptijd: toetsing van het begrip 'financiële index'

Tijdens de verslagperiode werd bij de Commissie een dossier ingediend voor de inschrijving van een compartiment met vaste looptijd van een niet-geharmoniseerde ICB naar Belgisch recht. Het lag in de bedoeling om het belegde beginkapitaal op de vervaldag terug te betalen, in voorkomend geval vermeerderd met een meerwaarde ingevolge een indexstijging. Deze index bestond deels uit een monetaire component, deels uit een aandelencomponent. De verhouding tussen de beide componenten varieerde in functie van de analyses van de financiële markten.

Zoals gebruikelijk is bij dergelijke structuren, werd de meerwaarde op vervaldag verkregen via een swap die door de ICB was afgesloten.

De vraag rees of de onderliggende waarde van dit financieel derivaat (de swap) kon worden beschouwd als een

³⁶⁷ Financiële dienstverlener als bedoeld in artikel 73, § 2 van de ICB-wet.

financiële index in de zin van artikel 45, § 1, 8°, a) (iv) van het ICB-besluit.

In artikel 45/4 van dit besluit zijn de criteria vastgesteld waaraan een index moet beantwoorden om als financiële index gekwalificeerd te kunnen worden. Om erkend te worden door de CBFA, moet een index voldoen aan de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 50 van ditzelfde besluit, namelijk:

- de index moet voldoende gediversifieerd zijn;
- de index moet representatief zijn voor de markt waarop hij betrekking heeft;
- de waarde en de samenstelling van de index moeten op passende wijze worden bekendgemaakt.

In dit dossier bleek de betrokken index niet representatief te zijn voor een bepaalde markt.

De Commissie heeft dan ook besloten dat de index niet kon worden gekwalificeerd als financiële index in de zin van artikel 45, § 1, 8°, a) van het ICB-besluit. Op te merken valt dat deze mening gedeeld werd door een bevoegde autoriteit in een andere lidstaat die met dezelfde vraag geconfronteerd was.

Als gevolg van deze beslissing van de Commissie diende het derivaat dat op deze index was gebaseerd, conform artikel 45/4, § 2 van het voormelde besluit, beschouwd te worden als een derivaat op elk van de componenten van deze index teneinde voor elke component te kunnen uitmaken of het voor de ICB in aanmerking kwam. In dit geval bleek de onderliggende waarde te bestaan uit effecten en/of geldmarktinstrumenten en liquide middelen. Er werd derhalve beschouwd dat de swap in aanmerking kwam voor de ICB in de zin van artikel 55, § 1 van het ICB-besluit.

Wat de berekening van de beleggingsgrenzen betreft, bepaalt artikel 46, § 3, derde lid van het ICB-besluit dat indien de onderliggende waarde van een financieel derivaat een conform artikel 50 erkende financiële index is, de onderliggende waarden voor de berekening van deze grenzen niet samengeteld hoeven te worden met de activa die de ICB rechtstreeks bezit. In het voorliggend dossier kon de ICB geen aanspraak maken op de toepassing van deze bepaling.

Bijgevolg diende de ICB de algemene regeling voor risicospreiding toe te passen. Dit hield in dat zij voor de berekening van de begrenzings van de risicospreiding rekening diende te houden met de risico's op de onderliggende waarden. Zij hoefde deze begrenzings evenwel enkel na te leven bij de lancering van het compartiment aangezien het een niet-geharmoniseerd compartiment was met vaste looptijd en bescherming van het beginkapitaal.

Kapitaalvermindering door een vastgoedbevak voor een verlies dat blijkt uit het halfjaarlijks financieel verslag

Een vastgoedbevak wenste kort voor de afsluiting van het boekjaar haar kapitaal te verminderen teneinde vervolgens, op datum van afsluiting van het boekjaar, over voldoende uitkeerbare middelen in de zin van artikel 617 W.Venn. te beschikken om de door haar geplande dividenduitkering te kunnen verwezenlijken.

Een eerste gedeelte van de kapitaalvermindering diende ter aanzuivering van het verlies over het vorige, reeds afgesloten, boekjaar. Dit gedeelte deed geen vragen rijzen. Een tweede gedeelte van de kapitaalvermindering diende ter aanzuivering van een verlies uit het lopende boekjaar, dat bleek uit het halfjaarlijks financieel verslag³⁶⁸. Omdat dit verlies nog niet bleek uit een jaarrekening over een volledig boekjaar, rees de vraag of het wel kon worden beschouwd als een "geleden verlies" waarvoor een "formele" kapitaalvermindering mogelijk was (zonder toepassing van de schuldeiserbescherming voorzien door artikel 613 W.Venn.) en waarvoor geen onbeschikbare reserve diende te worden aangelegd (wat door artikel 614 W.Venn. wordt vereist voor een formele kapitaalvermindering tot dekking van een "voorzienbaar verlies"). Een gedeelte van de rechtsleer bepleit immers dat een kapitaalvermindering ter aanzuivering van een geleden verlies enkel betrekking kan hebben op het verlies dat definitief blijkt uit de jaarrekening over een volledig boekjaar. De voornaamste bekommernis van deze rechtsleer is dat men anders zou kunnen besluiten tot de aanzuivering ten laste van het kapitaal van een tijdelijk verlies, dat bekeken over het gehele boekjaar lager uitvalt of zelfs helemaal verdwijnt.

De aandeelhouders ondervonden geen nadeel van de voorgestelde verrichting. Net zoals artikel 633 W.Venn. verwijst de tekst van artikel 614 W.Venn. trouwens niet uitdrukkelijk naar de jaarrekening, in tegenstelling tot wat het geval is voor artikel 617 W.Venn. De door de bevak voorgestelde werkwijze vond ook steun in sommige rechtsleer. Op basis van de verwachte resultaten was het bovendien erg onwaarschijnlijk dat het verlies uit het eerste semester van het lopende boekjaar, dat in mindering zou worden gebracht van het kapitaal, geheel of gedeeltelijk ongedaan zou worden gemaakt door het resultaat van het tweede semester. Indien er tussen het moment van de oproeping en het moment van de bijeenkomst van de algemene vergadering indicaties zouden zijn dat dit onwaarschijnlijke scenario zich toch zou voordoen, was de zaakvoerder van de bevak daarenboven van plan de algemene vergadering voor te stellen gebruik te maken van diens recht tot amendering van het voorstel van beslissing en het kapitaal slechts te verminderen voor een lager bedrag.

In die omstandigheden heeft de Commissie dan ook besloten om, in toepassing van artikel 9 van het koninklijk besluit van 10 april 1995 met betrekking tot vastgoedbevaks, het ontwerp van de statutenwijziging die gepaard ging met de kapitaalvermindering goed te keuren.

³⁶⁸ De bevak diende dit halfjaarlijks verslag op te stellen overeenkomstig artikel 13 van het koninklijk besluit van 14 november 2007.

Buitenlandse bevek die geen ICBE is: aanpassing aan de ICB-wet

In 2009 heeft de CBFA zich moeten uitspreken over de aanpassing van een beursgenoteerde buitenlandse ICB zonder Europees paspoort aan de ICB-wet.

In het kader van deze aanpassing rezen vooreerst vragen omtrent de gepaste organisatie van de ICB. Meer bepaald beschikte de ICB enkel over een bewaarder (hierna "custodian") die uitsluitend belast werd met de taken van materiële bewaring en vereffening waarvan sprake in artikel 9, § 1 van het ICB-besluit, en dus niet met de controletaken waarvan sprake in artikel 9, § 2 van het ICB-besluit.

Het ICB-besluit verwijst, voor wat de taken van de bewaarder van een buitenlandse ICB betreft, uitsluitend naar de materiële bewaartaken en taken van vereffening bedoeld in artikel 9, § 1 van het ICB-besluit en maakt geen gewag van voormelde in artikel 9, § 2 bedoelde controlefuncties. Bovendien blijkt uit artikel 126 van datzelfde koninklijk besluit dat een buitenlandse ICB zelfs kan worden ingeschreven als zij geen bewaarder heeft, in zoverre de CBFA oordeelt dat de deelnemers niettemin een gelijkwaardige bescherming genieten.

