

**De bevoegdheid van de Bankcommissie in het
kader van de stopzetting en meldingsplicht
van fraudebevorderende bijzondere
mechanismen ingesteld door
kredietinstellingen.
(art 57 § 3 Bankwet en art 38 bis KB nr. 185
9 juli 1935)**

Griet Vanden Abeele

Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. Dr. Frans Vanistendael en mevr. Caroline Vanderkerken

Inleiding

Dit seminarie behandelt de bevoegdheden van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen inzake bijzondere fraudemechanismen ten aanzien van de kredietinstellingen. Zij heeft ter zake twee bevoegdheden: enerzijds de bevoegdheid om deze bijzondere mechanismen te sanctioneren en anderzijds de meldingsplicht van deze mechanismen aan het parket.

De sanctioneringbevoegdheid houdt in dat de CBF de kredietinstelling die een of meerdere dergelijke mechanismen heeft ingesteld, kan dwingen om die praktijk stop te zetten. De meldingsplicht houdt in dat de CBF het parket dient in te lichten van bijzondere fraudemechanismen die in hoofde van de kredietinstelling een strafrechtelijk gesanctioneerd misdrijf uitmaken.

Deze bevoegdheden van de CBF moeten gekaderd worden in de strijd tegen de fiscale fraude. De hele regeling heeft als bedoeling de fiscale fraude van derden (hoofdzakelijk de cliënten van de geviseerde kredietinstellingen) preventief aan te pakken door een zekere verantwoordelijkheid bij de bank te leggen: deze moet bepaalde praktijken vermijden die fiscale fraude door cliënten vergemakkelijken. Dit werk behandelt dus niet de fiscale fraude die door de kredietinstelling zelf wordt gepleegd, om haar eigen fiscale druk te verminderen. Op dat vlak gelden de gemeenrechtelijke regels die op elke belastingplichtige van toepassing zijn.

Het werk bestaat uit vier hoofdstukken: het eerste hoofdstuk behandelt in het kort de taak van de CBF waarbij de sanctioneringsbevoegdheid en de meldingsplicht worden geplaatst in het geheel van de bevoegdheden van de CBF. Het tweede hoofdstuk poogt het begrip bijzonder mechanisme en het begrip fiscaal misdrijf nauwkeurig te definiëren, wat onontbeerlijk is voor een goed begrip van de materie. Het derde hoofdstuk focust op de sanctioneringsbevoegdheid van de CBF waarbij de werking van de bijzondere mechanismen zelf, de rechtskracht van de circulaire die de CBF heeft uitgevaardigd in het kader van de bijzondere mechanismen en de geldigheid van deze circulaire in het licht van het Europees Recht worden behandeld. Met betrekking tot de werking van de bijzondere mechanismen werd een poging gedaan om deze zo eenvoudig mogelijk uit te leggen zodat de ratio van de hele regeling duidelijk wordt en zonder al te veel terug te vallen op de letterlijke tekst uit de circulaire. Het laatste hoofdstuk, ten slotte, behandelt de meldingsplicht van de CBF, de recente wetswijzigingen in deze materie en de praktische problemen omtrent de toepassing van de meldingsplicht. In het kader van dit hoofdstuk wordt de problematiek van de bijzondere mechanismen in de verzekeringsondernemingen kort aangeraakt.

Dit seminariewerk heeft echter niet de bedoeling om uitputtend te zijn. Zo wordt slechts in beperkte mate ingegaan op de verhouding tussen deze regeling en de opheffing van het bankgeheim in het kader van art 318 van het WIB. Evenmin wordt de problematiek behandeld van de concrete toepassing van de bevoegdheden van de CBF in deze materie ten aanzien van bijzondere mechanismen die worden ingesteld door zelfstandige bankagenten.

Het is de bedoeling om niet alleen de interpretatie- en toepassingsproblemen van de regeling te belichten en een wettigheidstoetsing door te voeren met betrekking tot bepaalde aspecten. Het is ook de bedoeling om aandacht te besteden aan de efficiëntie en doelgerichtheid van de wettelijke regeling. Daarmee wordt verder gegaan dan een zuiver juridische benadering van de materie: dit is misschien minder relevant voor de toepassing in de praktijk maar niet minder relevant vanuit maatschappelijk oogpunt.

Tot slot dient opgemerkt dat de studie van het onderwerp brandend actueel blijft dankzij de uitvaardiging door de Controledienst voor de Verzekeringen op 30 November 2001 van mededeling nr. 207 met betrekking tot bijzondere mechanismen ingesteld door verzekeringsinstellingen. Deze mededeling is voor een groot stuk gebaseerd op de circulaire van de bankcommissie die hier worden behandeld. Dit valt echter buiten het bestek van dit seminarie.

1. De Commissie voor het Bank- en Financiewezen

1.1. Ontstaan en Statuut

1.1.1. *Ontstaan*

De Commissie werd onder de naam Bankcommissie opgericht bij KB nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten.¹ Zij werd opgericht ten gevolge van de crisis van de jaren dertig. Toen konden de banken onbeperkt participaties in zowel financiële als niet-financiële ondernemingen verwerven. Omdat de waarde van deze deelnemingen door de crisis sterk daalde, kenden zij ernstige solvabiliteits- en liquiditeitsrisico's. De crisis veroorzaakte bovendien een daling van de waarde van de Belgische frank. Dit resulteerde in het opvragen van gelddeposito's bij de banken en in kapitaalvlucht. Het bankwezen dreigde verlamd te raken. Daarom besloot de regering op te treden en de banken aan een toezicht te onderwerpen, onder meer wat betreft een minimum aan eigen vermogen. Daarnaast werden deze gemengde banken² gedwongen zich op te splitsen in depositobanken en portefeuillemaatschappijen. Eveneens werd een regeling uitgewerkt m.b.t. de informatie die aan de beleggers moest worden verstrekt bij de openbare uitgaven van effecten.³

Het toezicht waaraan de banken worden onderworpen wordt prudentieel genoemd omdat de CBF waakt over de reputatie en solvabiliteit van de bankinstellingen. Het woord prudentie betekent volgens Van Daele immers 'inzicht, beleid, verstandig oordeel'. Zij zet de banken door haar controle aan tot een voorzichtig beleid op dat vlak. De CBF komt bij haar controle niet tussen in de relatie bank - cliënt. Zij staat daar volledig buiten.

In de loop der jaren werden de opdrachten van de Commissie steeds uitgebreid. Door deze opeenvolgende bevoegdheidsuitbreidingen werd de Bankcommissie omgedoopt tot Commissie voor Bank- en Financiewezen in 1990⁴.

1.1.2. *Statuut*

De CBF is een zelfstandige openbare instelling met rechtspersoonlijkheid. Het is een administratief orgaan dat een aantal overheidstaken uitoefent die bij wet zijn toegekend. Door het specialiteitsbeginsel is de CBF alleen bevoegd voor

¹ Art 35, 1^o lid, KB nr. 185 van 9 juli 1935

² Gemengde banken zijn banken die zowel spaargelden aantrekken en in bewaring houden als aandelen kopen in industriële en andere ondernemingen.

³ X, "organisatie en bevoegdheden CBF, uitgebreide voorstelling, historische terugblik" in www.cbf.be

⁴ Art. 235 § 2 Wet 4 december 1990

wat haar als bevoegdheid is toegekend.⁵ Dit is een toepassing van het legaliteitsbeginsel (art 105 en art 108 GW). Hierbij moet eveneens rekening worden gehouden met de internationale bepalingen, nl. de bepalingen die voortvloeien uit de tweede Bankrichtlijn,⁶ die haar bevoegdheid mede bepalen,

De commissie is een onafhankelijk orgaan. Ze neemt haar beslissingen autonoom. Voor bepalingen van reglementaire aard heeft zij echter de goedkeuring nodig van de Minister van Financiën en in de meeste gevallen ook van de Minister van Economische Zaken.⁷

De CBF is een administratieve overheid zoals bepaald in art 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.⁸

1.2. Bevoegdheid

In dit deel wordt een algemeen overzicht gegeven van de bevoegdheden van de CBF maar dan vooral toegespitst naar de bevoegdheid op het stuk van de bijzondere mechanismen. Eerst wordt haar sanctioneringsbevoegdheid met betrekking tot de bijzondere mechanismen, zowel ten opzichte van de Belgische als de Buitenlandse kredietinstellingen, geplaatst in het geheel van haar bevoegdheden. Daarna wordt de meldingsplicht van de CBF behandeld inzake bijzondere mechanismen. Tot slot wordt de onbevoegdheid in fiscale zaken behandeld. Dit allemaal slechts ter inleiding. Later wordt op deze onderwerpen dieper ingegaan.

1.2.1. Sanctioneringsbevoegdheid

a. Belgische kredietinstellingen

De Belgische kredietinstellingen zijn onderworpen aan de wet van 22 maart 1993 op de kredietinstellingen. Dit betekent dat:

- De onderneming over een vergunning moet beschikken. Daartoe moet de instelling voldoen aan de voorwaarden bepaald in Hoofdstuk I van Titel II van de bovenstaande wet. De vergunning moet ze aanvragen aan de CBF
- De onderneming moet voldoen aan de voorwaarden met betrekking tot de

⁵ Verslag van de Commissie voor de Financiën van de Senaat, *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1974, nr. 275/3, p.14

⁶ Richtlijn 89/646/EEG van 15 december 1989, *P. B.*, L 386 van 30 december 1989, 0001-0013

⁷ X, "Organisatie en bevoegdheden CBF, uitgebreide voorstelling" in www.cbf.be

⁸ BUTTGEBACH, *Les modes de gestion des services publics en Belgique*, Larcier, Brussel, 1942, nr. 505; HAUTFENNE, "Réflexion sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale", *J.D.F.*, 1998, (129) 130; MAES, *Het begrip administratieve overheid in artikel 9 van de wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State*, Brussel, Bruylant, 1967, 105-111; *R.P.D.B.*, V° Epargne publique, complément V, p. 519, nr. 7 en DE WOLF, "De rechtspositie van de Bankcommissie", *T.B.P.*, 1980, 32; VAN GERVEN, "Algemene Beginselen in de Administratieve praktijk van de Bankcommissie", *T.B.P.*, 1985, (323) 328, nr. 8

bedrijfsuitoefening zoals bepaald in Hoofdstuk II van Titel II van de bovenstaande wet. Ook hier speelt de CBF een rol.

- De onderneming moet zich onderwerpen aan het toezicht van de CBF zoals bepaald in hoofdstuk III van Titel II van de bovenstaande wet.⁹

We gaan dieper in op de bepalingen van Hoofdstuk III van Titel II van de wet van 22 maart 1993.

Deze regels geven aan dat de kredietinstellingen onderworpen worden aan drie soorten toezicht: de onderzoeksbevoegdheden van de Bankcommissie, de Revisorale controle en de sanctiemogelijkheden.

De CBF heeft een aantal onderzoeksbevoegdheden toegekend waarvan zij omwille van bepaalde doelstellingen gebruik mag maken.¹⁰ Zij mag met name alle inlichtingen doen verstrekken over de organisatie, de werking, de positie en de verrichtingen van de kredietinstellingen. Zij kan ook inspecties ter plaatse houden en ter plaatse kennis nemen en kopie maken van alles in het bezit van de kredietinstelling.¹¹

Daarnaast kan de CBF ook nog gebruik maken van de informatie van de rapporten van de commissarissen-revisoren bij de kredietinstellingen.¹²

Tenslotte worden aan de CBF een aantal sanctiemogelijkheden toegekend ingeval de kredietinstelling haar wettelijke en/of reglementaire verplichtingen niet nakomt. Ten eerste kan de CBF de vergunning intrekken omdat de instelling niet als kredietinstelling functioneert. Daarnaast zijn er nog andere sanctiemogelijkheden ingeval van andere onregelmatigheden. Met dit laatste wordt onder meer de bevoegdheid van de CBF in het kader van de bijzondere mechanismen bedoeld. De CBF heeft hier de bevoegdheid om bijzondere mechanismen die tot doel of voor gevolg hebben fiscale fraude door derden te bevorderen, stop te zetten. Sommige inbreuken zijn sanctioneerbaar met alle sanctiemogelijkheden die de CBF heeft. Anderen inbreuken, waaronder de bijzondere mechanismen zijn slechts sanctioneerbaar met bepaalde in de wet opgesomde sancties.¹³

De CBF kan in het geval zij bijzondere mechanismen vaststelt bij een kredietinstelling een termijn vaststellen waarbinnen aan de toestand moet zijn verholpen.¹⁴ Zij kan evenwel geen speciaal commissaris aanstellen.¹⁵ Indien de toestand niet is verholpen binnen die termijn heeft zij aldus de mogelijkheid om de rechtstreekse of onrechtstreekse uitoefening van het bedrijf van de instelling geheel of ten dele te schorsen dan wel te verbieden. Dit is een zware

⁹ BYTTEBIER, *Handboek Financieel Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 126

¹⁰ Art 46 in fine Bankwet

¹¹ Art 46 lid 2 Bankwet

¹² Art 55 lid 1 Bankwet

¹³ Deze bevoegdheid werd ingevoerd door de wet van 30 juni 1975 in art 39 van het KB nr. 185.

¹⁴ Art 57 § 3 Bankwet; VANDEMEULEBROEKE., "Les mesures exceptionnelles que peut prendre la commission bancaire et financière" in *La nouvelle législation bancaire belge*, Gent, Myn en Breesch, 1994, (117), 120

¹⁵ Art 57 § 3 verwijst immers alleen naar de maatregelen in § 1 eerste en tweede lid, 2° en § 2 en niet naar het tweede lid 1°, zie ook: BYTTEBIER, *Handboek Financieel Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p 165, nr. 292

sanctie die wellicht niet snel zal worden toegepast. De leden van de bestuurs- en beleidsorganen die instaan voor het beleid en die handelingen stellen ondanks de schorsing, zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het nadeel dat hieruit voor de instelling of voor derden voortvloeit. Indien de Commissie de schorsing in het Belgisch Staatsblad bekendmaakt zijn hiermee strijdige beslissingen nietig. Art 57 § 2 (dat ingevolge de verwijzing ernaar door art 57 § 3 van toepassing is) bepaalt de datum van inwerkingtreding van de beslissing van de CBF. Eveneens wordt in § 2 bepaald dat de kredietinstelling tegen deze beslissing beroep kan instellen bij de Minister van Financiën. Dit beroep heeft normaal gezien een schorsende werking tenzij de CBF de beslissing uitvoerbaar verklaart niettegenstaande elk hoger beroep, bij ernstig gevaar voor de spaarders.¹⁶ Tegen de beslissing van de Minister van Financiën kan beroep worden ingesteld bij de Raad van State.¹⁷ In het kader van deze bepaling, die werd ingevoerd door art 39 van de wet van 30 juni 1975, heeft de CBF twee nieuwe circulaires uitgevaardigd: één met betrekking tot de bijzondere mechanismen, nl. Circulaire D 1 97/9 en één met betrekking tot het fiscaal voorkomingsbeleid, nl. Circulaire D 1 97/10. Deze Circulaires werden uitgevaardigd op 18 december 1997 en op 30 december 1997. Deze circulaires vervangen twee documenten uitgevaardigd door de CBF in 1976 en 1977¹⁸ na de invoering van de sanctioneringsbevoegdheid van art 57 § 3 door de wet van 30 juni 1975. De nieuwe circulaires maken een belangrijk deel uit van dit seminarie en komen in hoofdstuk 3 aan bod. De nieuwe circulaires werden uitgevaardigd op een initiatief van het ministerie van Financiën dat in 1995 op gang is gebracht om de regeling aan te passen aan de tweede bankrichtlijn.¹⁹

b. Buitenlandse kredietinstellingen

Wat de buitenlandse kredietinstellingen betreft moet er worden op gewezen dat de tweede bankrichtlijn zijn invloed laat gelden. Deze richtlijn werd in Belgisch recht omgezet door de wet van 22 maart 1993 over het toezicht op de kredietinstellingen.

De richtlijn introduceert het principe van de single licency rule en van de onderworpenheid aan de rechtsregelen (home country rule) en de controle van het thuisland (home country control). De richtlijn is van toepassing op bijkantoren en op de vrije dienstverlening door bankinstellingen die in een ander land van de EG gevestigd zijn. De regeling is niet van toepassing op dochterondernemingen van banken omdat dit aparte rechtspersonen en dus aparte kredietinstellingen zijn.²⁰

Dit principe betekent dat een kredietinstelling die wil opereren in alle EU-

¹⁶ Art 57 § 2 van de wet van 22 maart 1993 over het toezicht op de kredietinstellingen

¹⁷ Art. 14 van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State

¹⁸ Eerste document van 2 februari 1976 en Tweede document van 25 januari 1977

¹⁹ VINCENT en DOUENIAS, "De nieuwe circulaire inzake bijzondere mechanismen", *Bull. Fis.Fin.R.* 1998, nr. 2, p. 3

²⁰ BJORKLAND, "the Scope of the general good notion in the second EC Banking directive according to recent case-law", *Eur. Bus. L. Review*, 1998, 231

lidstaten, hiertoe slechts een vergunning in één bepaalde lidstaat moet bekomen om over het hele grondgebied van de EU te kunnen optreden. Daarnaast blijft een EU-kredietinstelling die in een andere lidstaat opereert onderworpen aan de regelgeving van haar thuisland. Evenwel kan het gastland bepaalde regels die zij van essentieel belang acht ook van toepassing verklaren op buitenlandse EU-instellingen.²¹ Dit heet de algemeen belangexceptie en hierop wordt later nog teruggekomen. Tenslotte valt zij ook voor de controle volledig onder de controle-autoriteit van haar thuisland.²² Deze regeling laat zijn invloed gelden m.b.t. het toepassingsgebied van de Circulaire D 1 97/9. Ook dit komt in hoofdstuk 3 aan bod.