In dat kader stelde de CBFA daarenboven vast dat de voorgestelde structuur werd toegelaten door de wetgeving van het land van oorsprong van de ICB.

De CBFA heeft in voormelde omstandigheden dan ook vastgesteld dat op basis van de Belgische regelgeving niet kon worden vereist dat de *custodian* ook de controlefuncties van artikel 9, § 2 van het ICB-besluit zou waarnemen.

Voorts diende de CBFA zich in dit dossier uit te spreken over het verzoek tot afwijking van de bepalingen van het ICB-besluit die betrekking hebben op de schorsing van de berekening van de netto-inventariswaarde (hierna "NIW", artikelen 102 tot 104 van het ICB-besluit). Krachtens artikel 131, § 2 van het ICB-besluit zijn voormelde artikelen 102 tot 104 inzake de schorsing van de berekening van de NIW ook op buitenlandse ICB's van toepassing, tenzij de CBFA een afwijking op deze artikelen toestaat.

Artikel 102, eerste lid van het ICB-besluit preciseert wanneer de berekening van de NIW kan worden geschorst; artikel 103 van het ICB-besluit beschrijft een aantal gevallen van verplichte schorsing van de NIW.

Het prospectus van de betrokken ICB vermeldde dat de berekening van de NIW kon worden geschorst "indien bijzondere omstandigheden daartoe klemmende redenen opleveren". Het prospectus vermeldde hierbij een aantal voorbeelden, met name het sluiten van de beurzen in landen waarin de bevek belegt of het beperken of opschorten van de handel op dergelijke beurzen, een order van één aandeelhouder met een waarde groter dan 5 % van het vermogen van de bevek, het niet voldoende snel of nauwkeurig kunnen bepalen van de waarde van een belegging van de bevek of nog het als gevolg van

een inkoop dalen van het nominale bij derden geplaatste aandelenkapitaal van de bevek tot onder het wettelijke minimum van 10 % van haar maatschappelijke kapitaal.

Aangezien de formulering in het prospectus zeer nauw aansloot bij de bewoordingen van artikel 103 van het ICB-besluit, werd beslist in dit dossier de gevraagde afwijking toe te staan.

Lancering van subklassen van aandelen door een ICBE die ressorteert onder het recht van een andere lidstaat

Een bevek kan verschillende categorieën van aandelen creëren waarbij elke aandelencategorie een volledig afgezonderd vermogen³⁶⁹ vertegenwoordigt. Deze afgezonderde vermogens binnen een bevek worden compartimenten genoemd. Vermits elk compartiment overeenstemt met een apart vermogen, worden de aandelen van compartimenten als afzonderlijke financiële producten met een eigen beleggingsbeleid verhandeld.

Binnen een compartiment kunnen nog aandelenklassen worden gecreëerd. Elke aandelenklasse wordt door een afzonderlijke categorie van aandelen vertegenwoordigd. Aandelenklassen binnen één enkel compartiment slaan allen op hetzelfde onderliggend vermogen dat aan hetzelfde beleggingsbeleid is onderworpen. Ze onderscheiden zich evenwel door criteria zoals de munt waarin de aandelen zijn uitgedrukt, de wijze waarop de kosten worden toegewezen of op grond van andere criteria die in het ICB-besluit zijn vastgelegd of door de CBFA worden aanvaard.

Tijdens de verslagperiode diende een ICBE uit een andere lidstaat van de Europese Unie een actualisering in van het kennisgevingsdossier met betrekking tot de verhandeling van haar rechten van deelneming in België. Die actualisering betrof met name de creatie en de verhandeling van aandelencategorieën die, binnen een eerder ingeschreven compartiment, in klassen en subklassen van aandelen waren onderverdeeld. Uit het dossier bleek evenwel dat de noties "compartimenten" en "aandelenklassen" in het recht van de betrokken lidstaat van herkomst een andere invulling kregen dan in België. Hierdoor rezen in dit dossier een aantal bijzondere vragen.

Kenmerkend voor het dossier was dat elke subklasse van aandelen als een afzonderlijk financieel product met een eigen beleggingsbeleid functioneerde. Elke subklasse bood de belegger immers een aan een bepaalde financiële index gekoppeld rendement en had een bepaalde contractuele looptijd. In het Belgisch recht zijn dat in beginsel kenmerken van verschillende compartimenten die afzonderlijke vermogens vertegenwoordigen.

Bovendien bevatten het volledige prospectus, opgesteld op ICBE-niveau, en het vereenvoudigde prospectus, opgesteld op compartimentsniveau, enkel algemene

³⁶⁹ De rechten van deelnemers en schuldeisers met betrekking tot een compartiment zijn beperkt tot de activa van het compartiment en kunnen niet worden uitgeoefend ten aanzien van de activa van andere compartimenten.

informatie over de subklassen van aandelen, zonder daarbij echter dieper in te gaan op hun specifieke kenmerken (onderliggende index, looptijd, werking van de formule op vervaldatum, ...). Het prospectus en het vereenvoudigde prospectus bevatten dus niet alle vereiste gegevens om zich een duidelijk beeld te kunnen vormen van het product dat bij de lancering van een subklasse werd aangeboden. De ICB was voornemens om de specifieke informatie over de subklassen van aandelen pas bij hun lancering in de pers te publiceren en wilde die informatie slechts periodiek in het betrokken prospectus en vereenvoudigde prospectus opnemen.

Dit dossier deed twee principiële vragen rijzen:

- welke procedure diende bij de inschrijving van zo'n subklasse van aandelen te worden gevolgd, gelet op het feit dat zij geacht werd een volwaardig financieel product te vormen dat aan het publiek werd aangeboden, terwijl voor de compartimenten en de aandelenklassen de CESR-standaardprocedure diende te worden toegepast in de context van het Europees ICBE-paspoort?
- hoe kon worden gegarandeerd dat de Belgische beleggers volledig zouden worden geïnformeerd bij de lancering van een subklasse van aandelen, aangezien de publicatie in de pers als informatiekanaal naar de beleggers toe weinig geschikt leek voor de openbaarmaking van de gegevens die essentieel waren om zich een beeld te kunnen vormen van het aangeboden financieel product?

Behandeling van de subklassen van aandelen in het licht van de standaardkennisgevingsprocedure

Zoals reeds vermeld, functioneerde elke subklasse van aandelen als een afzonderlijk financieel product dat vergelijkbaar was met aandelen die een compartiment vertegenwoordigen in Belgisch recht. Elke subklasse maakte echter integraal deel uit van een compartiment van een ICBE en was aan eenzelfde vermogen gekoppeld. Net als de Belgische wet voorzag ook de wet van de lidstaat van herkomst van de ICBE niet in een scheiding van de vermogens op het niveau van de klassen of subklassen van aandelen.

In de context van het Europees paspoort voor ICBE's heeft CESR, in aanvulling op de bepalingen van de ICBE-richtlijn, nauwkeurige en gedetailleerde aanbevelingen uitgewerkt in het vooruitzicht van de uniformisering van de kennisgevingsprocedure die een ICBE moet doorlopen bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst. Die richtlijnen werden in de operationele aanpak van de CBFA verwerkt en openbaar gemaakt via haar website³⁷⁰.

Uit die aanbevelingen blijkt dat, bij de inschrijving van een compartiment, dezelfde aanpak moet worden gehanteerd als bij de kennisgeving van een ICBE. Het compartiment wordt aldus als een volwaardige verhandelingsentiteit erkend en als een afzonderlijke ICBE behandeld in het kader van de kennisgevingsprocedure. De creatie van een nieuwe klasse en a fortiori subklasse van aandelen leunt daarentegen aan bij de actualisering van het kennisgevingsdossier van het compartiment waarbinnen die klassen worden gecreëerd.

Aangezien de subklassen van aandelen in het betrokken dossier als een volwaardig financieel product functioneerden (wat de promotor van de ICBE overigens niet betwistte), heeft de CBFA beslist om, op elke gecreëerde subklasse van aandelen, de voor compartimenten van ICBE's geldende procedure toe te passen, i.e. de gestandaardiseerde kennisgevingsprocedure die wordt toegepast wanneer een buitenlandse ICBE in België wordt verhandeld, in plaats van de gewone procedure voor de actualisering van het oorspronkelijke kennisgevingsdossier die van toepassing is bij de verhandeling van een nieuwe aandelenklasse. De CBFA is echter niet overgegaan tot de formele inschrijving van die subklassen op de lijst van de compartimenten van ICBE's naar buitenlands rechts die in België worden verhandeld.

Problematiek van de informatieverstrekking aan de beleggers en aan de CBFA

Zoals reeds vermeld, was de ICBE voornemens om pas a posteriori en op driemaandelijke basis specifieke informatie over de gecreëerde subklassen van aandelen in het prospectus en het vereenvoudigde prospectus op te nemen.

Bijgevolg zou de belegger, bij zijn initiële belegging, nooit over alle informatie over een bepaalde subklasse kunnen beschikken. Ook de CBFA zou in een dergelijk systeem trouwens nooit over alle vereiste informatie beschikt hebben om op passende wijze haar a-prioritoezicht uit te oefenen op de reclamestukken over de lancering van de betrokken subklasse.

Volgens de geldende procedure in de lidstaat van herkomst van de ICBE dienden de beleggers via een persbericht op de hoogte te worden gebracht van de specifieke informatie over een subklasse van aandelen. In overleg met de promotor van de ICBE werd afgesproken dat het betrokken bericht, dat in dit dossier in het Frans was opgesteld, aan de CBFA zou worden bezorgd en zou worden geacht integraal deel uit te maken van de Belgische bijlage bij het prospectus van de ICBE.

Zo kon worden gegarandeerd dat de Belgische belegger alle informatie over de subklasse van aandelen waarin hij voornemens was te beleggen, ontving vóór hij zijn beleggingsbeslissing zou nemen, en dat de CBFA over alle vereiste informatie beschikte om haar bevoegdheden met betrekking tot het toezicht op de reclamestukken te kunnen uitoefenen.

³⁷⁰ Zie ter zake circulaire ICB 1/2007 van de CBFA over de kennisgevingsprocedure voor de instellingen voor collectieve belegging die re-sorteren onder het recht van een andere lidstaat van de Europese Economische Ruimte en die voldoen aan de voorwaarden van richtlijn 85/611/EEG.

Afwijkingsbeleid inzake risicospreiding voor overheidseffecten

Tijdens de voorbije verslagperiode verzochten verschillende ICB's op grond van artikel 51 van het ICB-besluit om een afwijking van de risicospreidingregel van artikel 47, § 3 van hetzelfde besluit, volgens hetwelk een ICB tot maximum 35 % van haar activa kan beleggen in effecten of geldmarktinstrumenten die worden uitgegeven of gegarandeerd door een lidstaat van de EER of door een staat die geen lidstaat is van de EER, dan wel hiermee gelijkgestelde instellingen³⁷¹.

Op grond van de bedoelde afwijking kan de CBFA toestaan dat tot 100 % van de activa van de ICB zijn belegd in verschillende uitgiften van effecten en geldmarktinstrumenten die worden uitgegeven of gewaarborgd door een lidstaat van de EER, haar plaatselijke besturen, een staat die geen lidstaat is van de EER of internationale publiekrechtelijke instellingen waarin één of meer lidstaten van de EER deelnemen.

Deze afwijking kan krachtens artikel 51, tweede en derde lid van het ICB-besluit slechts worden verleend, indien:

- (i) de CBFA van oordeel is dat deelnemers in de betrokken ICB's een gelijkwaardige bescherming krijgen ten opzichte van deelnemers in ICB's die de begrenzingen van artikel 47 wel naleven;
- (ii) de betrokken ICB's effecten en geldmarktinstrumenten houden uit ten minste zes verschillende uitgiften, desgevallend uitgegeven door dezelfde entiteit;
- (iii) de effecten en geldmarktinstrumenten die tot dezelfde uitgifte behoren niet meer dan 30 % bedragen van het totaalbedrag van de activa;
- (iv) de statuten melding maken van de staten en gelijkgestelde instellingen die effecten en geldmarktinstrumenten uitgeven of garanderen, waarin zij meer dan 35 % van hun activa gaan beleggen.

Rekening houdend met de recente ontwikkelingen op de markt van de overheidsobligaties worden ICB's die een afwijking aanvragen voortaan uitdrukkelijk verzocht om in het beleggingsbeleid bijzondere beschermingsmaatregelen in te bouwen om een tegenwicht te vormen voor de risicoconcentratie die uit de afwijking voortvloeit. Deze maatregelen kunnen, bij wijze van voorbeeld, bestaan uit een minimale kredietwaardigheidsscore voor het geheel of een gedeelte van de portefeuille en/of het aantal uitgiften. Samen met het risicoprofiel en de andere kenmerken van de betrokken ICB, vormen de maatregelen een belangrijk element in de globale beoordeling door de CBFA van de gevraagde afwijking.

Lancering van een aandelenklasse met daaraan gekoppeld een mechanisme van automatische inkoop

Het onderscheid tussen de aandelenklassen van een ICB of een compartiment daarvan moet berusten op één van de in artikel 6 van het ICB-besluit gedefinieerde elementen of op een ander, door de CBFA aanvaard objectief element.

Tijdens de verslagperiode hebben een beheervenootschap en een verdeler hun voornemen bekendgemaakt om een nieuwe aandelenklasse te creëren en te verhandelen binnen bepaalde compartimenten van drie bestaande Belgische beveks. Kenmerkend voor die aandelenklasse is het bestaan van een vooraf bepaalde activeringskoers, die, zodra ze wordt bereikt, tot de automatische inkoop van de aandelen leidt. Die activeringskoers is een beschermingsmechanisme voor de belegger dat ertoe strekt het verlies van die belegger te beperken als de waarde van de aandelen daalt. Een exclusief verdeler verhandelt de aandelen en is ten aanzien van de beleggers verantwoordelijk voor het verloop van de automatische inkoop.

De werking van de aangeboden aandelenklasse kan als volgt worden omschreven. De voor de aandelen geldende activeringskoers wordt bepaald bij de inschrijving. Dat bedrag stemt overeen met een percentage, lager dan 100 %, van de inschrijvingsprijs. Hoewel in een standaardpercentage is voorzien, kan de belegger zelf een percentage kiezen binnen een vooraf bepaalde vork. Het gekozen percentage wordt vermeld in de door de belegger en de distributeur onderschreven inschrijvingsovereenkomst. Bijgevolg bestaan er verschillende activeringskoersen binnen een en dezelfde aandelenklasse.

Het standaardpercentage van de activeringskoers en de vork worden door de beheervenootschap bepaald in functie van de volatiliteit en de statistische spreiding van de resultaten van het compartiment.

De verdeler genereert een automatisch inkooporder wanneer de netto-inventariswaarde gelijk is aan of minder bedraagt dan de activeringskoers van de betrokken aandelen. Het order wordt uitgevoerd tegen een op dat moment onbekende koers die hetzij hoger ligt dan, hetzij minder bedraagt dan, hetzij overeenstemt met de activeringskoers. Het beschermingsmechanisme biedt geen enkele waarborg met betrekking tot de netto-inventariswaarde waartegen het order zal worden uitgevoerd.

Wanneer de aandelen naar een effectenrekening bij een andere tussenpersoon worden getransfereerd, worden zij door de verdeler kosteloos in gewone kapitalisatie-aandelen omgezet.