1.2.2. Bijzondere bevoegdheid: meldingsplicht

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet die de meldingsplicht invoert door art. 39, lid 2 van het KB nr. 185 en art 235 § 5 WIB (na 1992 art 327 § 5 WIB), blijkt dat de regering over het algemeen de toepassing van art 57 § 3 (ex art 39 KB nr. 185) m.n. de stopzettingsbevoegdheid van de CBF van bijzondere mechanismen positief evalueert, maar dat ze nog een stap verder wil gaan en daarom een uitzondering op het beroepsgeheim van de commissie wil invoeren.²³ De Commissie zal dus aangifte moeten doen aan de minister van Financiën ingeval de kredietinstelling medeplichtig is aan het instellen van een dergelijk bijzonder mechanisme²⁴ door cliënten. De bedoeling van het artikel is vooral preventief. Deze meldingsplicht werd ingevoerd door de wet van 8 augustus 1980.

Deze bepaling is recent gewijzigd door de wet van 15 maart 1999. De CBF heeft nu naast de sanctioneringsbevoegdheid t.o.v. de kredietinstellingen de bevoegdheid om de bijzondere mechanismen waarvan zij de stopzetting kan vragen te melden aan het gerecht op basis van art 38 bis van het KB nr. 185 indien deze mechanismen een door het strafrecht gesanctioneerd fiscaal misdrijf uit maken in hoofde van de kredietinstelling als dader, mededader of medeplichtige. Op de invoering van het nieuwe artikel wordt ingegaan in hoofdstuk 4.

1.2.3. Onbevoegdheid in fiscale aangelegenheden

Alleen de administratie der belastingen is bevoegd in fiscale aangelegenheden. Zij houdt toezicht op de juiste toepassing van de fiscale wetten. Ze zorgt

²¹ Art 70 Bankwet

²² K BYTTEBIER, *Handboek Financieel Recht*, Kluwer, Antwerpen, 1995, 167 en WULFHENNING, R., "General introduction to the second banking directive and the proposal for a directive on investment services", in STUYCK, J., *Financial and monetary Integration in the European Economic community: legal, institutional and economic aspects.*, Antwerpen, Kluwer law international, 1993, (57) 63

²³ *Parl. St. Senaat*, (1979-1980), nr. 483/9, bijlage VI, p. 65

²⁴ De parlementaire voorbereiding verwijst uitdrukkelijk naar de definitie van bijzonder mechanisme zoals gedefinieerd in de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juni 1975 die de stopzettingsbevoegdheid invoert (huidig art 57 § 3 Bankwet)

ervoor dat de belastingen worden vastgesteld en dat de belastingen worden geïnd. Deze bevoegdheden zijn aan de fiscale administratie toegekend. Ingevolge het specialiteitsbeginsel uit het administratief recht kan de fiscale administratie aldus geen andere bevoegdheden uitoefenen.

Omgekeerd geldt dan ook dat de CBF geen bevoegdheden heeft op fiscaal vlak. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in art. 38 bis van het KB nr. 185. Zij houdt zich niet bezig met het heffen en innen van de belastingen. De mogelijkheid tot stopzetting van bijzondere mechanismen zoals bepaald in art 57 § 3 van de wet van 22 maart 1993 wordt beschouwd als een uitzondering op dit beginsel. Dit blijkt uit de discussie gevoerd in de senaat, voorafgaand aan de invoering van het huidige art 57 § 3 (ex art 39 van KB nr. 185) door de wet van 30 juni 1975²⁵.

Een socialistisch voorstel wou de onbevoegdheid op fiscaal vlak afschaffen: men was tegen de invoering van art 57 § 3 omdat men niet inzag waarom de Commissie eerst een bijzondere mechanisme moest kunnen aantonen om te kunnen optreden. Gezien de onduidelijkheid van het begrip bijzonder mechanisme zouden de banken dit kunnen inroepen om elk optreden van de Commissie lam te leggen. In die zin werd de bevoegdheid van de commissie beperkt en wou men die bevoegdheid uitbreiden door de onbevoegdheid in fiscale aangelegenheden af te schaffen.

Tegen dit voorstel rees verzet van de regering omdat dit het beginsel van de specialiteit van de administratieve overheden zou aantasten. Omdat men toch iets wilde doen tegen fiscale fraude heeft men de onbevoegdheid in fiscale aangelegenheden behouden maar sanctioneringsbevoegdheid toegekend inzake de bijzondere mechanismen.

De onbevoegdheid van de CBF inzake fiscale aangelegenheden wordt als argument gebruikt om vooral de circulaire inzake het fiscaal voorkomingsbeleid te bekritisieren.²⁶

2. Terminologie

Uit bovenstaand hoofdstuk blijkt dat het voor de sanctioneringsbevoegdheid en de meldingsplicht van de CBF van belang is te weten wat een bijzonder mechanisme is dat tot doel of tot gevolg heeft fiscale fraude door derden te bevorderen. Eveneens is het van belang om te weten wat fiscaal strafrechtelijk gesanctioneerde misdrijven zijn voor de toepassing van de meldingsplicht. In dit hoofdstuk wordt het begrip Bijzonder mechanisme verduidelijkt. Daarnaast wordt het begrip fiscaal misdrijf uitgediept.

2.1. Het begrip bijzonder mechanisme

²⁵ Verslag namens de Commissie voor Financiën van de Senaat, B.Z. 1974, nr. 275/3, p. 45 -47

²⁶ HAUTFENNE, "Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale", *J.D.F.*, 1998, 139

Uiteraard is van het belang om het begrip bijzonder mechanisme te definiëren om na te kunnen gaan tot waar de bevoegdheid van de CBF gaat. Bovendien is het ook noodzakelijk om het begrip bijzonder mechanisme waar de CBF bevoegdheid over heeft af te bakenen ten opzichte van gelijkaardige begrippen in andere wetteksten.

2.1.1. Begrip Bijzonder mechanisme in art 57 § 3 van de Wet van 22 maart 1993 en art 38 bis KB nr. 185 van 9 juli 1935

Over het algemeen gaat men er van uit dat het begrip bijzonder mechanisme in zijn algemene kenmerken in beide wetteksten dezelfde betekenis heeft²⁷, gesteld tegenover de betekenis van het begrip mechanisme in art 318 WIB. In tegenstelling tot art 57 § 3 van de bankwet, moet het bijzonder mechanisme in art 38 bis KB nr. 185 echter ook een strafrechtelijke inbreuk zijn in hoofde van de kredietinstelling, opdat de CBF moet melden aan het gerecht.²⁸ In die zin onderscheiden de twee wetsbepalingen zich van elkaar.

Om na te gaan wat ‘bijzonder mechanisme’ juist betekent, worden eerst de wetteksten en de voorbereidende werken bekeken van de wet van 30 juni 1975 tot invoering van art 39 KB nr. 185 (nu art 57§3 wet 22 maart 1993) en van de wet van 8 augustus 1980 die art 235 § 5 en art 39 2^e lid invoert (later art 327 § 5 WIB en nu art 38 bis KB nr. 185) Daarna wordt de definiëring door de CBF zelf behandeld. De wetsartikelen zelf geven immers slechts een beperkte definitie van het begrip. Dit was uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever.²⁹ Let wel: de definitie van de CBF bindt noch de gerechtelijke autoriteiten, noch de fiscale administratie.³⁰

a. De wetteksten

In de wetteksten (art 57 § 3 Bankwet en art 38 bis KB nr. 185) staat alleen dat het bijzondere mechanisme tot doel of tot gevolg moet hebben om de fiscale fraude door derden te bevorderen. Dit is de finaliteit van het artikel waartoe de bevoegdheid van de CBF beperkt wordt. Daarnaast moet het mechanisme ook ingesteld zijn.

b. Historisch overzicht

- Parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juni 1975

²⁷ Hand. Senaat, 1980-1981, 28 juli 1980, p. 2670 en Circ. D 1 97/9, 18 december 1997, p. 1 onderaan

²⁸ MALHERBE en SCORIELS, “les nouvelles circulaires de la commission bancaire et financière sur les mécanismes particuliers”, *R.G.F.* 1998, 60

²⁹ *Hand.* Senaat, 1974-1975, 15 mei 1975, 2078

³⁰ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, p. 148, nr. 34

Tijdens de besprekingen in de senaat is over het begrip ‘bijzonder mechanisme’ een hevige discussie gevoerd. De socialisten waren tegen het invoeren van het art 39 (nu art 57 § 3 Bankwet) omdat ze vreesden dat het begrip bijzonder mechanisme zo strikt zou worden geïnterpreteerd door de banken dat de CBF niet zou kunnen optreden.³¹ Deze weigerachtige houding werd veroorzaakt door de onduidelijkheid die over het begrip bestond. De socialisten waren voorstander van het afschaffen van de fiscale onbevoegdheid van de Bankcommissie, omdat ze meenden dat dit het meest mogelijkheden zou openlaten voor de Bankcommissie om op te treden tegen belastingontduiking.³² De regering meende echter dat het opheffen van de fiscale onbevoegdheid geen enkel nuttig effect zou sorteren in de praktijk³³ en dat het specialiteitsprincipe van het administratief recht moest worden gerespecteerd.³⁴

Senator DE BRUYNE heeft evenwel een poging ondernomen om een definitie vast te stellen. Volgens hem was een mechanisme ‘een geheel van beschikkingen, operaties en instellingen met een welbepaalde samenhang en met een welbepaald doel. Het doel is in dit geval de fiscale ontduiking.’ ‘Wanneer men er het woord particulier aan toevoegt’ aldus, Senator DE BRUYNE, ‘moet worden verondersteld dat het geheel van beschikkingen, operaties en instellingen niet in de bank aanwezig is wanneer de fiscale ontduiking niet het doel zou zijn.’³⁵

Minister W. DE CLERCK voegt hier nog aan toe dat ‘opdat er een bijzonder mechanisme voorhanden zou zijn, er eerst een initiatief moet komen. Het initiatief moet uitgaan van de instelling zelf.’³⁶ Bovendien zal ‘bij de beoordeling in feite, de bankcommissie moeten nagaan of de verrichtingen zich in het kader van een normale bankbedrijvigheid situeren’, aldus de minister.³⁷ In het verslag van de commissie voor financiën wordt er eveneens de nadruk gelegd op dat de bankcommissie slechts a posteriori optreedt zodat: ‘Het mechanisme eerst ontdekt moet worden, het begrip mechanisme impliceert dat er herhaling is zodat de fraude reeds geruime tijd moet bestaan, tenslotte zal wellicht een aanbeveling tot de instelling worden gericht om de toestand aan te zuiveren; zoniet blijft nog altijd de mogelijkheid een verzoeningsprocedure op gang te brengen’.³⁸

- Parlementaire voorbereiding van de wet van 8 augustus 1980

Uit de voorbereiding blijkt duidelijk dat het begrip bijzonder mechanisme

³¹ *Hand. Senaat, 1974-1975, 15 mei 1975, 2075*

³² op voorstel van SWEERT, M.

³³ *Hand. Kamer, 18 juni 1975, 3398*

³⁴ Verslag namens de commissie voor financiën van de Kamer, *Pasin.* 854 en *Hand. Kamer, 18 juni 1975, 3397*

³⁵ *Hand. Senaat, 1974-1975, 15 mei 1975, 2076*

³⁶ *Hand. Senaat, 1974-1975, 15 mei 1975, 2078*

³⁷ *Hand, Senaat, 1974-1975, 15 mei 1975, 2078*

³⁸ Verslag namens de commissie voor financiën van de Kamer, 549 (1974-1975), nr. 5, p 17

aansluit bij dat van art 57 § 3. De wetgever wilde gewoon de sanctioneringsbevoegdheid aanvullen. Men stelt wel duidelijk dat de commissie het bestaan van fiscale inbreuken moet bewijzen of over ernstige aanwijzingen moet beschikken van fiscale inbreuken door cliënten.³⁹ Hierbij dient opgemerkt te worden dat na de recente wetwijziging een strafrechtelijke aansprakelijkheid is vereist in hoofde van de kredietinstelling, wat vroeger niet noodzakelijk het geval was (cf. infra).

Sommige auteurs⁴⁰ (net zoals de fiscale administratie overigens⁴¹) meenden evenwel dat de notie mechanisme in deze bepaling moest gelijkgesteld worden met de notie mechanisme uit art 318 WIB omwille van het weglaten van het woord 'bijzonder' in de tekst. Zie hierover meer in onderstaande tekst. De wetgever heeft wat de meldingsplicht betreft ondertussen de tekst gewijzigd en het adjectief 'bijzonder' opnieuw toegevoegd.

c. Definiëring door de CBF

Na de invoering van de wet van 30 juni 1975 heeft de CBF in twee circulaire van januari 1976 en januari 1977 het begrip bijzonder mechanisme verduidelijkt door een opsomming te geven van praktijken die als een bijzonder mechanisme worden beschouwd. In haar jaarverslag van 1974- 1975 geeft de Bankcommissie een algemene definitie van het begrip 'bijzonder mechanisme' namelijk 'hier worden stelselmatige procédés bedoeld die een herhaling impliceren van verrichtingen welke worden uitgevoerd in omstandigheden die vreemd zijn aan de normale bankpraktijk en met het doel de belastingontduiking door derden, hoofdzakelijk cliëntèle te vergemakkelijken.'⁴² Deze definitie komt overeen met wat in de parlementaire voorbereidingen te vinden is.

De CBF voegt hier nog aan toe in haar jaarverslag van 1975-1976 dat het mechanisme moet ingesteld worden door de financiële tussenpersoon 'zonder dat echter moet bewezen worden dat het tot doel heeft de belastingontduiking te bevorderen of dat de derde inderdaad zijn belastingverplichtingen heeft miskend, voor zover dat mechanisme een dergelijke uitwerking kan hebben.'⁴³ Deze definitie omvat zowel gedragingen die de fiscus in dwaling kunnen brengen zonder evenwel een fiscale inbreuk te zijn als de gevallen van medeplichtigheid van de financiële tussenpersoon aan inbreuken gepleegd door derden.⁴⁴

Na de publicatie van de nieuwe circulaire D 1 97/9 blijkt ook dat een aanbod van een bijzonder mechanisme door de kredietinstelling of

³⁹ Parl. St. Senaat, (1979-1980), 483/. 9 bijlage VI, p. 66 en GEUBEL, "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus" in *Les succursales bancaires*, Brussel, Bruylant, 1996, 165

⁴⁰ DIERICK, "Le fisc et le secret bancaire", *R.G.F.* 1983, 61

⁴¹ Com IB (92) 318/16

⁴² Bankcommissie, Jaarverslag 1974-1975, 22

⁴³ Bankcommissie, Jaarverslag 1975-1976, 47-48

⁴⁴ DUPLAT, "L'obligation de dénonciation de mécanismes particuliers par la commission bancaire et financière aux autorités judiciaires" in *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, Brussel, Editions du jeune barreau de bruxelles, 1999, p. 244, nr. 5

beleggingsonderneming voldoende is. Onder punt I van de circulaire staat immers dat het volstaat dat ‘de hierna opgesomde praktijken door een in België gevestigde kredietinstelling of beleggingsonderneming worden aangeboden of herhaaldelijk toegepast’.⁴⁵ Dit wordt onder punt II van de circulaire herhaald voor de buitenlandse kredietinstellingen en beleggingsondernemingen die in het kader van de vrije dienstverlening in België bedrijvig zijn.⁴⁶ Dit lijkt dus strenger dan wat in het verslag van de commissie voor financiën bij de bespreking van de wet van 30 juni 1975 staat, aangezien daar van een herhaalde toepassing wordt gesproken.

Tot slot geeft de CBF in haar laatste jaarverslag⁴⁷ een interpretatie van het begrip ‘instellen’ als toepassingsvoorwaarde voor art 57 § 3 van de bankwet. De CBF meent dat deze voorwaarde is vervuld ‘indien personeelsleden of gevollmachtigde agenten van kredietinstellingen buiten het medeweten en zelfs in strijd met de instructies van de bankleiding (...) dergelijke praktijken hebben ingesteld.’ Dit is het geval ‘wanneer bijzondere mechanismen konden worden ontwikkeld ten gevolge van een gebrekkige interne organisatie of interne controlemaatregelen. In dergelijke gevallen heeft het voorkomingsbeleid van de betrokken onderneming duidelijk gefaald’.⁴⁸ Dit is slechts de algemene definitie waaraan alle mechanismen in de circulaire D 1 97/9 geacht worden te voldoen.

d. Criteria

Met de volgende criteria wordt dus rekening gehouden door de CBF voor het bepalen of een bepaalde praktijk een bijzonder mechanisme is:

- doel: fiscale ontduiking
- ingesteld door de bank
- buiten de normale bankbedrijvigheid
- herhaalde toepassing of aanbod

2.1.2. Begrip mechanisme van belastingontduiking uit art 318 WIB

Het huidige artikel 318 van het WIB regelt de opheffing van het bankgeheim door de fiscus ingeval het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking wordt ontdekt om het onderzoek te kunnen voltooien en de door de cliënt verschuldigde belasting te bepalen.⁴⁹ Vóór het KB van 20 december 1996 dat de bovenstaande tekst heeft ingevoerd, stond er in plaats van ‘mechanisme van belastingontduiking’ ‘mechanisme dat de organisatie van inbreuken op de fiscale wet tot doel of tot gevolg heeft’.

Doordat het woord ‘bijzonder’ voor 1996 niet stond vermeld bij het begrip

⁴⁵ Circ. D 1 97/9

⁴⁶ Circ. D 1 97/9, II

⁴⁷ Jaarverslag Bankcommissie 1999-2000, 39

⁴⁸ Jaarverslag Bankcommissie 1999-2000, 39-40

⁴⁹ Art 318 WIB, ingevoerd bij de wet van 8 augustus 1980, bevestigde het bestaan van een bankgeheim uitdrukkelijk in de wet en legde meteen regels vast voor de opheffing ervan.

mechanisme meende de fiscus dat er een verschil in betekenis was met het bijzonder mechanisme uit art 57 § 3.⁵⁰ Evenwel in art 327 § 5 (nu art 38 bis KB nr. 185) stond het adjectief bijzonder ook niet vermeld bij het woord mechanisme terwijl de parlementaire voorbereiding toch uitging van éénzelfde betekenis voor de twee begrippen (zie supra).⁵¹ Door het weglaten van het woord bijzonder meende de administratie dat het éénmalig instellen van een mechanisme voldoende was voor de opheffing van het bankgeheim i.t.t. de herhaling die vereist was voor de toepassing van art 57 § 3 van de bankwet. In haar commentaar op art 318 WIB meende zij dat een opheffing van het bankgeheim mogelijk was van zodra het mechanisme slechts éénmaal wordt gebruikt.⁵² Bovendien maakte men ook geen onderscheid of het mechanisme al dan niet deel uitmaakt van de normale bankpraktijken. Er was wel een intentioneel element van de bank vereist.⁵³

Door de wijziging heeft de wetgever in feite aan het begrip mechanisme van belastingontduiking de betekenis willen geven in de zin van het standpunt van de administratie zodat herhaling niet vereist is. Door deze wijziging bevestigt de wetgever dat vroeger, vóór de wijziging, het weglaten van het woord bijzonder geen specifieke betekeniswijziging met zich mee had gebracht. Er was dus een vorm van systematiek of herhaling nodig zoals in art 57 § 3 vooraleer er sprake kon zijn van de opheffing van het bankgeheim.

In feite neemt de wetgever nu hetzelfde standpunt in als de fiscus in zijn commentaar vóór het KB van 20 december 1996 nl. het is voldoende dat het mechanisme slechts éénmaal wordt gebruikt.

Sommige auteurs menen evenwel dat het onderscheid tussen het begrip mechanisme in art 318 en in art 57 § 3 weinig praktisch belang heeft aangezien het niet om een juridische notie gaat en de bepalingen bovendien door twee verschillende instanties worden toegepast (de CBF en het fiscaal bestuur met name).⁵⁴

Met betrekking tot de opheffing van het bankgeheim kan de vraag gesteld worden of de nota die de bankinstelling opmaakt en waarin ze haar fiscaal voorkomingsbeleid uiteenzet zoals bepaald in Circ D 1 97/10 kan worden opgevraagd in het kader van de procedure tot opheffing van het bankgeheim. Dit wordt behandeld in hoofdstuk 3.

⁵⁰ Com IB 318/16; DIERICK, “Le fisc et le secret bancaire”, *R.G.F.* 1983, 61 en HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, 149

⁵¹ In de huidige tekst van art 38 bis staat het adjectief bijzonder nu wel vermeld bij het substantief. Toch zijn deze mechanismen ‘ernstiger’ in die zin dat zij een strafrechtelijke inbreuk moeten vormen in hoofde van de kredietinstelling.

⁵² Com IB 1992, 318/16

⁵³ Verslag aan de Koning bij het KB van 20 december 1996, *B.S.* 31 december 1996, 32644

⁵⁴ VINCENT en DOUENIAS, “De nieuwe circulaire inzake bijzondere mechanismen”, *Bull. Fisc. Fin. R.* 1998, nr. 2, p. 6

2.1.3. Conclusie

Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt duidelijk dat er twee onderscheiden begrippen voorkomen in de wetgeving: bijzonder mechanisme en mechanisme van belastingontduiking.

Het begrip bijzonder mechanisme in art 38 bis KB nr. 185 en in art 57 § 3 hebben traditioneel dezelfde betekenis maar voor de toepassing van art 38 bis is een bijzonder mechanisme vereist dat bovendien een strafrechtelijke inbreuk uitmaakt terwijl vroeger enkel medeplichtigheid van de bank aan het instellen van een mechanisme nodig was.

Daarnaast lijkt de CBF ook het loutere aanbod van een mechanisme als mechanisme te sanctioneren. Wellicht is het onmogelijk om van een onder het fiscaal strafrecht vallend fiscaal misdrijf te spreken indien een mechanisme louter wordt aangeboden, zodat de begrippen bijzonder mechanisme in beide wetteksten qua betekenis toch wel van elkaar verschillen.

2.2. Het begrip fiscaal misdrijf - gemeenrechtelijk misdrijf - fiscale misdrijven in het WIB

Deze begrippen worden hier uitgelegd omdat zij hun belang vertonen voor het bepalen van het toepassingsgebied van de CBF in verband met de meldingsplicht aan het gerecht. Voor de wetswijziging betrof het overtredingen op het WIB, na de wetswijziging geldt deze plicht voor alle fiscale misdrijven. Eveneens is het mogelijk dat de bijzondere mechanismen uit Circulaire D 1 97/9 een strafrechtelijk en/of fiscaal misdrijf vormen.

2.2.1. Onderscheid strafrechtelijke inbreuk en belastingontwijking

Er is sprake van een fiscaal misdrijf of fiscale fraude indien een duidelijk omschreven wettelijke tekst wordt overtreden. Dit wordt ook belastingontduiking genoemd. Hierbij wordt de werkelijkheid niet weergegeven of op een valse of onjuiste manier. Dit wordt ook wel veinzing genoemd. Veinzing of simulatie betekent dat de belastingplichtige het voorhoudt dat hij een bepaalde rechtshandeling heeft gesteld zonder daarvan de juridische gevolgen te aanvaarden. Het criterium voor veinzing is dus het aanvaarden van de juridische gevolgen van een rechtshandeling en niet het criterium van de economische werkelijkheid zoals de belastingadministratie dikwijls heeft voortgehouden.⁵⁵

Belastingontwijking is daarentegen niet strafbaar. De belastingplichtige maakt hierbij gebruik van technieken die het hem mogelijk maken zo weinig mogelijk belastingen te betalen. Dit is volkomen wettelijk. Toch kan belastingontwijking ook juridische consequenties hebben, onder meer door de

⁵⁵ Cass. 27 januari 1987, *F.J.F.*, 1987, 87/68; Cass. 29 januari 1988, *F.J.F.*, 1988, 88/73; Cass. 22 maart 1990, *Arr. Cass.*, 1989-1990, nr. 440

antimisbruikbepaling (art 344 § 2 WIB). Deze bepaling laat toe om rechtshandelingen waarvan alle gevolgen worden aanvaard door de partijen maar die louter omwille van fiscale redenen worden tot stand gebracht, niet tegenstelbaar te verklaren aan de belastingadministratie. Dit is geen fiscale fraude of belastingontwijking omdat er geen materiële wettekst wordt overtreden.⁵⁶

2.2.2. *Onderscheid tussen fiscaal strafrechtelijk gesanctioneerde en gemeenrechtelijke misdrijven*

Fiscaal strafrechtelijk gesanctioneerde misdrijven zijn misdrijven die overtredingen vormen van de fiscale wetten nl. het wetboek van de Inkomstenbelastingen, de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen, de registratierechten, de successierechten, de zegelrechten, de met het zegel gelijkgestelde rechten en de BTW. Het geheel van die overtredingen en de beteugeling ervan vormen het fiscaal strafrecht. Dit is bijzonder strafrecht. Dit betekent dat alle bepalingen van Boek I van het Strafwetboek van toepassing zijn op deze misdrijven⁵⁷. Drie afwijkingen zijn hierop mogelijk: nl. een uitdrukkelijke afwijking voorzien door de bijzondere wettekst, de regels in verband met de strafbare deelneming en de regels in verband met de verzachtende omstandigheden bij wanbedrijven.⁵⁸ De bepalingen van Boek I SW zijn dan niet van toepassing. Art 457 WIB verwijst echter naar het gemene strafrecht zodat de regels van verzachtende omstandigheden en strafbare deelneming toch van toepassing zijn op fiscale misdrijven. Ook de regels inzake opschorting en uitstel zijn van toepassing op fiscale misdrijven.⁵⁹

Toch is het mogelijk dat een handeling zowel onder het fiscaal strafrecht valt als onder het gemeen strafrecht. Eén feit kan immers aan de kwalificatie van meerdere misdrijven voldoen, zodat een combinatie mogelijk is van één of meerdere gemeenrechtelijke misdrijven met één of meerdere fiscaal strafrechtelijk gesanctioneerde misdrijven.

De wet van 10 februari 1981 heeft de strafrechtelijke sancties in de verschillende wetgevingen geharmoniseerd. Meer in het bijzonder gaat het hier over de harmonisatie van de wetgeving op de Inkomstenbelastingen, de met de Inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen, de Registratie-, hypotheek- en griffierechten, Successierechten, Zegelrechten, met het Zegel gelijkgestelde taken en de BTW.⁶⁰

De wetgever heeft ook gepoogd om het fiscaal strafrecht enigszins gelijk te schakelen met het gemene strafrecht. Na deze harmonisatie zijn evenwel nog niet alle problemen opgelost. Er blijven nog steeds verschillen bestaan, doch

⁵⁶ Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1082 en Corr. Brussel 25 juni 1986, *F.J.F.*, 1987, 87/29

⁵⁷ art 100 SW

⁵⁸ DUPONT, L., *Beginselen van Strafrecht*, Leuven, Acco, 2000, 23

⁵⁹ TIBERGHEN, *Handboek voor Fiscaal Recht*, Brussel, Larcier, 2000, 453

⁶⁰ TIBERGHEN, *Handboek voor Fiscaal Recht*, Brussel, Larcier, 2000, 781

we gaan er hier verder niet op in.

2.2.3. Misdrijven die in het WIB zijn strafbaar gesteld

De misdrijven die in het WIB zijn strafbaar gesteld bevinden zich in de art 449 tot 463 van het WIB. De voornaamste misdrijven die zich daar bevinden zijn:

- Overtredingen met bedrieglijk opzet van de fiscale wetten of van ter uitvoering daarvan genomen besluiten
- Valsheid in openbare handels- of private geschriften
- Het gebruik van valse stukken
- Afleggen van een valse getuigenis
- Enz. ...

Hierbij dient opgemerkt dat de fiscale valsheid in geschrifte en het fiscale misdrijf van gebruik van valse stukken onderscheiden moeten worden van de gemeenrechtelijke valsheid in geschrifte (art 193 en verder SW) en het gemeenrechtelijk gebruik van valse stukken.⁶¹ Voor gemeenrechtelijke valsheid is bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden vereist. Voor fiscale valsheid is bovendien vereist dat dit bijzonder opzet aanwezig is om een zuiver fiscaal misdrijf te plegen zoals bedoeld in art 449 WIB.

2.2.4. Conclusie

Uit deze korte toelichting volgt dat het de overtredingen op het WIB slechts een deel vormen van het fiscaal strafrecht. Uit wat verder volgt zal blijken dat het toepassingsgebied van de meldingsplicht van de CBF aan de gerechtelijke autoriteiten in verband met bijzondere mechanismen is uitgebreid tot alle fiscale misdrijven en niet alleen van misdrijven die een overtreding vormen van het WIB, zoals het vroeger was. Bovendien blijkt ook dat niet alle overtredingen op het WIB strafrechtelijke overtredingen uitmaken omdat art 449 WIB een bijkomend moreel element van bedrieglijk opzet vereist: algemeen opzet is dus onvoldoende.

3. Circulaires D 1 97/9 en D 1 97/10: De lijst van bijzondere mechanismen en het Fiscaal voorkomingsbeleid.

In dit hoofdstuk worden eerst de doelstellingen van de circulaire besproken zoals ze worden bepaald door de CBF in de aanhef van de circulaire. Daarna wordt de rechtskracht van deze circulaire besproken, meer bepaald of het om reglementaire circulaire dan wel interpretatieve circulaire gaat. Tot slot wordt de inhoud van de respectievelijke circulaire toegelicht.

⁶¹ X, *Fiscaal Compendium*, Brussel, Ced. Samson, 2000, K. 4.2/3

3.1. Doelstelling circulaires

De bedoeling van circulaire D 1 97/9 van 18 december 1997 is om te voorkomen dat kredietinstellingen en beleggingsondernemingen handelingen stellen die fiscale fraude door derden bevorderen. Het gaat om handelingen die niet te verantwoorden zijn in het kader van normale en correcte bankverrichtingen of diensten die worden geleverd door beleggingsondernemingen. De CBF meent dat deze circulaires deel uitmaken van het administratief statuut van de kredietinstellingen en dus niet fiscaalrechtelijk van aard zijn. Ze meent dat gedragingen in verband met bijzondere mechanismen zowel de reputatie als de solvabiliteit van de kredietinstellingen aantasten en dus vanuit een prudentiële bekommernis verantwoord zijn.⁶² Circulaire D 1 97/10 van 30 december 1997 gericht aan de kredietinstellingen vult de andere circulaire aan. Hier wordt een voorkomingsbeleid uitgebouwd ten aanzien van de kredietinstellingen. De instellingen worden onder meer verplicht een interne procedure uit te werken ter voorkoming van de bijzondere mechanismen zoals bepaald in de eerste circulaire.⁶³

Het is niet onbelangrijk op te merken dat de CBF haar bevoegdheid kadert in haar prudentieel toezicht omdat er wat het prudentieel toezicht betreft, een Europese regeling bestaat.⁶⁴ Ter herinnering: prudentieel toezicht betekent dat de CBF de baken aanzet tot een voorzichtig beleid. Sommige auteurs menen immers dat deze circulaires niet tot het prudentieel toezicht behoren maar tot de financiële deontologie.⁶⁵ Deze kwalificatie is niet zonder belang. We komen er later op terug.

3.2. Rechtskracht van de circulaires

De vraag waar het hier om draait is wat de juridische draagwijdte is van de circulaires die de CBF uitgeeft. Daarmee wordt bedoeld of het gaat om juridisch afdwingbare normen waartegen een annulatieberoep bij de Raad van State kan worden ingesteld.

3.2.1. Algemeen

De Raad van State maakt een onderscheid tussen drie soorten circulaires:

- a. reglementaire circulaires
- b. interpretatieve circulaires
- c. circulaires die alleen gedragsvoorschriften bevatten, zogenaamde richtlijnen.