Bij haar onderzoek van de werking van de hierboven beschreven aandelenklasse heeft de CBFA bijzondere aandacht besteed aan het liquiditeitsbeheer, om te voorkomen dat de automatisch gegenereerde inkoop nadelig zou uitvallen voor de aandeelhouders die in het compartiment blijven, ongeacht de aandelenklasse waarvan zij eigenaar zijn. Bijgevolg moeten de selectie

³⁷¹ Krachtens artikel 47, § 5 van het ICB-besluit worden deze effecten of geldmarktinstrumenten ook niet in aanmerking genomen voor de toepassing van de begrenzing van 40 % in de 5-10-40 regel.

van de compartimenten waarvoor die aandelenklasse beschikbaar is, alsook de kernparameters van hun werking (vork van percentages op basis waarvan de activeringskoers wordt bepaald, bedrag van het kapitaal dat de aandelen vertegenwoordigt, ...) aangepast zijn aan de liquiditeit van de activa van die compartimenten. Daartoe rapporteert de verdeler aan de beheervenootschap over de kenmerken van de aandelen van de betrokken aandelenklasse waaraan het mechanisme van automatische inkoop gekoppeld is (aantal geplaatste aandelen, gekozen activeringskoers, inschrijvingsprijs, ...); zo kan de beheervenootschap anticiperen op de eventuele uittredingen en garanderen dat de liquiditeit binnen het betrokken compartiment toereikend blijft.

Gelet op die verschillende maatregelen, inclusief de maatregelen die de liquiditeit van de portefeuille moeten garanderen, heeft de CBFA ingestemd met de creatie en de verhandeling van de nieuwe aandelenklasse.



HOOFDSTUK 4

AANVULLENDE PENSIOENEN

4.1. EVOLUTIE IN DE NATIONALE REGLEMENTERING

Circulaire over het actueel financieringsniveau in het kader van de WAPZ

Op grond van artikel 48, § 1, 4^o van de WAPZ zijn pensioeninstellingen ertoe gehouden om op de jaarlijkse pensioenfiche het actuele financieringsniveau van de verworven reserves en van de waarborg bedoeld in artikel 47, tweede lid van de WAPZ te vermelden.

Om een antwoord te bieden op de vragen van de sector omtrent de toepassing van deze nieuwe verplichting, heeft de Commissie, na hierover het advies van de Commissie voor het Vrij Aanvullend Pensioen voor Zelfstandigen te hebben ingewonnen, een circulaire bekendgemaakt waarin haar verwachtingen omtrent de toepassing van artikel 48, § 1, 4^o worden uiteengezet³⁷².

De circulaire preciseert welke bezittingen en verplichtingen in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van het actueel financieringsniveau. In het geval van een IBP dient rekening te worden gehouden met de activa die de IBP aanhoudt ter dekking van de pensioenverplichtingen. Bij een verzekeringsonderneming wordt rekening gehouden met de reserves van de betrokken verzekeringsovereenkomsten.

De circulaire staat de pensioeninstellingen toe om het financieringsniveau globaal, voor alle aangeslotenen samen, te berekenen. Pensioeninstellingen mogen er evenwel ook voor opteren om het financieringsniveau op individuele basis, per aangeslotene, te berekenen.

De circulaire herneemt hiermee mutadis mutandis de bepalingen van circulaire CBFA_2008_25, die een analoge informatieverplichting regelt voor de pensioentoezeggingen in het kader van de WAP³⁷³.

Mededeling over de jaarlijkse pensioenfiche

Op grond van artikel 26, § 1 van de WAP is de pensioeninstelling, of de inrichter indien die daarom verzoekt, ertoe gehouden om aan de aangeslotene jaarlijks een pensioenfiche mee te delen. Deze fiche bevat gegevens over de individuele pensioenrechten van de aangeslotene, waaronder de verworven reserves en prestaties.

Op grond van artikel 26, § 9 kan de CBFA een gestandaardiseerde presentatiewijze bepalen voor die pensioenfiche.

Om tegemoet te komen aan de vraag naar een betere begrijpbaarheid en vergelijkbaarheid van pensioenfiches heeft de CBFA een model van uniforme pensioenfiche opgesteld dat zij aan de pensioeninstellingen en inrichters heeft gericht³⁷⁴.

Deze fiche bestaat uit een uniform voorblad, dat identiek is voor alle pensioentoezeggingen ongeacht hun aard en ongeacht de aard van de inrichter en de pensioeninstelling, en uit een bijlage die door de pensioeninstelling en de inrichter vrij kan worden ingevuld, rekening houdend met de specifieke aard van hun pensioentoezegging.

Het gebruik van de uniforme pensioenfiche wordt in een eerste fase niet opgelegd, maar enkel aanbevolen, doch wanneer gebruik wordt gemaakt van de uniforme pensioenfiche, dient men zich te houden aan de modellen die bij de mededeling werden gevoegd.

372 Circulaire CBFA_2009_13 van 12 maart 2009: "Vaststelling van het actuele financieringsniveau van de verworven reserves en van de waarborg, zoals bedoeld in artikel 48, § 1, 4^o van de WAPZ".

373 Circulaire CBFA_2008_25 van 10 december 2008: "Vaststelling van het actuele financieringsniveau van de verworven reserves en van de waarborg, zoals bedoeld in artikel 26, § 1, 5^o van de WAP". Deze circulaire werd toegelicht in het CBFA Verslag DC 2008-2009, p. 22 en 23.

374 Mededeling CBFA_2010_32 d.d. 21 december 2010 – Gestandaardiseerde presentatiewijze van de jaarlijkse pensioenfiche, zoals bedoeld in artikel 26, §§ 1, 5 en 9 van de WAP.

4.2. TOEZICHT IN DE PRAKTIJK

Externalisatie en onderfinanciering bij groepsverzekeringen

Naar aanleiding van een overdracht van reserves vanuit een IBP naar een groepsverzekering werd door de verzekeringsonderneming vastgesteld dat de overgedragen reserves niet volstonden om de pensioenverplichtingen in het kader van een verzekeringsovereenkomst te behalen. Als gevolg daarvan werd niet overgegaan tot de effectieve sluiting van een verzekeringsovereenkomst.

Deze situatie kan niet worden gekwalificeerd als een onderfinanciering in de zin van artikel 50 van het reglement leven. De bepalingen van het reglement leven worden immers maar van toepassing van zodra er een verzekeringsovereenkomst wordt gesloten. Bovendien gelden de financieringsregels van het reglement leven enkel voor het deel van de pensioenverplichtingen waarvan het beheer aan de verzekeringsonderneming werd overgedragen.

De CBFA was van oordeel dat een dergelijke situatie echter wel een inbreuk vormt op de externaliseringsverplichting vervat in artikel 5, § 3 van de WAP.

Artikel 5, § 3 verplicht inrichters om de uitvoering van de pensioentoezegging toe te vertrouwen aan een pensioeninstelling (i.e. hetzij een verzekeringsonderneming, hetzij een IBP). Het uitvoeren van pensioenverplichtingen "in eigen beheer" is niet toegelaten. Deze verplichting betekent concreet dat bij de pensioeninstelling voorzieningen moeten worden geboekt tot beloop van de pensioenverplichtingen. Er mag geen discrepantie bestaan tussen de pensioenverplichtingen van de inrichter en de voorzieningen van de pensioeninstelling(en). Een dergelijke discrepantie kan zich bijvoorbeeld voordoen:

- wanneer de inrichter maar een beroep doet op een pensioeninstelling voor een gedeelte van zijn pensioenverplichtingen;
- bij een reductie van de groepsverzekering. Door de reductie vermindert de pensioeninstelling haar eigen verplichtingen, als gevolg waarvan de pensioenverplichtingen van de inrichter niet langer overeenstemmen met de bij de pensioeninstelling gevormde voorzieningen;
- indien, zoals in het geval waarover de CBFA zich heeft gebogen, bij een verandering van pensioeninstelling de overgedragen reserves onvoldoende blijken om tot de sluiting van een groepsverzekering over te gaan.

Bij een inbreuk op de WAP kan de CBFA aan inrichters op grond van artikel 49^{quater} van de WAP een termijn opleggen om deze toestand te verhelpen.