⁶² Circ. D 1 97/9, p. 1

⁶³ Circ. D 2 97/10

⁶⁴ Zie tweede bankrichtlijn

⁶⁵ TISON, *De interne markt voor bank-en beleggingsdiensten*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 692

Reglementaire circulaires zijn circulaires die algemene regels en verplichtingen opleggen die nieuw zijn en in feite iets toevoegen aan de bestaande wettelijke regeling. Dit kan doordat de circulaire lacunes in de wetgeving opvult of het toepassingsgebied uitbreidt.⁶⁶ Hier worden dwingende rechtsregels geformuleerd die moeten worden nageleefd.⁶⁷

Interpretatieve circulaires zijn circulaires die de bedoeling hebben om de ondergeschikten of ondergeschikte overheden duidelijkheid te verschaffen omtrent de betekenis en draagwijdte van wettelijke of reglementaire bepalingen en om richtlijnen te geven over de toepassing van de wettelijke of reglementaire bepalingen⁶⁸. Deze circulaires zijn wettelijk niet bindend voor personen die niet tot de administratie behoren maar kunnen wel als dusdanig overkomen indien zij op hen worden toegepast.⁶⁹

Indicatieve circulaires zijn circulaires waarbij men gewoon algemene richtlijnen gaat opleggen voor het gedrag van de overheid of de ambtenaren waarover men toezicht houdt. In feite gaat de voogdij-overheid in dat geval bepalen wat zij zou doen indien ze zou moeten oordelen in bepaalde gevallen. Evenwel laat dit de beoordelingsvrijheid niet onverlet van de overheid waarop zij toezicht houdt.⁷⁰ Dit zijn enkel aanbevelingen die geen rechtsregels zijn omdat de toezichthoudende overheid (bv. het gewest t.o.v. de gemeenten) geen verordenende bevoegdheid heeft t.a.v. de overheid waarover zij voogdijgezag uitoefent. Bij elke beslissing van deze overheid moet zij telkens opnieuw de beslissing beoordelen in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.⁷¹

Alleen voor de eerste vorm van circulaires is een annulatieberoep mogelijk bij de Raad van State. Zoals hierboven gesteld valt de CBF onder de overheden zoals bedoeld in art 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.⁷²

3.2.2. *Criteria voor reglementaire circulaires*

Om na te gaan of de Circulaires van de Commissie voor Bank- en Financien reglementaire circulaires zijn moet nagegaan worden of aan alle door de Raad van State opgesomde criteria⁷³ is voldaan, namelijk:

⁶⁶ HAUTFENNE, "Réflexion sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale", *J.D.F.* 1998, (129) 131 en SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 288

⁶⁷ MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 43

⁶⁸ SALMON, *o.c.*, 287

⁶⁹ MAST, *o.c.*, 42

⁷⁰ SALMON, *o.c.*, 286

⁷¹ MAST, *o.c.*, 42

⁷² R. v. St. AERTS, nr. 27.721, 24 maart 1987, *R.W.* 1988-1989, 1130; MAST, *o.c.*, 43 en LEUS, *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, p. 334, nr. 421 en p. 335, nr. 422

⁷³ R.v.St. BESTENDIGE DEPUTATIE VAN DE PROVINCIERAAD OOST-VLAANDEREN, nr. 13.666, *Arr.R.v.St.* 1969, 770; MAST, *o.c.*, 43 en LEUS, *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, 56-80; zie ook: HAUTFENNE, *o.c.*, 134

- De circulaire moet iets toevoegen aan de wet en de circulaire moet regels bevatten die voldoende algemeen en abstract zijn
- De auteurs ervan moeten de bedoeling hebben gehad om dwingende regels te formuleren wat kan blijken uit de manier waarop de circulaire is opgesteld
- De overheid moet bevoegd zijn om degene die de circulaire moet toepassen te binden
- De overheid moet over de middelen beschikken om zelf de handhaving van de richtlijnen af te dwingen.

3.2.3. De circulaires van de CBF

De volgende vragen die dan dienen beantwoord te worden is of deze circulaires werkelijk reglementair zijn en of de CBF de bevoegdheid heeft om dergelijke circulaires uit te vaardigen. Indien dit niet het geval is en het om werkelijk reglementaire circulaires gaat, kan een annulatieberoep bij de Raad van State worden ingesteld, evenwel binnen de 60 dagen na het bekendmaken van de betrokken handeling.⁷⁴ Deze termijn is verstreken voor de circulaire maar kan nog wel voor elke individuele handeling die op basis daarvan wordt genomen op voorwaarde dat men eerst in beroep is gegaan bij de minister van Financiën zoals in art 57 § 3 Bankwet is bepaald.⁷⁵

a. Reglementaire circulaires

Hierboven zijn de criteria geschetst die de Raad van State hanteert om te spreken van een reglementaire circulaire.

De vraag is of de bedoeling van de CBF erin bestond om afdwingbare regels te bepalen die iets aan de wet toevoegen of dat de CBF enkel de bedoeling had om het begrip ‘bijzonder mechanisme’ te interpreteren (interpretatieve circulaire) en ‘richtlijnen voor gedrag’ vast te leggen in haar tweede circulaire (cf. infra).

HAUTFENNE is van mening dat het wel degelijk om reglementaire circulaires gaat die dus ook afdwingbaar zijn, hoewel de bewoordingen van de CBF in de circulaires op het eerste zicht in de richting van een interpretatieve circulaire of gewone richtlijn lijken te wijzen.⁷⁶

Wat Circulaire D 1 97/10 betreft, wijst hij enerzijds op het feit dat deze circulaire veel concrete verplichtingen bevat, nl. het opstellen van een beleidsnota, het instellen van interne controlemechanismen, sensibilisering van personeel e.d. Anderzijds wijst hij op het parallelisme van deze verplichtingen met de verplichtingen die worden opgelegd in de witwaswetgeving van 11 januari 1993. Deze verplichtingen werden opgelegd bij wet niettegenstaande het feit dat de CBF in afwachting van de goedkeuring van die wet een

⁷⁴ Art 19 Gecoördineerde wetten op de Raad van State

⁷⁵ BOES, “Administratief recht”, Leuven, Acco, 1998, 258

⁷⁶ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, p 134, nr. 12

circulaire had uitgevaardigd met gelijkaardige verplichtingen als die opgenomen in de wet. In realiteit bevat de Cirulaire D 1 97/10 dus niet enkel richtlijnen voor ‘passend gedrag’ maar wel degelijk verplichtingen, aldus HAUTFENNE.⁷⁷ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de bepalingen uit de circulaire inzake fiscaal voorkomingsbeleid niet met sancties worden afgedwongen in tegenstelling tot de circulaire inzake witwaswetgeving die werd afgedwongen met de sancties uit art 25 van het KB nr. 185.⁷⁸ Het is wel zo dat ondertussen alle banken de verplichtingen opgelegd door de CBF hebben nageleefd en dus onder meer een nota hebben opgesteld, voorlichting aan hun personeel hebben gegeven enz. ... De Commissie bevestigt dit in haar jaarverslag.⁷⁹ Ze stelt ook dat de concrete invulling ietwat verschilt van bank tot bank en dat de toepassing van de richtlijnen een aandachtspunt blijft in de controleprogramma’s van de Commissie.

Wat circulaire D 1 97/9 betreft, wijst HAUTFENNE op het feit dat wat in deze circulaire staat kan afgedwongen worden met de sancties uit art 57 § 1 en § 2 van de Bankwet, wat hem doet besluiten dat dit een reglementaire circulaire is.⁸⁰ Bij dit laatste argument kan inderdaad opgemerkt worden dat het instellen van bijzondere mechanismen wordt gesanctioneerd door art 57 § 1 en 2 maar dat die sanctioneringsbevoegdheid haar oorsprong vindt in de wet, zodat de CBF hoe dan ook de wettelijke bevoegdheid heeft om bijzondere mechanismen stop te zetten en dat de circulaire die zij uitvaardigt enkel de interpretatie van het begrip bijzonder mechanisme betreft, zodat de vraag gesteld kan worden of HAUTFENNE gelijk heeft als hij stelt dat het om reglementaire circulaire gaat. HAUTFENNE meent ook dat de oude circulaire van 1976 en 1977 geen circulaire waren die reglementair van aard waren. Uit het feit dat Circ D 1 97/10 een voorkomingsbeleid oplegt en uit het feit dat de Circ D 1 97/9 nieuwe mechanismen invoert, leidt hij af dat het wel om reglementaire circulaire zou gaan. Waarom is echter niet geheel duidelijk.⁸¹

Het is wel duidelijk dat de grens tussen reglementaire en administratieve circulaire niet geheel duidelijk is.⁸² Of er iets toegevoegd wordt aan de wet kan eigenlijk enkel aan de hand van een aantal voorbeelden worden verduidelijkt. Dit is ook wat HAUTFENNE doet. Hij haalt onder meer het voorbeeld aan van het arrest VZW GROEPERING VAN BELGISCHE

⁷⁷ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, (129) 134-136

⁷⁸ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, (129) p. 138, nr. 16 en PARDON “Le blanchiment de l’argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit”, *Rev. Dr. Pén.* 1992, 751

⁷⁹ Jaarverslag Bankcommissie, 1997-1998, 29-32

⁸⁰ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale”, *J.D.F.* 1998, (129) p. 138, nr. 17

⁸¹ HAUTFENNE, “Réflexions sur la conformité à la loi des circulaires de la commission bancaire et financière en matière fiscale.” *J.D.F.* 1998, (129) p. 141, nr. 23 en p. 142 nr. 24

⁸² LEUS, *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1992, p. 60 nr. 60

BAKKERIJEN⁸³ waar aan het woord ‘brood’ een betekenis werd toegekend die in strijd was met de betekenis die eraan werd toegekend door een KB. In dit geval is het duidelijk dat er iets wordt toegevoegd aan de bestaande rechtsorde. Bij het begrip ‘bijzonder mechanisme’ is dit niet het geval omdat het begrip nergens in de bestaande rechtsorde wordt gedefinieerd. Een afwijkende interpretatie van het begrip was alleen te vinden in de Com IB m.b.t. art 318 WIB maar daar is de terminologie gewijzigd in ‘mechanisme van belastingontduiking’.

Een ander voorbeeld dat wordt aangehaald is het arrest R. v. St. TIMMERMANS⁸⁴ waar door een omzendbrief van de Orde van Apothekers de sluiting van de apotheken op zaterdagmiddag wordt bevolen in « administratief Groot-Gent ». Hier wordt iets aan de wet toegevoegd omdat een dergelijk wettelijk verbod niet bestaat.⁸⁵ Over bijzondere mechanismen daarentegen bestaat wel een wetsbepaling die bijzondere mechanismen verbiedt in die zin dat de CBF ze kan stopzetten.

b. De bevoegdheid van de CBF

Na deze circulaire als reglementaire of verordenende circulaire te hebben gekwalificeerd gaat HAUTFENNE na of de CBF bevoegd is om dergelijke circulaire uit te vaardigen. Als zij dit niet is dan kan een beroep tot nietigverklaring worden ingesteld bij de Raad van State op basis van art 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

HAUTFENNE meent dat de CBF niet bevoegd is omwille van twee redenen: zij is onbevoegd in fiscale aangelegenheden en zij is onbevoegd in het uitvaardigen van regels van financiële deontologie.

Zijn eerste argument bestaat in hoofdzaak uit de vaststelling dat de CBF onbevoegd is in fiscale zaken. Hierop bestaat weliswaar de uitzondering van de stopzettingmogelijkheid door de CBF en de meldingsplicht door de CBF maar deze uitzonderingen moeten restrictief worden geïnterpreteerd. De CBF is aldus niet bevoegd om het begrip bijzonder mechanisme te wijzigen.

Zij moet zich inderdaad houden aan wat de wet met betrekking tot de definitie van bijzondere mechanismen heeft bepaald m.n. dat het mechanisme moet zijn ‘ingesteld’ door de bank en dat het moet ‘tot doel of tot gevolg hebben fiscale fraude door derden te bevorderen’. HAUTFENNE meent dat de CBF dit niet altijd respecteert. Dit komt tot uiting in de kritiek die hij heeft op elk mechanisme afzonderlijk. Dit wordt besproken onder 3.3.3.

Zijn tweede argument richt zich vooral tegen de tweede circulaire D 1 97/10. De CBF is niet bevoegd inzake financiële deontologie. Dit blijkt nergens uit de wetgeving en zeker niet uit art 20 van de Bankwet waar geen enkele bevoegdheid aan de CBF wordt toegekend. Daarnaast meent hij dat de passage uit de eerste circulaire te kunnen aanhalen waar de CBF zegt dat slechts bepaalde van de bijzondere mechanismen aan de meldingsplicht onderworpen

⁸³ R.v.St. nr. 15. 469, 8 augustus 1972, *Arr. R.v.St.* 1972, 715

⁸⁴ R.v.St. nr. 2.021, 5 december 1952, *Arr. R.v.St.* 1952, 1270

⁸⁵ HAUTFENNE, *o.c.*, 132 en LEUS, *o.c.*, 59

zijn. Dit kan niet aldus HAUTFENNE omdat de begrippen bijzonder mechanisme in alle wetteksten noodzakelijkerwijze dezelfde betekenis heeft.⁸⁶ Hier moet wel gewezen worden op het feit dat de wetgeving op de meldingsplicht onlangs gewijzigd is en enkel nog bijzondere mechanismen die een onder het fiscaal strafrecht vallend misdrijf uitmaken gemeld moeten worden (cf. infra). In feite zijn er aldus twee begrippen van ‘bijzonder mechanisme’ ontstaan.

3.3. Circulaire D 1 97/9

3.3.1. Grondslag

De eerste circulaire inzake bijzondere mechanismen steunt op art 57 § 3 van de Bankwet (juncto art 75 § 2 voor de kredietinstellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn). Zoals hierboven reeds gesteld blijkt uit de voorbereidende werken dat het steeds de bedoeling van de wetgever is geweest om dit algemene begrip verder te laten uitwerken door de CBF zelf. Art 104 § 3 van de wet van 6 april 1995 op de secundaire markten, het statuut en toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs is het tweede artikel waarop deze circulaire steunt. Hier krijgt de toezichthoudende overheid (CBF) een bevoegdheid inzake bijzondere mechanismen zoals bij de kredietinstellingen.

3.3.2. Toepassingsgebied

Deze circulaire onderscheidt zich van de Circulaire D 1 97/10 door haar toepassingsgebied. Circulaire D 1 97/9 is immers van toepassing op zowel de kredietinstellingen als de beleggingsondernemingen.

De circulaire is van toepassing zowel op de Belgische kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en de andere EG-instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening bankactiviteiten of beleggingsactiviteiten in België ontplooiën, hoewel zij hier niet gevestigd zijn. De Circulaire is eveneens van toepassing op de bijkantoren van buitenlandse banken en dochterondernemingen van buitenlandse banken. Dit is zo omdat zij hier een vestiging hebben.⁸⁷ Niet alle mechanismen van toepassing op de Belgische instellingen zijn evenwel van toepassing op de buitenlandse instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn omdat dit praktisch gezien niet mogelijk is. De vraag is hierbij of de CBF überhaupt de circulaires van toepassing kan verklaren op de instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn zonder in strijd te zijn met de tweede Bankrichtlijn.

Daarnaast moet men er rekening mee houden dat de opsomming niet-limitatief van aard is. De Commissie zegt uitdrukkelijk in haar circulaire dat zij zich het

⁸⁶ HAUTFENNE, *o.c.* 1998, 140-148

⁸⁷ MALHERBE en SCORIELS, “Les nouvelles circulaires de la Commission Bancaire et Financière sur les mécanismes particuliers”, *R.G.F.* 1998, 61

recht voorbehoudt om ook niet-benoemde mechanismen stop te zetten.⁸⁸ Bovendien maken deze mechanismen ook niet noodzakelijk strafrechtelijke inbreuken uit. Indien het evenwel strafrechtelijke inbreuken zijn op de fiscale wetten, dan moet de Commissie hiervan aangifte doen bij het gerecht.⁸⁹

3.3.3. Bespreking bijzondere mechanismen in Circulaire D 1 97/9

In dit deel is het niet de bedoeling om in detail in te gaan op elk mechanisme, maar een algemeen overzicht⁹⁰ te bieden. Daarbij gaat de aandacht vooral naar de nieuwe mechanismen die zijn ingevoerd sinds de twee vorige documenten van 1976 en 1977.

a. In België gevestigde kredietinstellingen en beleggingsondernemingen

- Praktijken met betrekking tot roerende inkomsten waarop roerende voorheffing verschuldigd is

Deze praktijken stonden reeds in het eerste document van 1976. In feite vormde een incident met betrekking tot een postzak coupons de aanleiding voor het toekennen van bevoegdheid met betrekking tot bijzondere mechanismen aan de CBF. Banken zonden toen coupons van hun klanten per post naar Luxemburg waar ze geïnd werden en later op de rekening van de Belgische klanten gestort.⁹¹

Men viseert hier kredietinstellingen die diensten verrichten met betrekking tot roerende inkomsten waarvan zij weten of behoren te weten dat er roerende voorheffing op verschuldigd is. Zij mogen evenmin een vrijstelling verlenen van roerende voorheffing wanneer zij weten of behoren te weten dat de voorwaarden voor vrijstelling niet vervuld zijn. Er is dus een moreel element in hoofde van de bank vereist. Het bewijs van dit moreel element is alleszins minder zwaar dan de circulaire van 1976 waarin stond dat de bank met zekerheid moest weten dat roerende voorheffing verschuldigd was.⁹²

HAUTFENNE meent dat de CBF hier van een te ruim begrip van bijzonder mechanisme uitgaat omdat dit mechanisme ook slaat op de kredietinstellingen die niet als tussenpersoon optreden en dus niet de roerende voorheffing moeten inhouden.⁹³ Hierbij dient opgemerkt dat het eerste document van 1976 ook niet

⁸⁸ Circulaire D 1 97/9, p. 2; X, "Bankcommissie actualiseert bijzondere fraudemechanismen", *Fisc. Act.* 1998, nr. 3, p. 7; X, "Bankcommissie: banken moeten fiscaal zuiver handelen.", *Fiscoloog* 1998, nr. 644, p. 3-4; X, "La CBF sensibilise les banques aux mécanismes particuliers", *Act. Fisc.* 1998, nr. 4, p. 4-5; MALHERBE en SCORIELS, *o.c.*, 62

⁸⁹ art 38 bis KB nr. 185

⁹⁰ Zie voor een overzicht ook: VINCENT en DOUENIAS, "De nieuwe circulaire inzake bijzondere mechanismen", *Bull. Fisc. Fin. R.*, 1998, nr. 2, p. 2-11

⁹¹ DUPLAT, "l'obligation de dénonciation de mécaansimes particuliers par la commission bancaire et financière aux autorités judiciaires", in *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, Brussel, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1999, 243 en MALHERBE en SCORIELS, *o.c.*, 62

⁹² MALHERBE, en SCORIELS, *o.c.*, (59) 63 en Circ. D 1 97/9, A §1, 1

⁹³ HAUTFENNE, *o.c.*, 151

vereiste dat men als tussenpersoon moest worden gekwalificeerd om onder toepassing van art 57 § 3 te vallen.⁹⁴

- Bemiddeling voor een buitenlandse kredietinstelling of beleggingsonderneming waarbij belastingontduiking door inwoners wordt bevorderd.