In het geval van een inbreuk op de verplichting tot externalisering, waarbij een onmiddellijk herstel het voort-

bestaan van de onderneming in gevaar zou kunnen brengen, heeft de CBFA een gefaseerd herstel aanvaard door opeenvolgende termijnen vast te stellen.

Een dergelijk gefaseerd herstel kan gezien de principiële verplichting tot externalisering enkel in uitzonderlijke situaties worden aanvaard en uitsluitend op grond van het uitdrukkelijk akkoord van de CBFA.

Het gefaseerde herstel doet op geen enkele manier afbreuk aan de verworven reserves en prestaties van de aangeslotenen. Dit betekent dat de inrichter, in het geval van uitbetalingen tijdens de herstelperiode, eventuele tekorten onmiddellijk en volledig ten laste dient te nemen.

Aan de betrokken inrichters werd de verplichting opgelegd om de aangeslotenen en begunstigden in te lichten over de door de CBFA genomen beslissing.

Pensioentoezegging binnen een "cafetaria"-loonpakket

De CBFA werd ondervraagd over de verenigbaarheid van een salarispakket van het type "cafetaria" met de bepalingen van de WAP. In het kader van dat cafetariaplan zouden werknemers een vooraf bepaald premiebudget vrij kunnen verdelen over een menu van alternatieve looncomponenten, gaande van bijkomende vakantiedagen, over bedrijfswagens, telefonie, informatica en maaltijdcheques tot aanvullende verzekeringen met inbegrip van een luik aanvullend pensioen.

Het gebruik van cafetariaplannen binnen de sfeer van de aanvullende werknemerspensioenen wordt geregeld door artikel 4-2 van het WAP-besluit. Daarin worden de prestaties opgesomd die in het kader van een dergelijk plan kunnen worden voorzien. Naast aanvullende pensioenen kan het uitsluitend gaan om inkomensvervangende en kostendekkende waarborgen met betrekking tot sociale risico's (bijvoorbeeld verzekeringen arbeidsongeschiktheid, medische kosten of afhankelijkheid). Andere voordelen zoals bijkomende vakantiedagen of bedrijfswagens kunnen, rekening houdend met die bepaling, niet in een cafetariaplan worden geïntegreerd.

De vraagsteller was van oordeel dat de beperkingen van het WAP-besluit niet van toepassing waren op het cafetariaconcept zoals het door hem werd ontwikkeld, omdat dat cafetariaplan zich niet situeert op het niveau van de pensioentoezegging, maar op een hoger niveau, met name dat van het geheel van secundaire beloningscomponenten, die het voorwerp uitmaken van een bijlage bij de arbeidsovereenkomst.

De CBFA was het niet eens met die argumentatie en stelde dat artikel 4-2 van het WAP-besluit alle regelingen viseert waarbij aan de werknemer een zekere keuze wordt verleend inzake de verdeling van een budget over verschillende voordelen, van zodra één van die voordelen het aanvullend pensioen is.

Bijgevolg zijn toezeggingen waarbij vanuit een toegekend premiebudget, naast aanvullende pensioenen

ook voordelen worden gefinancierd die niet worden genoemd in artikel 4-2 van het WAP-besluit, niet in overeenstemming met die bepaling.

De omstandigheid dat binnen een onderneming reeds een basispensioentoezegging bestaat voor alle werknemers of dat er steeds een minimale bijdrage in het aanvullend pensioenplan wordt gestort vormt in het licht van artikel 4-2 van het WAP-besluit geen relevante overweging.



HOOFDSTUK 5

BESCHERMING VAN DE CONSUMENTEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN, CONTROLE VAN VERZEKERINGSCONTRACTEN EN TOEZICHT OP HYPOTHECAIR KREDIET

5.1. CONTROLE VAN DE VERZEKERINGSVOORWAARDEN

5.1.1. Evolutie in de nationale reglementering

Wijziging van de wettelijke regeling van de ziekteverzekeringsovereenkomsten

Tijdens de verslagperiode werd de wetgeving betreffende de ziekteverzekeringsovereenkomsten op twee niveaus (wet en koninklijk besluit) gewijzigd. Daarnaast heeft de CBFA tevens een circulaire gepubliceerd om vernoemde wijzigingen toe te lichten.

Nieuwe wetsbepalingen

De wet van 17 juni 2009 heeft een aantal wijzigingen doorgevoerd in hoofdstuk IV "Ziekteverzekeringsovereenkomsten" van Titel III van de Wet Landverzekeringsovereenkomst³⁷⁵.

De wijzigingen beogen vooreerst twee interpretatieproblemen te verhelpen waartoe deze bepalingen aanleiding hadden gegeven.

Eenzijds wordt de datum van inwerkingtreding van de betrokken bepalingen eenduidig vastgesteld op 1 juli 2007 en dit zowel voor de nieuwe overeenkomsten als voor de vóór die datum bestaande overeenkomsten. Voor deze laatste wordt evenwel voorzien in een overgangstermijn van twee jaar, voor wat de regels inzake premieverhogingen betreft.

Anderzijds wordt het bestaande basisondercheid tussen collectieve en individuele ziekteverzekeringsovereenkomsten vervangen door een nieuw onderscheid tussen beroepsgebonden en andere dan beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomsten. Voortaan zijn alle beroepsgebonden overeenkomsten – ongeacht of het individuele dan wel collectieve contracten betreft – aan dezelfde regels onderworpen. Hetzelfde geldt voor de andere dan beroepsgebonden overeenkomsten. Voor de bestaande collectieve andere dan beroepsgebonden overeenkomsten wordt in een overgangsregeling voorzien.

Daarnaast worden de regels voor de aanpassing van tarieven van lopende overeenkomsten gewijzigd.

Op grond van het gewijzigde artikel 138bis-4 van de Wet Landverzekeringsovereenkomst kunnen de premies van andere dan de beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomsten enkel nog worden gewijzigd:

- bij wederzijds akkoord van de partijen, op uitsluitend verzoek van de hoofdverzekerde en enkel in het belang van de verzekerden;
- op basis van de evolutie van de index van de consumptieprijzen;
- op basis van specifieke medische indexcijfers. De modaliteiten voor de berekening van die indexen worden vastgesteld door de Koning, na raadpleging van het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg³⁷⁶. De publicatie van de indexcijfers wordt toevertrouwd aan de FOD Economie.

Onverminderd deze mogelijkheden, kan de CBFA op grond van de controlewet verzekeringen een tariefverhoging opleggen, wanneer ze vaststelt dat de toepassing van het tarief de financiële gezondheid van de onderneming in gevaar brengt. Daartoe heeft de wet van 17 juni 2009 een nieuw lid ingevoegd in artikel 21octies, § 2 van de controlewet verzekeringen. Op grond van die nieuwe bepaling kan de CBFA, op verzoek van een verzekeringsonderneming, beslissen dat de onderneming maatregelen moet nemen om het tarief in evenwicht te brengen, indien zij vaststelt dat dat tarief, niettegenstaande de indexering van de premies op basis van de index van de consumptieprijzen of de medische indexen, niet zou volstaan. Deze maatregelen kunnen een wijziging van de dekkingsvoorwaarden inhouden.

Koninklijk besluit tot vaststelling van de medische indexcijfers

Het koninklijk besluit van 1 februari 2010 tot vaststelling van de medische indexcijfers geeft uitvoering aan artikel 138bis-4, § 3 van de wet landverzekeringsovereenkomst. Overeenkomstig deze bepaling mogen de premie, de vrijstelling en de prestaties van andere dan beroepsgebonden ziekteverzekeringsovereenkomsten, op de jaarlijkse premievervaldag worden aangepast aan de evolutie van de kosten van de diensten die door die overeenkomsten worden gedekt, en dit op grond van een of verschillende specifieke indexcijfers.

Het koninklijk besluit stelt de modaliteiten vast voor de berekening en publicatie van de indexcijfers en bepaalt de voorwaarden waaronder de verzekeringsonderneming de indexcijfers mag toepassen op de door haar beheerde contracten.