Dit is een mechanisme dat nieuw werd ingevoerd in 1997. Men wil hier vermijden dat de Belgische cliënt bij zijn eigen bankier al zijn verrichtingen met betrekking tot zijn buitenlandse rekeningen feitelijk kan doen. De CBF gaat er dan van uit dat dan de bank snel betrokken raakt bij het organiseren van fraude. Evenwel kan men zich gevallen indenken waar bepaalde banken voor buitenlandse kaderleden een dienstverlening opzetten waardoor zij in staat gesteld worden om verrichtingen te doen op hun buitenlandse rekeningen. Hierbij is het dus geenszins de bedoeling om te frauderen. Dit is dan ook geen bijzonder mechanisme.⁹⁵

Daarnaast wil men ook dat eens de gelden weg zijn uit de Belgische bank naar een Luxemburgse bank, er geen commissie meer kan betaald worden aan de kantoorhouder van de Belgische bank in verhouding met de tegoeden op de buitenlandse rekening. Wel kan er een éénmalige commissie worden betaald.⁹⁶ Wat dit laatste punt betreft merkt HAUTFENNE op dat er niet bij vermeld staat dat dit mechanisme moet opgezet zijn met het doel om fiscale fraude door derden te bevorderen.⁹⁷

- Praktijken die cliënten in staat stellen het belastingbestuur te misleiden.

Hieronder worden maatregelen gecatalogiseerd m.b.t. het vermelden van waarborgen in de kredietakte, het oneigenlijk gebruik van interne rekeningen, de verzending van rekeningafsluitingen in verband met rekeningen die als één enkele rekening werken en de niet-vermelding op het borderel van gekruiste aankoop- en verkooporders van financiële instrumenten.

Het vermelden van waarborgen in de kredietakte is reeds verplicht sinds de documenten uit 1976 en 1977⁹⁸ maar deze verplichting is nog verfijnd zodat een aantal achterpoortjes gesloten zijn. Het vermelden van waarborgen is verplicht omdat als de bank dit niet zou doen de cliënt op deze manier geld in zijn zaak zou kunnen investeren waarop geen belastingen betaald zijn, omdat hij zagezegd een notariële krediet van de bank heeft gekregen, terwijl het in werkelijkheid een gewaarborgd krediet is, m.n. gewaarborgd door niet-aangegeven inkomsten.

Voor de nieuwe circulaire D 1 97/9 (dus: onder de oude regeling van de

⁹⁴ Eerste document 1976, 1

⁹⁵ Circ. D 1 97/9, B, eerste lid

⁹⁶ Circ. D 1 97/9, B, tweede lid

⁹⁷ HAUTFENNE, *o.c.*, 152

⁹⁸ Eerste document van 2 februari 1976 en Tweede document van 25 januari 1977

documenten van 1976 en 1977) was het niet verplicht om in de kredietakte te vermelden dat de cliënt waarborgen aan de kredietverzekeraar had gegeven in het geval de bank een kredietverzekering had aangegaan om zich te verzekeren tegen het niet terugbetalen van de lening door de cliënt. Dit is veranderd omdat⁹⁹ dit een mogelijkheid om de bijzondere mechanismen te omzeilen openliet nl. in plaats van waarborgen te geven aan de bank die dan de waarborgen in de kredietakte moest vermelden gaf men waarborgen aan de verzekeraar die dan niet moesten worden vermeld. Uiteraard is voor de kwalificatie als bijzonder mechanisme wel vereist dat de bank van het stellen van de waarborg bij de kredietverzekeraar op de hoogte was of moest zijn. Een ander geval waar nog een achterpoortje te vinden was in de vorige circulaire, was het geval waarin een kredietinstelling omwille van het risico van een omvangrijk krediet een overeenkomst tot risicodeling aanging. In dat geval ging men om het vermelden van de waarborg in de kredietakte te vermijden, de waarborg geven aan de bank die mee instond voor het risico door de overeenkomst van risicodeling. Aangezien de bank enkel voor de lening instond door de overeenkomst van risicodeling en niet zelf het krediet gaf, moest de waarborg niet worden vermeld. Nu is dit veranderd voor het geval dat de kredietverlenende bank op de hoogte was of moest zijn van de waarborg gegeven aan één van de andere banken die mee instond voor het risico.¹⁰⁰

HAUTFENNE bekritiseert dit mechanisme door te stellen dat dergelijke notoriëteitskredieten de fraude niet bevorderen omdat de fraude, nl. het niet aangeven van de inkomsten, reeds is geschied.¹⁰¹ Formeel gezien is dit wellicht correct, maar het feit dat de kredietinstellingen dit doen en zo een herinvestering van niet-aangegeven inkomsten mogelijk maken, laat bestaande fraude-praktijken voorbestaan.

Een ander nieuw bijzonder mechanisme is het oneigenlijk gebruik van interne rekeningen. Daarmee wordt bedoeld dat deze interne rekeningen, die voor het overige technisch absoluut noodzakelijk zijn voor de werking van de kredietinstellingen, niet mogen worden gebruikt om de werkelijke aard van de verrichting te verdoezelen. Zo zou een overschrijving naar een buitenlandse bankrekening bijvoorbeeld kunnen worden gecamoufleerd door een terugname in cash van de rekening.¹⁰² HAUTFENNE merkt hier op dat interne rekeningen niet illegaal zijn en dat de CBF hier opnieuw een te ruime interpretatie van het begrip hanteert.¹⁰³

Een derde bijzonder mechanisme is het verzenden van rekeningafsluitingen in verband met rekeningen die als een enkele rekening werken. In hoofdzaak komt het erop neer dat indien klanten bij een kredietinstelling verschillende

⁹⁹ blz. 6 ° 3 van de Circulaire D 1 97/9

¹⁰⁰ Circ. D 1 97/9, p. 6 e.v.; MALHERBE en SCORIELS, *o.c.*, 64

¹⁰¹ HAUTFENNE, *o.c.* 1, 54

¹⁰² Circ. D 1 97/9, p. 9, § 2

¹⁰³ HAUTFENNE, *o.c.*, 156

rekeningen hebben die wat het berekenen van de intrest betreft als één rekening werken, de kredietinstelling moet vermelden dat het om sub-rekeningen gaat bij het verzenden van een rekeningafsluiting. Er moet een rekeningafsluiting gestuurd worden met de saldi van deze rekeningen bij de jaarlijkse afsluiting.

Tot slot wordt nu ook tot een bijzonder mechanisme gerekend de niet-vermelding op het borderel van gekruiste aankoop- en verkooporders van financiële instrumenten.¹⁰⁴ Dit mechanisme is eveneens nieuw. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een klant heeft inkomsten die hij niet kan verantwoorden en die hij wil investeren in zijn zaak. Hij koopt op dag 1 een financieel instrument (bijv. aandelen) ter waarde van 1 miljoen en verkoopt die terug dezelfde dag. Dit is dus een nuloperatie. Dan wacht hij tot de koers van het aandeel is gestegen tot bijv. 2 miljoen voor dezelfde hoeveelheid aandelen. Hij koopt die aandelen voor 2 miljoen en verkoopt die dezelfde dag opnieuw voor 2 miljoen. Dit is opnieuw een nuloperatie. Op het aankoopborderel wordt niet vermeldt dat de aandelen op dezelfde dag opnieuw verkocht werden. Het resultaat hiervan is dat de cliënt aan de fiscus het aankoopborderel van de aankoop aan 1 miljoen gaat voorleggen en het verkoopborderel van 2 miljoen. Dan lijkt het of hij 1 miljoen winst heeft gemaakt die hij dan kan investeren in zijn zaak. De ‘winst’ die hij heeft gemaakt zal bovendien vrijwel onbelastbaar zijn aangezien het gaat om meerwaarden op aandelen. De bank is nu evenwel verplicht om te vermelden op aankoop- en verkoopborderellen dat er dezelfde dag gekocht en verkocht is. Er is wel een moreel element vereist: zij weet of behoort te weten dat het om een gekruist order gaat. HAUTFENNE beweert dat ook hier een te ruime interpretatie van het begrip bijzonder mechanisme wordt gehanteerd omdat er niets illegaals is aan gekruiste orders.¹⁰⁵

- Herhaalde schending van fiscale verplichtingen

Tot slot viseert de circulaire de herhaalde schending van fiscale verplichtingen. Hiervoor volstaat het de tekst van de circulaire te lezen om te begrijpen wat bedoeld wordt. Een actueel voorbeeld hiervan betreft het niet blokkeren van de bankrekening van een overledene na kennisgeving van het overlijden aan de bank. Dit stelde familieleden van cliënten in staat om nog geld van de rekening af te halen en zo aan de successierechten te onttrekken.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Circ. D 1 97/9, p. 10, § 3

¹⁰⁵ HAUTFENNE, *o.c.*, 157

¹⁰⁶ Circ. D 1 97/9, p. 11, D; X, “Gerecht verdenkt Dexia Bank van hulp bij fiscale fraude” in *De Tijd*, 11 oktober 2000.

b. Bijzondere mechanismen bij buitenlandse kredietinstellingen en beleggingsondernemingen die in het kader van de vrije dienstverlening in België bedrijvig zijn.

De bepalingen van de circulaire zijn dus van toepassing op kredietverleners van binnen de EG die in het kader van de vrije dienstverlening in België werken. Vrije dienstverlening betekent dat een bankinstelling zonder een bijkantoor of een dochteronderneming te hebben in België bankdiensten aanbiedt. Aangezien het gaat om een buitenlandse bankinstelling is het vanzelfsprekend dat bemiddelen voor een buitenlandse kredietinstelling toegestaan is aangezien zij zelf een buitenlandse instelling is. Toch lijkt het niet echt duidelijk waarom bijvoorbeeld buitenlandse kredietinstellingen niet verplicht zijn om op aankoop- en verkoopborderellen te vermelden dat het om gekruiste transacties gaat.¹⁰⁷ Volgens sommigen valt het te betreuren dat door het aantal mechanismen voor deze instellingen te beperken, er in feite twijfel rijst over de draagwijdte van de mechanismen die op hen toepasselijk zijn.¹⁰⁸

3.3.4. Strafrechtelijke implicaties van de mechanismen beschreven in Circ. D 1 97/9

Het is mogelijk dat de hierboven beschreven bijzondere mechanismen strafrechtelijke inbreuken uitmaken zoals bijvoorbeeld valsheid in geschrifte (fiscaal of gemeenrechtelijk), fiscale fraude, bendevorming, ... Wellicht moet geval per geval beoordeeld worden, maar het niet vermelden op borderellen dat het om gekruiste transacties gaat bijvoorbeeld kan wellicht vallen onder de kwalificatie valsheid in geschrifte indien aan de voorwaarden hiervoor voldaan is m.n. indien het gaat om het vermommen of vervalsen van de waarheid in een strafrechtelijk beschermd geschrift met het oogmerk om een zuiver fiscaal misdrijf te plegen en met de mogelijkheid om schade te berokkenen.¹⁰⁹

3.3.5. Geldigheid circulaire D 1 97/9

Om na te gaan of Circulaire D 1 97/9 geldig is moet nagegaan worden of de grondslag voldoende is om op te steunen. Indien een grondslag wordt gevonden in de Belgische wetgeving moet uiteraard ook nagegaan worden of deze bepaling niet strijdig is met andere wettelijke bepalingen met name deze van het internationaal recht, en meer in het bijzonder het Europees recht.

Circulaire D 1 97 / 9 steunt op art 57 § 3 en art 75 § 2 van de Bankwet. Daar krijgt de CBF de bevoegdheid om bijzondere mechanismen stop te zetten. Op basis hiervan heeft de CBF een circulaire uitgevaardigd. HAUTFENNE meent dat dit een reglementaire circulaire is. Hij meent ook dat de CBF niet bevoegd

¹⁰⁷ Circ D 1 97/9, p. 12

¹⁰⁸ MALHERBE en SCORIELS, "Les nouvelles circulaires de la commission bancaire et financière sur les mécanismes particuliers", *R.G.F.* 1998, 68

¹⁰⁹ X, *Fiscaal Compendium*, Brussel, Ced. Samson, 2000, K 4.2/4-7

is om dergelijke circulaire's uit te vaardigen. Ze is immers niet bevoegd in fiscale zaken. Hij heeft wellicht gelijk door te stellen dat de CBF in principe op haar terrein moet blijven, namelijk dat van het prudentieel toezicht. Het feit echter dat de wet die bevoegdheid als uitzondering op haar onbevoegdheid in fiscale zaken aan de CBF toekent duidt op een politieke keuze van de wetgever in een poging om de fiscale fraude aan banden te leggen. De wetgever heeft doelbewust een vacuüm gelaten in de wetgeving en slechts zeer algemeen het begrip bijzonder mechanisme omschreven. Juridisch gezien zijn er dus eigenlijk weinig of geen criteria om te bepalen of de CBF 'te ver' gaat. Wat de Belgische wetgeving betreft, is art 57 § 3 waarschijnlijk een voldoende juridische grondslag. (cf. supra) MALHERBE en SCORIELS merken evenwel op dat als de CBF hierin te ver gaat, ze een administratieve overheid dreigt te worden die een 'economische politiek' voert en buiten haar terrein optreedt.¹¹⁰

Zoals hierboven reeds aangegeven kan de vraag gesteld worden of de Circulaire in strijd is met de tweede bankrichtlijn. Daarnaast dient ook de vraag gesteld of de CBF alle formaliteiten heeft vervuld bij het tot stand komen van Circulaire D 1 97/9.

- Algemeen-belangexceptie

De tweede Bankrichtlijn heeft de bedoeling een aantal minimumregels op te leggen inzake harmonisatie van de Banksector in de lidstaten van de Europese Unie. In haar preambule bepaalt de richtlijn dat zij het bedrijfseconomisch toezicht op de kredietinstellingen harmoniseert¹¹¹, met uitzondering van liquiditeit, monetaire politiek en marktrisico. Wat de principes betreft, kan worden verwezen naar het inleidend hoofdstuk.

Hierbij weze benadrukt dat het bedrijfseconomisch toezicht wordt geregeld (m.n. solvabiliteitsratio, voldoende eigen vermogen).

Waar de bevoegdheid van bedrijfseconomisch toezicht in principe dus beperkt is tot de eigen kredietinstellingen is hierop evenwel een uitzondering en kan het gastland reglementerend optreden ten aanzien van buitenlandse kredietinstellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn en bijkantoren indien dit noodzakelijk is om een gerechtvaardigde politiek van de lidstaat met betrekking tot diens algemeen belang te voeren (bvb. omwille van sociale, culturele redenen, openbare veiligheid, volksgezondheid of een coherent belastingstelsel). Dit heet de algemeen-belangexceptie. Deze exceptie staat in het Belgisch recht verwoord in art 70 van de Bankwet. Wat het Europees recht betreft gaat het onder meer over art 21.5 van de tweede bankrichtlijn m.b.t. de sanctioneringsbevoegdheid van de controle-autoriteiten. Dit wordt ook wel de rule of reason genoemd. Deze regel werd gevestigd door de rechtspraak van het Europese hof van Justitie in de Dasonville-zaak en de zaak Cassis de Dijon wat het vrije verkeer van goederen betreft. Het gaat om

¹¹⁰ MALHERBE en SCORIELS, *o.c.*, 69

¹¹¹ Preambule Richtlijn 89/646/EEG, zevende lid

de toelaatbaarheid van niet-discriminerende maatregelen die een land neemt ten aanzien van buitenlanders (in casu kredietinstellingen) maar die wel een belemmerende werking hebben wat de totstandkoming van de interne markt betreft. Dergelijke maatregelen zijn enkel toelaatbaar indien aan vier voorwaarden is voldaan. (1) Er mag geen regeling zijn op communautair vlak. (2) De regeling moet de bescherming beogen van niet-economische beleidsdoelstellingen van algemeen belang (bvb. de doeltreffendheid van fiscale controles). (3) De regeling mag niet-discriminatoire zijn. (4) De maatregel moet tenslotte evenredig zijn met het beoogde doel¹¹²: er mogen met andere woorden geen andere minder belemmerende maatregelen kunnen worden uitgevaardigd. De algemeen-belangexceptie wordt terug aangehaald in de tweede bankrichtlijn zodat de voorwaarde van niet-harmonisatie is op Europees vlak achterwege blijft. Volgens de Commissie is er evenwel nog een bijkomende voorwaarde nodig als de tweede bankrichtlijn van toepassing is, nl. het beoogde doel mag niet reeds worden bewerkstelligd in de staat van herkomst van de instelling.¹¹³

De vraag is of dit inderdaad een grondslag kan vormen voor het van toepassing verklaren van de Circulaire op buitenlandse kredietinstellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn en op bijkantoren.