Met het oog op de berekening van de indexcijfers worden vier waarborgtypes ("eenpersoonskamer", "tweeen meerpersoonskamer", "ambulante zorgen" en "tandverzorging") en vijf leeftijdsklassen (0 tot 19 jaar, 20 tot 34 jaar, 35 tot 49 jaar, 50 tot 64 jaar en meer dan 65 jaar) onderscheiden.

³⁷⁵ Wet van 17 juni 2009 tot wijziging, wat de ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en van de wet van 20 juli 2007 tot wijziging, wat de private ziekteverzekeringsovereenkomsten betreft, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (BS 8 juli 2009).

³⁷⁶ Zie het koninklijk besluit van 1 februari 2010 tot vaststelling van de specifieke indexcijfers bedoeld in artikel 138bis-4, § 3, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (BS 8 februari 2010).

De indexcijfers worden driemaandelijks berekend door de FOD Economie op basis van de evolutie van de brutoschadelast, die door de verzekeringsondernemingen per leeftijdsklasse en per waarborgtype aan haar en aan de CBFA moet worden meegedeeld. De door de ondernemingen meegedeelde gegevens moeten worden gecertificeerd door de erkend commissaris. De CBFA onderzoekt of deze certificering heeft plaatsgevonden en of de gegevens betrekking hebben op ten minste drie ondernemingen die ten minste 75% van het incasso van de Belgische markt vertegenwoordigen.

Voor elk waarborgtype worden zowel indexcijfers berekend voor elke leeftijdsklasse afzonderlijk als een globaal indexcijfer dat losstaat van de leeftijdsklassen.

De FOD Economie publiceert deze cijfers in het Belgisch Staatsblad, ten laatste op de laatste dag van februari, mei, augustus en november³⁷⁷. De FOD Economie en de CBFA maken de cijfers tevens bekend op hun website.

De verzekeringsondernemingen kunnen, met inachtneming van de wettelijke en contractuele bepalingen ter zake, de premies van lopende overeenkomsten verhogen ten belope van het percentage dat de verhouding weergeeft tussen het toepasselijke indexcijfer dat van kracht is op de vervaldag van de overeenkomst en het indexcijfer dat één jaar voordien van kracht was.

De verzekeraar is ertoe gehouden op het jaarlijks vervalbericht het waarborgtype en in voorkomend geval de leeftijdsklasse waartoe de verzekerde behoort, te vermelden. In de overeenkomst en op het vervalbericht dient de toegepaste indexatiemethode te worden aangeduid. Zonder die vermeldingen is de toepassing van medische indexen op de overeenkomst niet toegelaten.

Circulaire over de indexcijfers voor andere dan beroepsgebonden ziektekostenverzekeringen

De circulaire van de CBFA van 2 februari 2010³⁷⁸ regelt de inzameling van de gegevens die dienen voor de berekening van de specifieke indexcijfers bedoeld in artikel 138bis-4, § 3 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

Overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 1 februari 2010 moeten de verzekeringsondernemingen voor de andere dan de beroepsgebonden ziektekostenverzekeringen aan de CBFA de brutoschadelast meedelen per kostentype en per leeftijdsklasse. Zij delen eveneens het aantal verzekerden mee, per waarborg en per leeftijdsklasse. De voornoemde circulaire bevat een tabel die de verzekeringsondernemingen hiervoor moeten gebruiken.

De CBFA vraagt de gegevens op bij de verzekeringsondernemingen en maakt ze over aan de FOD Economie, nadat ze gecontroleerd heeft of ze gecertificeerd zijn door de erkend commissaris. De certificering van de erkend commissaris slaat voornamelijk op de inzameling van de vereiste gegevens, de internecontrolemaatregelen met betrekking tot de opstelling van de vereiste rapporteringen en de overeenstemming van de gerapporteerde gegevens met de boekhouding en de inventarissen. De voornoemde circulaire preciseert dat de erkend commissaris hierover een verslag moet overmaken aan de CBFA en deze laatste onverwijld op de hoogte moet brengen van elke gebeurtenis of elk feit dat de certificering van de gegevens verhindert.

Circulaire over de rechtsbijstandsverzekering

De wetgeving inzake de rechtsbijstandsverzekering heeft tot doel, met het oog op de bescherming van de verzekerden, elk mogelijk belangenconflict tussen een voor rechtsbijstand verzekerde en zijn verzekeraar als gevolg van het feit dat deze laatste hem heeft verzekerd voor één of meer andere verzekeringstakken of deze een derde persoon heeft verzekerd, zoveel mogelijk te voorkomen en in voorkomend geval op te lossen.

Het wettelijk kader³⁷⁹ betreffende deze verzekeringen werd nader toegelicht in twee mededelingen³⁸⁰ van de voormalige CDV.

Om rekening te houden met het ondertussen gewijzigd wettelijk kader en met de gewijzigde marktpraktijken heeft de CBFA een nieuwe circulaire gepubliceerd, die de voormelde mededelingen vervangt. In de nieuwe circulaire³⁸¹ wordt tevens bijzondere aandacht besteed aan een uniforme en duidelijke terminologie.

De circulaire is gericht aan de verzekeraars die rechtsbijstandsverzekeringen aanbieden en aan de personen die in het kader van rechtsbijstand samenwerken met die verzekeraars. De wettelijke bepalingen inzake de schaderegeling zijn van toepassing op de verzekeraars naar Belgisch recht en op de Belgische bijkantoren van verzekeraars naar het recht van niet EER-landen. De bepalingen met betrekking tot de verzekeringsovereenkomsten zijn van toepassing op alle Belgische risico's.

De belangrijkste aspecten die in de circulaire aan bod komen, worden hierna kort toegelicht.

De circulaire benadrukt het belang van de onafhankelijkheid van de personen die zich bezig houden met de schaderegeling inzake rechtsbijstand ten opzichte van de personen die verantwoordelijk zijn voor de schaderegeling voor andere verzekeringstakken. De circulaire beschrijft wat dit inhoudt, inzonderheid op het vlak van

377 De eerste bekendmaking vond plaats in het Belgisch Staatsblad van 26 februari 2010, ed. 2, p.13221.

378 Circulaire CBFA_2010_04 van 2 februari 2010 over de specifieke indexcijfers voor de andere dan beroepsgebonden ziektekostenverzekeringen.

379 Inzonderheid de artikelen 90 tot en met 93 van wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en het koninklijk besluit van 12 oktober 1990 betreffende de rechtsbijstandsverzekering.

380 Mededelingen nr. D. 90 d.d. 24 januari 1991 en nr. D. 90bis d.d. 17 oktober 1991.

381 Circulaire CBFA 2010_22 d.d. 19 oktober 2010 over de rechtsbijstandsverzekering.

passende organisatie, voor de diverse methodes van schaderegeling: het gescheiden beheer, het toevertrouwen van de schaderegeling aan een schaderegelingskantoor en de aanstelling van een vrij gekozen advocaat bij elk schadegeval.

De circulaire vestigt er voorts de aandacht op dat bij uitbesteding van de schaderegeling de verzekeraar, zoals bepaald in de circulaire betreffende gezonde beheerspraktijken bij uitbesteding door een verzekeraar³⁸², verantwoordelijk blijft voor de naleving van de in de circulaire besproken reglementering. Hierbij verduidelijkt de circulaire onder welke voorwaarden een verzekeraar de gekozen schaderegelingsmethode en het gekozen schaderegelingskantoor kan wijzigen in bestaande verzekeringsovereenkomsten.

5.2. BESCHERMING VAN DE CONSUMENTEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN TEGEN HET ON-REGELMATIG AANBIEDEN VAN FINANCIËLE DIENSTEN

Elektronische platformen voor het aanbieden van financiële diensten

Veiling van deposito's via het internet

Tijdens de verslagperiode deelde een vennootschap aan de Commissie mee dat zij voornemens was om een Belgische website op te starten met als doel het veilen van deposito's bij het Belgische publiek.

De website zou een platform bieden voor particulieren die een bepaald bedrag (minimaal 25.000 euro) bij een kredietinstelling willen sparen enerzijds, en kredietinstellingen die wensen te "bieden" op deze deposito's anderzijds. Concreet zou de volgende werkwijze worden gevolgd: wanneer een particulier een bepaalde som in deposito wil geven bij een kredietinstelling, maakt hij dit bekend op de website. Vervolgens kunnen de verschillende kredietinstellingen aan deze persoon dan een bepaalde intrest aanbieden. Eens de particulier een bod van een kredietinstelling aanvaardt, bestaat de rol van de vennootschap die de website beheert in de overmaking van de basisgegevens van de betrokken persoon (naam, adres, telefoonnummer) aan de kredietinstelling waarvan het bod werd aanvaard. De vennootschap komt met andere woorden niet tussen bij de opening van de bankrekening noch bij de overmaking van de gelden, en stelt voorts ook geen rechtshandelingen: eens de beide partijen met elkaar in contact werden gebracht, is de rol van de vennootschap uitgespeeld.

De vennootschap zou voor de terbeschikkingstelling van dit platform vanwege beide partijen een vergoeding ontvangen: de kredietinstellingen betalen een eenmalig commissieloon per aangebracht deposito, terwijl de particulieren een eenmalig vast bedrag betalen dat berekend wordt op basis van de toegangsduur tot het systeem.

De vraag rees of deze activiteit onder de wet van 22 maart 2006 viel, en bijgevolg een inschrijving als tussenpersoon in bank- en beleggingsdiensten vereiste, dan wel gekwalificeerd moest worden als klantenaanbrenging.

Volgens de Commissie, die zich hierover uitspreekt in op haar website gepubliceerde FAQ's, is er sprake van klantenaanbrenging indien de betrokkene de gereglementeerde onderneming niet vertegenwoordigt, noch over openingsdocumenten en ontvangstbewijzen van deze onderneming beschikt. De klantenaanbrenger mag wel een vergoeding ontvangen voor het aanbrengen van de klanten, doch deze vergoeding dient in beginsel eenmalig te zijn. Klantenaanbrengers zijn geen

382 Circulaire PPB-2006-1-CPA d.d. 6 februari 2006 (Principe 2).

tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten in de zin van de wet van 22 maart 2006.

Aangezien de rol van de vennootschap beperkt bleef tot het met elkaar in contact brengen van de beide partijen, door het ter beschikking stellen van een platform/medium, zonder dat de vennootschap één van beide partijen vertegenwoordigde, kon men besluiten dat zij niet optrad als vertegenwoordiger van de kredietinstelling.

Voorts beschikte de vennootschap niet over openingsdocumenten noch ontvangstbewijzen van de kredietinstellingen. Haar rol bleef zoals hoger vermeld beperkt tot het overmaken van de basisgegevens van de particulier aan de kredietinstelling.

Ten slotte duidde ook de vergoedingsstructuur niet op een duurzame band met de kredietinstelling, aangezien de vennootschap per aangebrachte zaak slechts een eenmalig commissieloon ontving van de kredietinstelling.

De betrokken activiteit diende derhalve te worden beschouwd als een vorm van klantenaanbrenging. Bijgevolg kwam de Commissie tot het besluit dat het aan haar voorgelegde dossier geen aanwijzingen bevatte die erop duiden dat de voorgenomen activiteit onder de wet van 22 maart 2006 viel.

Aanbieden van verzekeringsproducten op een internetplatform

Tijdens de verslagperiode werd de Commissie ook ondervraagd over de conformiteit van een Belgische website met de wet van 27 maart 1995. De betrokken website biedt een platform voor het in contact brengen van verzekeringstussenpersonen en verzekeringsconsumenten met het oog op het afsluiten van verzekeringsovereenkomsten.

Daarbij wordt de volgende werkwijze gevolgd. Op het platform kunnen enkel bij de Commissie ingeschreven verzekeringstussenpersonen hun diensten aanbieden. De verzekeringstussenpersonen dienen daarbij duidelijk te vermelden of zij een onafhankelijk makelaar dan wel een gebonden agent zijn, welke informatie ook achteraf in het voorstel aan de consument dient te worden opgenomen. De verzekeringstussenpersonen dienen ook aan te geven voor welke verzekeraars zij kunnen bemiddelen. De verzekeringstussenpersonen betalen bij toetreding tot het platform een abonnementsgeld.

De geïnteresseerde verzekeringsconsumenten dienen zich te registreren, maar betalen zelf geen bijdrage. De geregistreerde consumenten worden bij hun inschrijving enkel verzocht om bepaalde persoonsgebonden gegevens op te geven, welke aan de verzekeringstussenpersonen die een verzekeringsvoorstel willen doen worden meegedeeld.

Het platform bevat zelf geen productinformatie over verzekeringen, tenzij van zeer algemene aard. Via een specifieke mailbox kan de verzekeringstussenpersoon

aan de consument specifieke vragen stellen teneinde diens verlangens en behoeften te identificeren.

De Commissie is na onderzoek tot het besluit gekomen dat de dienst die door het platform aangeboden wordt, geen verzekeringsbemiddeling is in de zin van de wet van 27 maart 1995. Het gaat naar de mening van de Commissie om een vorm van klantenaanbrenging in de zin van de mededeling van de CBFA van 20 februari 2009 inzake klantenaanbrengers. Het platform vormt immers enkel een medium via hetwelk partijen met mekaar in contact gebracht worden, en verzekeringsvoorstellen en informatie overgemaakt worden tussen een verzekeringstussenpersoon en potentiële cliënten.

Onwettige verwerving van terugbetaalbare gelden van het Belgische publiek door de groep Kobelco

Begin 2009 heeft de CBFA vastgesteld dat zij over ernstige aanwijzingen beschikte dat verschillende vennootschappen die allen deel uitmaken van de groep Kobelco³⁸³, op onwettige wijze terugbetaalbare gelden wierven. De CBFA had namelijk een reeks klachten ontvangen van beleggers die hadden ingetekend op zogenoemde "Kobli" producten en geen terugbetaling hadden weten te bekomen van hun ingelegde fondsen.

De CBFA heeft een kopie verkregen van de contracten die door de betrokken beleggers waren ondertekend. Deze contracten bevatten hoofdzakelijk de volgende gegevens: het belegde bedrag, de rentevoet op jaarbasis, het opvraagbare bedrag op vervaldatum, de begunstigde bij leven en de begunstigde bij overlijden. De laatste twee gegevens laten vermoeden dat het om een verzekeringsovereenkomst ging. Volgens de vertegenwoordigers van Kobelco was dit evenwel geenszins het geval en was de term "begunstigde" louter ongelukkig gekozen.

Krachtens artikel 4 van de bankwet mogen enkel de kredietinstellingen een beroep doen op het publiek om deposito's of andere terugbetaalbare gelden te ontvangen. Op dit monopolie zijn een aantal uitzonderingen gemaakt, onder meer voor de emittenten van beleggingsinstrumenten die de ontvangst van terugbetaalbare gelden belichamen, op voorwaarde dat zij de bepalingen van de prospectuswet naleven (opstellen van een prospectus als het aanbod van beleggingsinstrumenten een openbaar karakter heeft, goedkeuring van dit prospectus door de bevoegde autoriteit, goedkeuring van de reclame, naleving van de wettelijke vereisten inzake bemiddeling, ...).