De CBF zelf lijkt niet helemaal zeker van haar stuk aangezien ze in haar circulaire onder II uitdrukkelijk bepaalt dat deze regeling geldt 'onverminderd de verplichtingen krachtens internationale verdragen'.¹¹⁴

DASSESE meent dat het geen twijfel leidt dat de fiscale wetten en meer in het bijzonder het fiscaal strafrecht deel uitmaken van het algemeen belang. Evenwel, meent hij, maken de bepalingen uit de Circulaire deel uit van het fiscaal preventiebeleid.¹¹⁵ Dit valt volgens hem niet onder de algemeen-belangexceptie.

Het gevolg daarvan is dat de CBF elke bevoegdheid ten aanzien van deze instellingen verliest en dat ze enkel kan melden aan de controle-autoriteit van het land van oorsprong van de instelling. Daarnaast kan de CBF de stopzetting vragen van de activiteiten indien de buitenlandse controle-autoriteit niets doet.¹¹⁶ Hieruit volgt dan ook dat omwille van de hierboven vermelde argumentering, art 74 § 2 van de Bankwet strijdig is met de tweede bankrichtlijn omdat de wet daar naar de bevoegdheden van de CBF verwijst zoals die in de Belgische wet staan (zoals bepaald in de Belgische wet) terwijl de richtlijn die limitatief de bevoegdheden van de ontvangst-staat bepaalt, niet

¹¹² BJORKLAND, "The scope of the general good in the second banking directive according to recent case law", *Eur. Bus. L. Review*, 1998, 233-234

¹¹³ BJORKLAND, "The scope of the general good in the second banking directive according to recent case law", *Eur. Bus. L. Review*, 1998, 234

¹¹⁴ Circ. D 1 97/9 p. 12

¹¹⁵ DASSESE, "L'obligation de dénonciation des mécanismes particuliers et des mécanismes par la CBF au Ministre des Finances est-elle conforme au droit communautaire", *R.G.F.* 1994, p.30, tweede kolom

¹¹⁶ DASSESE, *o.c.*, 31

verwijst naar een sanctioneringsbevoegdheid of een meldingsplicht.¹¹⁷

Deze opvatting gaat er dus van uit dat de Circulaires deel uitmaken van het prudentieel toezicht zoals dit is geregeld door de tweede bankrichtlijn. Dit is trouwens wat de CBF ook zelf beweert in haar Circulaire: ‘deze gedragingen (nl. de bijzondere mechanismen) kunnen de financiële positie en de reputatie van de betrokken instelling aantasten, zodat de bepalingen vanuit een prudentiële bekommernis verantwoord zijn.’¹¹⁸

TISON meent daarentegen dat de regels die vervat liggen in deze Circulaire geen regels van prudentieel toezicht zijn maar eerder regels van financiële deontologie. Op die manier ontkomen deze regels aan de wederzijdse erkenning die verbonden is met de prudentiële regels en zijn de regels van het algemeen belang van art 21(5) van de tweede bankrichtlijn van toepassing.

Het betreft volgens hem niet-discriminatoire handelingen omdat de Belgische kredietinstellingen minstens even erg gesanctioneerd kunnen worden als de buitenlandse kredietinstellingen. In dit geval is dit zo voor de bijkantoren van kredietinstellingen uit andere EU-lidstaten. Zij zijn aan dezelfde regeling onderworpen. De instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn, zijn aan minder strenge regels onderworpen. (cf. supra).

Daarnaast merkt hij op dat de Circulaire verband houdt met het optimaliseren van de fiscale controles en het optreden tegen fiscale ontduiking. Deze doelstellingen werden uitdrukkelijk erkend door het Hof van Justitie in haar rechtspraak omtrent de algemeen-belangexceptie. Tot slot moet de Circulaire aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst: de mogelijkheid tot het vragen van een stopzetting gepaard gaand met een administratieve geldboete en de mogelijkheid om voor een bepaalde tijd de bankwerkzaamheid geheel of gedeeltelijk te schorsen of te verbieden, lijken voor TISON de toets van de redelijkheid te kunnen doorstaan. Dit zou echter niet zo zijn indien de CBF zou kunnen interfereren in het bestuur van het bureau door het afzetten van de bestuurders, enz. ...

De logica van deze redenering lijkt evenwel niet geheel duidelijk aangezien, indien dit geen prudentiële regels zijn, de tweede bankrichtlijn eenvoudigweg niet van toepassing is. Dan valt men terug op de algemene regels inzake het vrij verkeer van diensten, waar de algemeen-belangexceptie van toepassing is zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het hof van justitie. Dit betekent dat TISON dus vervalt in dezelfde discussie als DASSESSE m.n. valt het fiscale preventiebeleid onder de algemeen-belangexceptie of niet. Hiervoor haalt TISON het Bachmann-arrest aan in impliciete bewoordingen, maar hierbij dient opgemerkt dat het in casu ging over een Duitser die in het kader van het vrij personenverkeer zich in België kwam vestigen maar geen aftrek van verzekeringspremie kreeg van zijn inkomstenbelastingen. België wou dit niet toestaan omdat de coherentie van het belastingsysteem in gevaar kwam. De

¹¹⁷ DASSESSE, *o.c.*, 30

¹¹⁸ Circ. D 1 97/9 p. 1

aftrek werd nu toegestaan zodat later belastingen moesten worden betaald op het uitgekeerde pensioen. Is er nu geen aftrek dan kan de belastingplichtige (ook de Duitser) later zijn pensioen krijgen vrij van belasting als hij nog in België woont. België kan de aftrek niet toestaan omdat ze niet kan nagaan later wat buitenlandse verzekeringsondernemingen aan de betrokkene betalen zodat ze daarop geen belastingen kan heffen.¹¹⁹ Op zich spreekt het hof er zich dus niet over uit dat fiscale preventie onder het algemeen belang valt.

Wellicht is het zo dat de hele regeling inderdaad regels van financiële deontologie zijn en niet van bedrijfseconomisch toezicht omdat het gaat om gedragingen die an sich niet verboden zijn en die weinig met solvabiliteit en liquiditeit te maken hebben. Het is inderdaad zo dat de sancties van art 57 § 3 zo zwaar zijn dat de solvabiliteit in gevaar kan worden gebracht door de sancties van de CBF zelf m.n. het stopzetten van een deel van de bankwerkzaamheden. Op basis van zuivere logica evenwel vloeit het ene niet noodzakelijk uit het ander voort. Indien de instelling echter strafrechtelijke misdrijven pleegt, kan ze uiteraard wel veroordeeld worden op basis van medeplichtigheid aan de cliënt wat uiteraard wel financiële gevolgen kan hebben omdat ze dan mee de boetes moet betalen (art 50 SW). Deze regels vallen dus niet onder de richtlijn. Toch speelt de algemeen-belangexceptie daar ook op basis van de algemene rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten en de bewerkstelling van de vrije markt. Een aanwijzing daarvoor kan misschien gevonden worden in het advies dat de Commissie heeft gegeven op vraag van de Belgische wetgever i.v.m. de meldingsplicht. Daar staat namelijk in dat niettegenstaande het feit dat de meldingsplicht strijdig was, de CBF maatregelen kan nemen die haar geschikt lijken om de fiscale fraude te vermijden. De tweede bankrichtlijn regelt dus helemaal geen preventie en alleen maar prudentieel toezicht.¹²⁰

- Procedure

Hiernaast merkt DASSESSE op dat de CBF niet de juiste procedure heeft gevolgd. Zij had de raadplegingsprocedure moeten volgen vastgelegd in art 105 lid 4 van het EG-verdrag. Zij had m.a.w. advies moeten vragen aan de Europese Centrale Bank. Dit advies moet worden gevraagd met betrekking tot alle voorschriften voor financiële instellingen voor zover die wezenlijk van invloed zijn op de stabiliteit van de financiële instellingen en markten. Aangezien de sanctioneringsbevoegdheid van de CBF kadert in het prudentieel toezicht, heeft dit een invloed op de solvabiliteit van de kredietinstellingen. Dit heeft dus een wezenlijke invloed op de stabiliteit van de financiële instellingen en markten. De vraag is natuurlijk wat een ‘wezenlijke invloed’ precies inhoudt. Hierbij kan rekening worden gehouden met wat hierboven werd gezegd: de band tussen de bijzondere mechanismen en het prudentiële niveau

¹¹⁹ Hof v. Justitie, 28 januari 1992, *Bachmann vs België*, *Jur. Hof.v.Jus.*, 1992, I, (276) 281 en LENAERTS en VAN NUFFEL, “Europees recht in hoofdlijnen”, Antwerpen, Maklu, 1999, 224

¹²⁰ Bijlage bij het verslag van de Senaat, Parl. St, Senaat 966/11, 1998-1999, bijlage 1 p. 166-167

wordt gelegd door de Belgische wetgever. Er is geen inhoudelijke of logische band.

Als de raadplegingsprocedure niet wordt gevolgd, dan is het evenwel niet zeker welke sanctie zal worden opgelegd. Het hof van justitie heeft zich immers nog niet over deze zaak uitgesproken. Toch kan een parallel getrokken worden met de Bic-zaak over de Ecotaksen. Daar moest men de Commissie inlichten indien men nieuwe technische maatregelen uitvaardigde. Dit was niet gebeurd en dus had het hof beslist dat de technische maatregel niet mocht worden toegepast zolang de procedure niet was nageleefd.¹²¹

3.3.6. *Bijkomende engagementen door de Belgische vereniging der Banken*

De BVB is op het vlak van de bijzondere mechanismen een stap verder gegaan dan de Circulaires vereisen. Zij heeft bijkomende engagementen genomen in de Commentaar die zij bij de Circulaires heeft uitgevaardigd.¹²² Deze commentaar is evenwel niet gepubliceerd.

Reeds in haar commentaar van 1983 had de BVB een definitie gegeven van het begrip bijzonder mechanisme die ruimer was dan wat de CBF aannam.¹²³ De BVB meende toen reeds dat een herhaald ‘aanbod’ voldoende was om onder de documenten van 1976 en 1977 te vallen. Blijkbaar heeft de CBF die definitie overgenomen in haar nieuwe circulaire.¹²⁴

3.4. Circulaire D 1 97/10

3.4.1. *Grondslag Circulaire*

De grondslag van de circulaire is art 20 van de Bankwet. Dit artikel bepaalt dat ‘elke kredietinstelling moet beschikken over een voor haar voorgenomen werkzaamheden passende beleidsstructuur, administratieve en boekhoudkundige organisatie en interne controle’. Dit is een zeer algemene bepaling die geen specifieke bevoegdheid toekent aan de CBF.

3.4.2. *Toepassingsgebied*

De circulaire is enkel van toepassing op kredietinstellingen waarop de Bankwet van toepassing is en niet op beleggingsondernemingen. In die zin onderscheidt zij zich van de eerste circulaire.

De circulaire is eveneens van toepassing op bijkantoren van kredietinstellingen uit een andere EG-lidstaat op basis van art 73 van de Bankwet in de mate dat de maatregelen voor een goeie organisatie en controlemaatregelen het naleven

¹²¹ DASSESSE, “Recente hervorming inzake fraudebestrijding en fiscale ontduiking: onverenigbaarheid met het Europees recht?”, *T.F.R.* 1999, 104

¹²² Jaarverslag Bankcommissie 1998-1999, 30

¹²³ BVB, *Bijzondere mechanismen-III de reglementering* in Aspecten en documenten, nr. 16, 1983, p. 21 en MALHERBE en SCORIELS, *o.c.*, 62

¹²⁴ Circ. D1 97/9, p. 3

van de bepalingen in België van toepassing door het algemeen belang moeten garanderen.¹²⁵ Daarnaast is de Circulaire van toepassing op instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn. Hiervoor is geen directe juridische basis maar de CBF meent dat de circulaire van toepassing is omdat de instellingen eveneens onderworpen zijn aan art 57 § 3 Bankwet en art 38 bis KB nr. 185.¹²⁶

3.4.3. *Inhoud circulaire*

De circulaire legt aan de kredietinstellingen een zestal verplichtingen op.

- Het voorkomingsbeleid moet worden geconcretiseerd in een beleidsnota
- Er moeten richtlijnen worden opgesteld voor de medewerkers
- Er moeten afdoende procedures worden uitgewerkt ter implementatie van de beleidsnota en de richtlijnen. Er moeten passende interne controlemaatregelen worden uitgewerkt
- Het toezicht door de interne audit op de naleving van bedoelde richtlijnen en procedures moet worden geregeld
- De medewerkers moeten permanent gevormd en gesensibiliseerd worden
- Het directiecomité moet periodiek beraadslagen over de naleving van het geformuleerde beleid en moet minstens jaarlijks de raad van bestuur informeren hierover in het kader van diens toezichtfunctie.

3.4.4. *Geldigheid van de Circulaire*

De vraag is of de circulaire in art 20 een geldige grondslag heeft. Waarschijnlijk is dit niet het geval. Deze bepaling is slechts zeer algemeen geredigeerd.

Dit is ook wat HAUTFENNE opmerkt. Hij meent inderdaad dat de CBF onbevoegd is in fiscale aangelegenheden. Hierop bestaan slechts twee uitzonderingen: nl. art. 57 § 3 van de Bankwet en art 38 bis van het KB nr. 185. Deze uitzonderingen moeten restrictief geïnterpreteerd worden. Na de wijziging van art 38 bis blijven deze principes overeind. De CBF kan zich dus niet de bevoegdheid toeëigenen om op eigen houtje dergelijke verplichtingen aan de banken op te leggen.¹²⁷ Hier kan worden aan toegevoegd dat een dergelijke circulaire het advies dat de banken geven de minst belaste weg te kiezen (wat mag onder voorbehoud van art 344 WIB) op de helling zet omdat dergelijke constructies dikwijls niet volmaakt zijn en nog vaker slecht worden uitgevoerd.¹²⁸

Bovendien kunnen wat betreft de bijkantoren en de buitenlandse kredietinstellingen die in het kader van de vrije dienstverlening in België werkzaam zijn, dezelfde opmerkingen geformuleerd worden, nl. of dit onder

¹²⁵ Circ. D 1 97/10, p. 1

¹²⁶ Circ. D 1 97/10, p. 1

¹²⁷ DELAHAYE, "Actualité de droit pénal fiscal", C. & F.P. 1999, 54

¹²⁸ DELAHAYE, o.c., 54

de algemeen-belangexceptie valt.

Indien dit een reglementaire circulaire zou zijn, dan zou hiertegen een annulatieberoep bij de Raad van State kunnen worden ingesteld. De vraag is echter of dit zo is aangezien zoals hierboven reeds gezegd, de CBF geen concrete afdwingbare middelen heeft om de bepalingen die in de circulaire vervat zijn af te dwingen.¹²⁹

3.4.5. Mogelijkheid om beleidsnota uit Circ. D 1 97/10 op te vragen in het kader van een fiscale controle.

Men kan zich inderdaad afvragen of deze nota kan opgevraagd worden in het kader van een fiscale controle.

Indien het gaat om de fiscale controle van de bank, meent DELAHAYE dat er op het eerste zicht niets op tegen is om deze nota op te vragen. Maar toch ziet deze auteur een probleem omdat de CBF, die aan het beroepsgeheim gebonden is, op die manier de banken verplicht documenten bij te houden die tegen hen zouden kunnen worden gebruikt als dit door de fiscus kan worden opgevraagd. Daarbij dient opgemerkt dat het om fiscale informatie gaat en niet om informatie die noodzakelijk over strafrechtelijke inbreuken gaat. Op deze manier zou de aansprakelijkheid van de CBF in het gedrang komen omdat zij op deze manier onrechtstreeks haar beroepsgeheim schenden. Op die manier kunnen de banken een kortgeding inspannen om te vermijden dat de fiscus deze informatie gebruikt. De CBF kan ook bij de zaak betrokken worden m.n. omdat deze circulaire niet wettig is zoals hierboven omschreven.