De activiteit van het ontvangen van terugbetaalbare gelden in de zin van artikel 4 van de bankwet veronderstelt de gelijktijdige aanwezigheid van twee elementen: ten eerste moeten de ingezamelde gelden ter beschikking

383 De groep Kobelco bestaat uit verschillende vennootschappen waarvan er drie betrokken waren bij deze verrichtingen: een vennootschap naar Belgisch recht, Kobelco Groep nv, die destijds was ingeschreven in het register van de verzekeringstussenpersonen, een tweede vennootschap naar Belgisch recht, Kobelco Holding nv (hoofdaandeelhouder van de eerste vennootschap) en een vennootschap naar Luxemburgs recht, Kobelco Luxembourg SA, ingeschreven als verzekeringstussenpersoon bij de Luxemburgse toezichthouder.

zijn gesteld van de fondsenwerver die ze voor eigen rekening kan aanwenden, en ten tweede moet de fondsenwerver contractueel verplicht zijn tot de terugbetaling van de hoofdsom, gelijkwaardig aan het nominale bedrag van de ontvangen gelden.

Krachtens artikel 8 van het koninklijk besluit van 7 juli 1999 over het openbaar karakter van financiële verrichtingen³⁸⁴ heeft de ontvangst van terugbetaalbare gelden een openbaar karakter als voldaan is aan een of meer van de volgende criteria:

- reclamemiddelen aanwenden die aan meer dan 50 personen worden gericht, of
- meer dan 50 personen aanspreken voor het werven van terugbetaalbare gelden, of
- een rechtstreeks of onrechtstreeks beroep doen op een of meer bemiddelaars.

In het betrokken dossier hadden de drie vennootschappen van de groep, volgens de vertegenwoordigers van Kobelco, in België elk geld ingezameld bij ten minste 80 personen. Er hadden ook tussenpersonen meegewerkt aan de commercialisering van de "Kobli". Er was dus voldaan aan ten minste twee van de bovenstaande criteria voor het openbaar karakter van de ontvangst van terugbetaalbare gelden.

De groep Kobelco was evenwel de mening toegedaan dat er in dit geval geen terugbetaalbare gelden in ontvangst waren genomen in de zin van artikel 4 van de bankwet en haalde daarvoor als reden aan dat de beleggers een leningovereenkomst hadden afgesloten in de zin van het Burgerlijk Wetboek, alsook dat de gelden door de groep Kobelco waren gebruikt voor beleggingen. Deze twee elementen werden door de CBFA niet relevant bevonden. De vennootschappen van de groep Kobelco mochten immers vrij beschikken over de ingezamelde gelden, ook al stond in de contracten een belegd bedrag vermeld. Ook het feit dat het om een leningovereenkomst ging in de zin van het Burgerlijk Wetboek was niet pertinent. Conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen³⁸⁵ dient het begrip "terugbetaalbare gelden" immers ruim geïnterpreteerd te worden.

De groep Kobelco haalde aan dat "Kobli" een aanbod van beleggingsinstrumenten was, gericht aan minder dan 100 personen waardoor het krachtens artikel 3, § 2, b) van de prospectuswet geen openbaar karakter had, met als gevolg dat er geen prospectus gepubliceerd hoefde te worden. Volgens de CBFA werden er evenwel geen beleggingsinstrumenten aangeboden maar loutere schuldvorderingen. Ook al hadden de "Koblis" gekwalificeerd kunnen worden als beleggingsinstrumenten in de zin van de prospectuswet, dan nog was

het weinig waarschijnlijk dat de groep Kobelco zich had kunnen beroepen op artikel 3, § 2, b) van de prospectuswet. Deze bepaling vindt immers enkel toepassing als het aanbod van beleggingsinstrumenten aan minder dan 100 personen wordt gericht. Welnu, indien (ten minste) 80 personen hebben ingeschreven op Kobli, rijst er een sterk vermoeden dat meer dan 100 personen werden aangezocht. De ervaring toont namelijk aan dat een groot deel van de beleggers die worden aangezocht om in te tekenen op een belegging, hier niet op ingaan. De Commissie heeft dit aspect evenwel niet verder onderzocht. Zij was van oordeel dat zij over voldoende elementen beschikte om te besluiten dat artikel 4 van de bankwet was overtreden. Aangezien dit artikel strafrechtelijk strafbaar is gesteld, heeft zij het dossier overgemaakt aan de gerechtelijke autoriteiten.

Daarnaast heeft de CBFA ook zelf maatregelen genomen tegen de vennootschap Kobelco Groep nv die is ingeschreven in het register van de verzekeringstussenpersonen aangezien de geschiktheid en de professionele betrouwbaarheid van haar leiders alsook de vereiste kwaliteiten van haar controlerende aandeelhouder, de vennootschap Kobelco Holding nv³⁸⁶, in opspraak waren gekomen door de uitoefening van deze onwettige activiteit.

In januari 2010 hebben de minister van Financiën, de minister van Economie en de CBFA de cliënten van Kobelco die zich tekort gedaan achtten uitgenodigd om dit ter kennis te brengen van de Procureur des Konings van Antwerpen. Op die manier zijn de personen die hadden ingeschreven op Kobli-producten in kennis gesteld van de wijze waarop klacht kan worden ingediend bij het Parket.

Funeraire voorafregelingen

Tijdens de verslagperiode werd de Commissie geïnformeerd over het bestaan van zogenaamde "funeraire voorafregelingen". Het betreft een praktijk waarbij de klant eenmalig of gespreid in de tijd (al dan niet tot aan zijn overlijden), voorafbetalingen doet aan een derde³⁸⁷. Deze derde verbindt er zich toe bij overlijden van de betaler bepaalde begrafeniskosten en/of begrafenisprestaties op zich te nemen. Dergelijke funeraire voorafregelingen dienen als een verzekeringsovereenkomst te worden beschouwd, indien zij beantwoorden aan de definitie van verzekeringsovereenkomst in de zin van artikel 1, A, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst. Dit laatste is het geval indien een persoon er zich tegen betaling van een premie tegenover de verzekeringnemer toe verbindt een bepaalde prestatie te leveren (in de hier besproken gevallen het verzorgen van een begrafenis of het repatriëren van een lijk), in geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet (het tijdstip van het overlijden) waarbij de verzekerde belang heeft dat die gebeurtenis zich niet voordoet. Met andere woorden, wanneer de begrafenisonderneming het risico loopt de funeraire prestaties te moeten leveren zonder dat het volledige bedrag van die prestaties betaald werd, voert zij een verzekeringsactiviteit.

384 Op het ogenblik van de feiten was dit koninklijk besluit nog van toepassing. Inmiddels is het opgeheven en vervangen door het koninklijk besluit van 9 oktober 2009 over het openbaar karakter van de werving van terugbetaalbare gelden.

385 H.J.E.G., 11 februari 1999, Zaak. C-366/97 (Romanelli), Jurisp. H.J.E.G., p. I-862.

386 Zie dit verslag, p. 62.

387 Bijvoorbeeld een begrafenisondernemer.

Zo heeft de Commissie een begrafenisonderneming erop gewezen dat de door haar aangeboden funeraire voorafregelingen als een verzekeringsactiviteit dienden gekwalificeerd te worden. Aangezien de onderneming niet over de vereiste toelating beschikte, heeft deze de betreffende activiteiten stopgezet.

De begrafenisonderneming heeft vervolgens met akkoord van de contracterende partijen de bestaande verzekeringsovereenkomsten vervangen door nieuwe overeenkomsten, die krachtens de verzekeringswetgeving niet meer als een verzekeringsovereenkomst dienen beschouwd te worden. De nieuwe overeenkomsten voorzagen in een voorafbetaling die integraal betaald diende te worden (weliswaar in schijven), waardoor het aleatoir element wegviel.

In verband met de problematiek van de “funeraire voorafregelingen” heeft de Commissie ook contact genomen met de federaties van begrafenisondernemers, teneinde een beter beeld te krijgen op de in de sector gangbare praktijken en om deze te informeren over de mogelijke overtreding van de verzekeringswetgeving. Uit die bevraging bleek dat meerdere begrafenisondernemingen een systeem van funeraire voorafregelingen hanteren.

De Commissie heeft de aandacht van de federale regering gevestigd op de praktijk van de “funeraire voorafregeling” en de wenselijkheid, naar analogie met de ons omringende landen, met het oog op de bescherming van de betrokkenen een passende reglementering ter zake uit te werken.