Indien het gaat om fiscale controle van cliënten dan gelden de normale regels van het bankgeheim (art 318 WIB). Dit betekent dat indien het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking wordt vermoed, dan kan het bankgeheim opgeheven worden om de administratie in staat te stellen de cliënt te belasten. In geen geval, meent DELAHAYE, kan de fiscus gebruik maken van dit document wanneer ze dit heeft verkregen in het kader van de fiscale controle van de bank om de toestand van cliënten te regulariseren. Anders zou er sprake zijn van machtsafwendings.¹³⁰

3.5. Conclusie

Uit dit hoofdstuk volgt dat de CBF haar bevoegdheden ruim interpreteert. Dit blijkt duidelijk uit de circulaire D 1 97/9 waar de lijst bijzondere mechanismen aanzienlijk is uitgebreid in vergelijking met de documenten van 1976 en 1977. Wat deze circulaire betreft valt momenteel niet met zekerheid te zeggen dat ze onwettelijk is. De rechtspraak van het Hof van justitie zal dit moeten uitwijzen.

¹²⁹ HAUTFENNE, *o.c.*, 131

¹³⁰ DELAHAYE, "Actualités de droit pénal fiscal", *C&FP* 1999, 55-56

4. De meldingsplicht van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen

In dit hoofdstuk wordt de meldingsplicht behandeld. Eerst wordt het oude systeem, zoals neergelegd in de wet van 8 augustus 1980 uiteengezet en de strijdigheid van die bepaling met het Europees recht. Daarnaast wordt de wijziging van de meldingsplicht besproken door de wet van 15 maart 1999. Tot slot wordt de invoering van een gelijkaardige meldingsplicht door de wet van 28 april 1999 voor de Controledienst voor de verzekeringen besproken en aansluitend hierbij, de gewijzigde meldingsplicht van het parket aan de minister van Financiën.

4.1. Regeling sinds de wet van 8 augustus 1980

4.1.1. Materiële regels

Het oude systeem was neergelegd in art 327 § 5 en § 6 (ex art 235) van het Wetboek inkomstenbelastingen. Het werd ingevoerd door de wet van 9 augustus 1980. Dit artikel hield in dat de CBF de minister van Financiën op de hoogte moest brengen wanneer zij vaststelt dat een instelling waarover zij de controle uitoefent heeft bijgedragen tot het instellen van een mechanisme dat tot doel of tot gevolg heeft inbreuken te organiseren op de fiscale wetgeving en dat een medeplichtigheid insluit tussen de instelling en de cliënt met het oog op belastingontduiking.¹³¹

Dit vormt een uitzondering op het beroepsgeheim van de CBF zoals bepaald in art 40 KB nr. 185. Art. 40 laatste lid bepaalt dat hierop een uitzondering wordt gemaakt indien de CBF moet getuigen in rechte. Dit beroepsgeheim is te vergelijken met dat uit art 458 SW zodat ook hier de jurisprudentiële regel opgaat dat de overheid zich in het geval dat ze in rechte moet getuigen zich op haar beroepsgeheim mag blijven beroepen.¹³² Art. 93 van de Bankwet preciseert dat de uitzondering van het laatste lid van art 40 enkel geldt voor getuigenissen in rechte in strafzaken.

Uit bovenstaande definitie en de voorbereidende werken¹³³ volgt dat de volgende voorwaarden moesten zijn vervuld, namelijk:

- Er moet sprake zijn van een bijzonder mechanisme. Voor de definitie wordt in de voorbereidende werken verwezen naar de definitie gegeven aan het bijzonder mechanisme in het kader van de werkzaamheden rond de wet van 30 juni 1975.¹³⁴ De niet limitatieve lijst van de CBF vastgelegd in de Circulaire

¹³¹ Art 235 WIB (62), art 327 § 5 WIB (92)

¹³² Parl. Stuk., Senaat, 1992-1993, 616-1, 71 en verder

¹³³ Parl. St. Senaat, 1979-1980, nr. 483/9, 65

¹³⁴ Hand. Senaat., vergaderingen van 28 juli 1980, p 2670

D 1 97/9 zal hierbij meer precieze aanduiding kunnen geven.

- De CBF moest het bewijs hebben van het bestaan van inbreuken op de fiscale wet of minstens ernstige aanwijzingen dat dergelijke inbreuken door de instelling werden begaan. Hierbij moet worden opgemerkt dat de wet op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen nog niet bestond.¹³⁵ Een misdrijf in hoofde van de kredietinstelling is dus niet vereist (wat trouwens ook niet kon).¹³⁶

- De cliënten moesten eveneens een inbreuk hebben begaan.

- Er moest medeplichtigheid zijn tussen de bank en de cliënt bij het instellen van het mechanisme.¹³⁷ Deze 'medeplichtigheid' moet dus niet worden verstaan in de strafrechtelijke betekenis van het woord. Er moest geen medeplichtigheid zijn aan een fiscaal misdrijf wel medeplichtigheid aan het instellen van een bijzonder mechanisme.

Men ging er evenwel vanuit dat deze procedure niet diende gevolgd te worden indien de CBF de informatie had verkregen via buitenlandse controleautoriteiten of buitenlandse ondernemingen. Men was van oordeel dat dit geregeld moest worden door bilaterale en multilaterale overeenkomsten.¹³⁸

Deze bepaling kan cumulatief toepassing vinden met de sanctioneringbevoegdheid die de CBF heeft in het kader van bijzondere mechanismen ingevolge art 57 § 3 Bankwet.¹³⁹

De rol van de CBF beperkt zich evenwel tot het meedelen aan de minister van het bestaan van het mechanisme. Daarna is alleen de belastingadministratie bevoegd om het onderzoek naar fiscale fraude voort te zetten.¹⁴⁰

In het jaarverslag 1996-1997 van de CBF wordt een toepassingsgeval omschreven van deze procedure. Het ging om een beursvennootschap. De CBF had geconstateerd dat niet fysiek leverbare euro-obligaties, die de beursvennootschap aanhield bij buitenlandse correspondenten voor rekening van haar cliënten, kort voor de coupondatum werden overgeschreven naar een effectenrekening bij een Luxemburgse bank op naam van een Panamese vennootschap. Na de coupon-inning op naam van deze vennootschap werden de effecten samen met het couponbedrag overgeschreven naar de rekening van

¹³⁵ In de nieuwe bepaling is dit anders en dit wijzigt enigszins de bewijslast van de CBF m.b.t. het bestaan van een strafrechtelijk misdrijf.

¹³⁶ T AFSCHRIFT en M IGALSON, "La procedure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 26 juni 1999, 506

¹³⁷ T. AFSCHRIFT en M IGALSON, "La procedure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 26 juni 1999, 506

¹³⁸ J.L. DUPLAT, "L' obligation de dénonciation de mécanismes particuliers par la Commission Bancaire et Judiciaire aux autorités judiciaires" in *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, Editions du jeune barreau de bruxelles, 1999, (241) 251

¹³⁹ X, "La CBF sensibilise les banques aux mécanismes particuliers et instaure un système d'autodiscipline", *C&FP*, 1998, (41) 43

¹⁴⁰ Com IB 327/39 en X., "La CBF sensibilise les banques aux mécanismes particuliers et instaure un système d'autodiscipline", *C&FP*, 1998, (41) 42

herkomst van de betrokken beursvennootschap bij haar buitenlandse correspondent. Het couponbedrag werd vervolgens uitgesplitst over de verschillende cliëntrekeningen zonder inhouding van de roerende voorheffing. De beursvennootschap moest de roerende voorheffing inhouden en had dit niet gedaan. De CBF oordeelde dat zij te doen had met een mechanisme in de zin van art 327 § 5 van het WIB en heeft de Minister van Financiën in kennis gesteld.¹⁴¹

Deze bepaling is dus concreet toegepast geweest, maar het lag evenwel niet in de bedoeling van de wetgever dat dit vaak zou moeten gebeuren omdat het artikel 327 § 5 vooral een preventief effect beoogde. Immers op basis van de bevoegdheid van de CBF voor de mechanismen uit de circulaires van 1976 en 1977 waar mechanismen worden beoogd die niet noodzakelijk strafrechtelijk van aard zijn, zouden strafrechtelijke inbreuken eveneens moeten kunnen vermeden worden.¹⁴²

4.1.2. *Strijdigheid van de regeling met de tweede bankrichtlijn*¹⁴³

a. Strijdigheid met art 16

Deze regeling bleek evenwel strijdig met art 16 van de tweede bankrichtlijn¹⁴⁴. Deze richtlijn, die een minimumharmonisatie instelt met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op de kredietinstellingen (cf. supra), legt de bevoegde controle-autoriteiten een beroepsgeheim op. Dit houdt in dat de vertrouwelijke gegevens waarvan zij beroepshalve kennis krijgen aan geen enkele persoon of autoriteit bekend mogen worden gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm, zodat individuele instellingen niet kunnen worden geïdentificeerd, zulks onverminderd de gevallen die onder het strafrecht vallen.

De Raad van State ging in haar advies bij de wet van 22 maart 1993 er van uit dat 'strafrecht' in de zin van art 12 van de richtlijn niet in ruime maar in strikte zin moest worden geïnterpreteerd zodat allerlei strafrechtelijke bepalingen die zich in bijzondere wetten bevinden, onder meer in de fiscale wetgeving, niet onder dit begrip vallen.¹⁴⁵ Art 327 § 5 WIB gaat uit van een ruime betekenis zodat vaker gemeld kan worden. Evenwel in het proces-verbaal bij het aannemen van de richtlijn door de Raad, staat dat hieronder wel het fiscaal strafrecht moet worden verstaan. Het hof van Justitie is hier evenwel niet door

¹⁴¹ X, *CBF Jaarverslag 1996-1997*, 66

¹⁴² Verslag (aanvullend) namens de Commissie voor de begroting van de Kamer, *Parl. St. Kamer*, 323 (1979-1980), nr 73, 51-52

¹⁴³ Zoals gewijzigd door art 16 richtlijn 89/646/EEG van 15 december 1989. *P.B.*, L 386 van 30 december 1989, 0001-0013

¹⁴⁴ Art 16 van de tweede bankrichtlijn wijzigt art 12 van de eerste bankrichtlijn. Onder de eerste bankrichtlijn, dus voor 1989, was een uitzondering op het beroepsgeheim toegelaten in de gevallen bepaald door de wet, zodat er geen strijdigheid was tussen art 327 § 5 en de eerste bankrichtlijn.

¹⁴⁵ *Parl. Stuk.*, Senaat, zitting 1992-1993, nr. 616/1, p 63

gebonden bij het beantwoorden van prejudiciële vragen.¹⁴⁶

Uit het bovenstaande kan evenwel niet worden afgeleid dat het begrip strafrecht en de draagwijdte ervan in de huidige stand van het communautair recht door het Europees recht en niet door de nationale wetgeving wordt geregeld. De Europese richtlijn zelf zwijgt hierover immers op dit vlak.¹⁴⁷

Aangezien de CBF aan de minister van Financiën de bijzondere mechanismen moet meedelen zonder dat er sprake was van een misdrijf dat onder het strafrecht valt, was dit in strijd met de 2^{de} Bankrichtlijn.¹⁴⁸

De strijdigheid die in de rechtsleer werd geargumenteed werd bevestigd door het advies van de Europese Commissie in die zin op vraag van de Minister van Financiën bij de bespreking van de wijziging van art 327 § 5.¹⁴⁹

Daarnaast kan ook de vraag worden gesteld of de CBF van misdrijven waarvan nog geen enkele magistraat kennis heeft genomen en dus nog geen vervolging heeft ingesteld, melding mag maken aan de minister van Financiën. De vraag hier is dus wanneer de CBF haar beroepsgeheim mag opheffen. Volgens de Raad van State wordt hier geen antwoord op gegeven door de richtlijn.¹⁵⁰

Het kan verdedigd worden dat dit enkel kan, indien een strafprocedure aanhangig is gezien de reden voor de wijziging van de bepalingen van de eerste bankrichtlijn die stelde dat het beroepsgeheim kon worden opgeheven in de gevallen bepaald door de wet. Art 325 § 5 was hiermee dus niet in strijd. Evenwel, uit de zaak Hillegom, bleek dat deze regeling veel te laks was. Daarom heeft men de regeling verstrengd. Aangezien het in de zaak Hillegom ging over het beroepsgeheim van de bevoegde autoriteit (in casu de Nederlandse evenknie van de CBF) met betrekking tot een getuigenis in rechte in een burgerlijke zaak, valt het aan te nemen dat de Raad bij het aannemen van de richtlijn de bedoeling had om een uitzondering op het beroepsgeheim enkel toe te laten in het geval er reeds een strafrechtelijke procedure aanhangig is.

De tweede Bankrichtlijn voorziet evenwel de mogelijkheid om het beroepsgeheim ook op te heffen bij bepaalde civiele procedures, die ook reeds aanhangig zijn.¹⁵¹

Conclusie: De bepaling van art 327 § 5 is strijdig met het Europees recht. Deze bepaling past ook niet in het prudentieel toezicht dat de CBF moet uitoefenen ten opzichte van de bankinstellingen. Als de CBF als eerste aan de minister

¹⁴⁶ DASSESESE, L'obligation de dénonciation des mécanismes particuliers et de mécanismes par la CBF au Ministre des finances, est-elle conforme au droit communautaire?", *R.G.F.* 1994, (23) 26

¹⁴⁷ M DASSESE, *o.c.*, (23) 26

¹⁴⁸ M DASSESE, *o.c.*, (23) 28

¹⁴⁹ Bijlage bij het verslag van de Senaat, Parl. St. Senaat 966/11, 1998-1999, bijlage 1 blz. 166-167 en DELAHAYE, "Actualités de droit pénal fiscal", *C.&F.P.* 1999, 51-53

¹⁵⁰ Advies van de Raad van State, Parl. Stuk. Senaat, 1992-93, 616-1, 265

¹⁵¹ M DASSESE, "L'obligation de dénonciation des mécanismes particuliers et de mécanismes par la CBF au Ministre des finances, est-elle conforme au droit communautaire?", *R.G.F.* 1994, (23) 27

meldt dat er sprake is van een inbreuk op de fiscale wet, zal de administratie onmiddellijk overgaan tot taxatie. Bij belangrijke fraudezaken kan dit het faillissement van de kredietinstelling tot gevolg hebben. Dit kan niet de bedoeling zijn aangezien de CBF in het kader van haar prudentieel toezicht de taak heeft om op de solvabiliteit en liquiditeit van de banken te voorzien om zo de houders van een rekening te beschermen tegen mogelijk faillissement van de bank.

b. Strijdigheid met het principe van home country control

Door het principe van home country control is de CBF niet langer bevoegd om de meldingsplicht uit te oefenen t.a.v. bijzondere mechanismen die worden ingesteld door EG-kredietinstellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn in België. Haar prudentieel toezicht is wat die instellingen betreft beperkt tot liquiditeit, monetaire politiek en marktrisico's. De algemeen-belangexceptie is hierop niet van toepassing omdat dit niet onder het strafrecht (dat wel tot het algemeen belang kan worden gerekend) valt. Het is immers een preventieve maatregel. De instelling kan enkel gesanctioneerd worden door haar eigen controle-autoriteit. Art 74 § 2, 4^o a en b van de Bankwet lijken echter het tegendeel te beweren.¹⁵²

Daarnaast mag de CBF de gegevens die zij ontvangt i.v.m. Belgische kredietinstellingen die in een andere lidstaat werkzaam zijn, niet mededelen aan de Minister van Financiën indien het om een bijzonder mechanisme gaat zoals in art 327 § 5 van het WIB. Dit kan alleen indien de controle-autoriteit in de lidstaat waar de Belgische instelling werkzaam is daartoe haar toestemming heeft. Dit wordt bepaald door art 16.7 van de tweede bankrichtlijn. Art 327 § 5 mag dus niet op die manier worden toegepast.¹⁵³

4.2. Regeling sinds de wet van 15 maart 1999

De wet van 15 maart 1999 heeft een nieuw artikel 38 bis ingevoerd in het KB nr. 185 en het artikel 327 § 5 en § 6 afgeschaft.

4.2.1. Wetsgeschiedenis

Sinds 1996 werden reeds verschillende initiatieven genomen om de meldingsplicht aan het Ministerie van Financiën te wijzigen.

Het eerste voorstel kwam van de regering. Dit voorstel had de bedoeling om de voorwaarde van medeplichtigheid tussen de instelling en de cliënt te schrappen naar analogie met de wijziging van art 318 WIB inzake de opheffing van het bankgeheim ingeval er sprake is van een mechanisme van belastingontduiking.¹⁵⁴ Men wou de medeplichtigheid tussen bank en cliënt opheffen. Dit is er evenwel niet van gekomen.

¹⁵² DASSESSE, *o.c.*, 30

¹⁵³ DASSESSE, *o.c.*, 29

¹⁵⁴ Regeringsverklaring van 1 oktober 1996 over de belgische openbare financiën voor 1997

Het tweede voorstel kwam van de vertegenwoordigers Schoeters en Suykens. Inhoudelijk was de bedoeling van het voorstel om de CBF en de CDV de verplichting op te leggen om elke strafrechtelijke inbreuk te melden aan de gerechtelijke autoriteiten en aan de fiscale administratie indien het ging om een fiscaal misdrijf. Bovendien legde het de verplichting op aan de CBF en de CDV om nieuwe financiële producten waarvan zij vermoedden dat ze onverenigbaar waren met de fiscale wet om die producten mee te delen aan de fiscus.¹⁵⁵

Ingevolge de parlementaire debatten over de nieuwe fiscale procedure kreeg de hele zaak een nieuwe wending en wenste de Kamercommissie voor Financiën de informatieplicht aan de minister voor Financiën verruimen tot alle bijzondere mechanismen ook indien ze geen misdrijf uitmaken. De CBF heeft er de minister evenwel op gewezen dat dit in strijd was met de regels inzake het beroepsgeheim die aan de CBF werden opgelegd door de tweede Bankrichtlijn.¹⁵⁶ De minister heeft aldus het advies gevraagd aan de Europese Commissie die heeft bevestigd dat dit voorstel inderdaad strijdig was met het Europees recht.

Als gevolg hiervan heeft men een amendement aangenomen in de Senaat¹⁵⁷ strekkende tot het invoeren van het art 38bis van het KB nr. 185. Dit werd goedgekeurd door de Senaat en niet meer gewijzigd door de Kamer.

4.2.2. Nieuwe regeling

De nieuwe wet van 15 maart 1999 (B.S. 6 april 1999) verplicht de CBF om de gerechtelijke autoriteiten op de hoogte te brengen van de bijzondere mechanismen ingesteld met het oog op het bevorderen van fiscale fraude door derden, door een kredietinstelling onder haar controle, wanneer zij er weet van heeft dat deze mechanismen in hoofde van de kredietinstellingen als dader, mededader of medeplichtige een strafrechtelijk gesanctioneerd fiscaal misdrijf uitmaken.

De nieuwe bepaling voert verschillende wijzigingen in:

- De mededeling moet gebeuren aan de gerechtelijke autoriteiten in plaats van aan de Minister van Financiën. Dit was logisch omdat nu enkel strafrechtelijk gesanctioneerde fiscale misdrijven moeten worden gemeld.¹⁵⁸
- Alle fiscale misdrijven die strafrechtelijk gesanctioneerd worden worden gevisieerd en niet enkel de misdrijven die een inbreuk vormen op het wetboek van inkomstenbelastingen. (zie supra) Het moeten evenwel fiscale misdrijven zijn. Andere misdrijven waarvan de CBF melding krijgt moeten dus niet

¹⁵⁵ Parl. Stuk. Kamer, 1263/1- 97/98

¹⁵⁶ Art. 12 van de eerste Bankrichtlijn 77/780/CEE zoals gewijzigd door art 16 van de tweede bankrichtlijn 89/646/CEE.

¹⁵⁷ Amendement nr.109 op het wetsvoorstel 966-1997-1998

¹⁵⁸ T. AFSCRIFT en M. IGALSON, " La procedure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 26 juni 1999, 506, nr. 97.

worden gemeld aan het gerecht.¹⁵⁹ Bovendien zullen wellicht niet alle misdrijven waarvan de CBF kennis krijgt moeten gemeld worden aan de gerechtelijke autoriteiten aangezien de bepaling alleen slaat op die fiscale misdrijven die ook een bijzonder mechanisme zijn.¹⁶⁰

- In hoofde van de kredietinstelling als rechtspersoon moet een strafrechtelijke inbreuk gepleegd worden. Er wordt rekening gehouden met de nieuwe wet op de strafrechtelijke aansprakelijk van rechtspersonen.

- De voorwaarde van medeplichtigheid tussen de kredietinstelling en de cliënt met betrekking tot het instellen van het bijzonder mechanisme is opgeheven. In de plaats daarvan is de medeplichtigheid vereist op het vlak van het strafrechtelijk fiscaal misdrijf.¹⁶¹

De Minister van Financiën heeft tijdens de besprekingen in de senaat wel gezegd dat de CBF niet de bevoegdheid heeft om vast te stellen dat er sprake is van een fiscaal misdrijf. Het komt alleen aan de rechter toe om een misdrijf, nl. de constitutieve bestanddelen ervan, vast te stellen.¹⁶²

Indien het echter duidelijk is voor de CBF dat er sprake is van een bijzonder mechanisme dat effectief is ingesteld moet ze melding maken ervan aan de gerechtelijke autoriteiten. De bewijslast is ten aanzien van de CBF dus relatief zwaar. Het is niet voldoende dat er ernstige aanwijzingen zijn van het bestaan van bijzondere mechanismen. De instelling moet er ook effectief beroep op hebben gedaan.

De vraag die dan gesteld kan worden is of een dergelijke meldingsplicht wel echt nut heeft. Alleen de rechter, in het kader van een gerechtelijk onderzoek de onderzoeksrechter, kan een dergelijke vaststelling doen. De meldingsplicht verliest dan in feite haar waarde want zij voegt niet echt iets toe aan een gerechtelijk onderzoek dat al bezig is. Er zal met andere woorden geen gerechtelijke procedure opgestart worden. Zij voegt in feite ook niets toe aan art 29 SV waar staat dat iedere gestelde overheid die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of een wanbedrijf daarvan dadelijk moet bericht geven aan de Procureur des Konings.

¹⁵⁹ Verantwoording amendement nr. 109, Parl. Stuk. Senaat, zitting, 1998-1999, nr. 966/8, 1998-1999, p 4

¹⁶⁰ T. AFSCHRIFT en M. IGALSON, "La procedure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 26 juni 1999, 506.

¹⁶¹ T. AFSCHRIFT en M. IGALSON, "La procedure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 26 juni 1999, 507

¹⁶² Parl. Stuk. Kamer 1341/23 - 97/98, p 50

4.3. Regeling sinds de wet van 28 april 1999

De wet van 28 april 1999 heeft bovenstaande regeling aangevuld en bovendien een gelijkaardige bepaling ingevoerd voor de CDV. Deze wet trad in werking op 5 juli 1999.

4.3.1. Melding van het parket aan de minister

a. Nieuwe regeling

Om te verzekeren dat het ministerie van Financiën door het parket op de hoogte wordt gebracht van bijzondere mechanismen die een strafrechtelijk betoegeld fiscaal misdrijf uitmaken, werd de meldingsplicht van het parket aan het ministerie van financiën uitgebreid.

Op die manier wordt de minister niet buitenspel gezet en blijft hij op de hoogte van de bijzondere mechanismen die de CBF meldt aan het parket.¹⁶³

Het artikel 327 § 4 werd aldus afgeschaft en vervangen door art 38 van het KB nr. 185. De meldingsplicht door het parket aan het Ministerie werd als volgt gewijzigd:

- Ingeval een onderzoek aanwijzingen aan het licht brengt van fiscale fraude, dan moet het Ministerie op de hoogte worden gebracht. Het gaat dus zowel om een inbreuk in verband met directe als indirecte belastingen. Dit is een wijziging ten opzichte van vroeger. Toen moesten enkel inbreuken op het WIB aan de minister worden meegedeeld. De meldingsplicht van het parket aan de minister is dus niet beperkt tot de bijzondere mechanismen die door de CBF zijn gemeld en die fiscale fraude uitmaken.
- Vroeger moest er een uitdrukkelijke toelating zijn van de procureur-generaal of de auditeur-generaal. Dit is niet langer nodig.
- Vroeger moest er een strafzaak aanhangig zijn. Dit betekent dat er een gerechtelijk onderzoek aanhangig moest zijn. Dit is nu niet langer het geval.

b. Interpretatieproblemen¹⁶⁴

De meldingsplicht werd dus uitgebreid maar toch zijn er problemen wat betreft de interpretatie omdat de Franse en de Nederlandse tekst niet volledig gelijklopend zijn.

De tekst werd oorspronkelijk in het Frans opgesteld zodat uit deze tekst waarschijnlijk het best de bedoeling van de wetgever kan worden afgeleid.

- In de Franse tekst staat: 'sont saisis d'une information'. Dit kan twee betekenissen hebben. Het kan betekenen dat de ambtenaren 'belast moeten zijn met een opsporingsonderzoek' of dat zij 'kennis gekregen hebben van een

¹⁶³ X, "Verruimde meldingsplicht: Babylonische spraakverwarring", *Fiskoloog* 1999, nr. 725, p 2

¹⁶⁴ X, "Verruimde meldingsplicht: babylonische spraakverwarring", *Fiskoloog* 1999, nr. 725, 1-4

inlichting'. Uit het verder vervolg van de tekst valt af te leiden dat de laatste betekenis waarschijnlijk werd bedoeld. Dit betekent dat de informatieverplichting dus geldt in het prilste stadium van het onderzoek.

In de Nederlandse tekst staat echter nog steeds dat een 'strafzaak aanhangig' moet zijn vooraleer de Minister op de hoogte moet worden gebracht. Aanhangig betekent dat de verwijzing door de Raadkamer moet gevorderd zijn door het Openbaar Ministerie of dat er een gerechtelijk onderzoek voor de onderzoeksrechter moet zijn gevorderd.

- Een ander probleem is dat uit de letterlijke interpretatie van de Franse tekst volgt dat de ambtenaren slechts mogen mededelen aan de minister van financiën indien zij van derden op de hoogte worden gebracht van informatie. Dit zou een beperking betekenen van de meldingsplicht aan de minister. In de Nederlandse tekst is dit evenwel anders: daar kan het Openbaar Ministerie gemakkelijk informatie meedelen die zij heeft verkregen door eigen onderzoek.

- Een derde interpretatieprobleem bestaat erin dat in de Franse tekst staat dat 'les officiers du ministère public'¹⁶⁵ de informatie moeten meedelen aan de Minister van Financiën terwijl in de Nederlandse tekst staat dat de 'ambtenaren van het openbaar ministerie' de informatie moeten meedelen. Volgens art 9 Sv zijn binnen het Openbaar Ministerie enkel de Procureurs des Konings en hun substituten, de nationaal magistraten, de arbeidsauditeurs en hun substituten officieren van gerechtelijke politie.

- Een laatste interpretatieprobleem betreft aan wie de mededeling moet gebeuren. Er staat duidelijk dat dit aan de minister van financiën moet gebeuren, maar omdat de meldingsplicht werd uitgebreid naar alle directe en indirecte belastingen kan men zich inbeelden dat er een probleem rijst als het gaat over een provincie- of gemeentebelasting. De wet is hier op dit vlak niet duidelijk.

Dit is dus een staaltje van slecht wetgevend werk. Toch moet nagegaan worden aan welke tekst de voorkeur dient te worden gegeven. In een concrete betwisting kan men zich voorstellen dat een Nederlandstalige belastingplichtige de Nederlandstalige tekst zal inroepen om er op te wijzen dat het OM te snel de minister heeft ingelicht.

Het lijkt dus redelijk om de Nederlandstalige tekst te verkiezen boven de Franse tekst ook omwille van het tweede probleem namelijk dat de informatie volgens de Franse tekst niet van derden mag komen.

Evenwel is, denk ik, een ingrijpen van de wetgever vereist om de teksten parallel te maken.

¹⁶⁵ Officieren van gerechtelijke politie

4.3.2. Meldingsplicht voor de Controledienst voor de Verzekeringen

Deze wet heeft eveneens een verplichting ingevoerd voor de CDV om net zoals de CBF bijzondere mechanismen te melden aan het parket in het geval er sprake is van een strafrechtelijk gesanctioneerd fiscaal misdrijf in hoofde van de verzekeringsonderneming als dader, mededader of medeplichtige. Dit werd ingeschreven in art 21 nonies van de wet van 9 juli 1975 op de controle over de verzekeringsondernemingen.

De CDV heeft dus een verplichting die volledig gelijkloopt met die van de CBF op dit vlak. Het was evenwel de bedoeling van de wetgever om aan de CDV ook een administratieve sanctioneringsbevoegdheid op te leggen met betrekking tot bijzondere mechanismen zoals de CBF die heeft ingevolge art 57 § 3 van de Bankwet.

Daartoe werd door de vertegenwoordigers Schoeters en Suykens een amendement ingediend om een art 327 § 6 in het WIB in te voeren.¹⁶⁶ Dit amendement werd goedgekeurd door de Kamer. Daarnaast voerde dit amendement ook een analoge verplichting aan art 57 § 3 van de bankwet in art 26 § 5 van de wet op de controle van de verzekeringen. Tijdens de besprekingen in de Senaat werden deze artikelen evenwel terug afgeschaft omdat men een volledig analoog systeem wou met de CBF.

Via een aparte wet van 28 april 1999 heeft men dit terug rechtgezet voor wat de meldingsplicht betreft maar niet voor wat de sanctioneringsbevoegdheid van de CDV betreft.

Het resultaat is dus gekend: er is geen analoge bepaling die de CDV de bevoegdheid geeft om bijzondere mechanismen stop te zetten.¹⁶⁷

Het is ongetwijfeld zo dat een dergelijke bepaling wenselijk zou zijn op het vlak van de verzekeringen omdat er steeds meer branchevervaging optreedt en steeds meer verzekeringsproducten door bankinstellingen worden verkocht zodat de kredietinstellingen en de verzekeringsondernemingen concurrenten zijn van elkaar die het best aan dezelfde regels worden onderworpen. Misschien kan zelfs de vraag worden opgeworpen of art 57 § 3 geen schending na de recente wetswijziging geen schending inhoudt van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

¹⁶⁶ Amendement nr. 58 op wetsontwerp 1341-(1997-1998)

¹⁶⁷ J.L. DUPLAT, "l'obligation de dénonciation de mécanismes particuliers par la commission bancaire et financière aux autorités judiciaires", in *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, Brussel, éditions jeune barreau de bruxelles, 1999, (241) 256

Noot: Actualiteit

Op basis van art 108 van de Bankwet moet ‘Ieder opsporingsonderzoek ten gevolge van de overtreding van deze wet (...) tegen bestuurders, directeuren, zaakvoerders, lasthebbers of erkende commissarissen-revisoren van kredietinstellingen of financiële instellingen en ieders opsporingsonderzoek ten gevolgen van een overtreding van deze wet tegen iedere andere natuurlijke of rechtspersoon, ter kennis worden gebracht van de Commissie voor het Bank- en financiewezen door de gerechtelijke of bestuursrechtelijke autoriteit waar dit aanhangig is gemaakt.’ Daarnaast moet ‘iedere strafrechtelijke vordering op grond van de in het eerste lid bedoelde misdrijven ter kennis worden gebracht van de Commissie voor het Bank- en financiewezen door het openbaar ministerie’.¹⁶⁸

Deze procedure is recentelijk toegepast ten aanzien van bepaalde kredietinstellingen waarvan bepaalde personen van het management in verdenking zijn gesteld. De CBF heeft evenwel nog geen gevolg gegeven hieraan door de sanctioneringsplicht inzake bijzondere mechanismen toe te passen.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Art 108 Bankwet

¹⁶⁹ DENDOOVEN. « Beursgang Argenta geen evidente zaak », De Standaard, 29 September 2000 ; VAN EYLEN « Bankcommissie kijkt dossier KB Lux in », De Standaard, 2 December 1999 ; X, « Bankcommissie neemt KBC-rapport in ontvangst », De Standaard, 30 November 1999 ; X, « Zelfstandige agenten trekken uitleg Argenta in twijfel », De Standaard, 4 Oktober 2000 en X, « Argenta : Fraude bij enkele zelfstandige agenten », De Financieel economische Tijd, 29 september 2000

Algemeen besluit

Uit bovenstaande tekst blijkt dat de CBF haar bevoegdheid inzake bijzondere mechanismen in het kader van haar stopzettingsbevoegdheid ruim interpreteert omdat zij aan het begrip bijzonder mechanisme in de nieuwe circulaire van 1996 en 1997 toch wel een ruimere betekenis geeft dan in haar vroegere teksten van 1976 en 1977. Enerzijds heeft ze immers de lijst met bijzondere mechanismen toch wel gevoelig uitgebreid en anderzijds heeft ze ook het aanbod aan de klant van een bijzonder mechanisme als een mechanisme beschouwd. Vroeger stond dit laatste punt enkel in de commentaar van de BVB.

De CBF komt daardoor mijns inziens in een grijze zone terecht en heeft waarschijnlijk de grens van haar bevoegdheid bereikt. Zij moet nog steeds respecteren dat het mechanisme is ingesteld met het doel of het gevolg fraude te bevorderen, omdat dit in de wet staat. Uit de bewoordingen van haar circulaire komt dit niet altijd tot uiting zoals in hoofdstuk drie is uitgelegd.

Evenwel is (nog) niet met zekerheid te zeggen of deze circulaire juridisch onderuit kan worden gehaald, al is dit waarschijnlijk voor wat het toepassingsgebied betreft van de Circulaire op de bijkantoren en instellingen die in het kader van de vrije dienstverlening werkzaam zijn. Hier moet evenwel de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgewacht. Wat de mogelijkheid betreft om praktisch gezien een vordering in te stellen bij de Raad van State tegen deze circulaire moet worden opgemerkt dat de termijn in ieder geval reeds is verstreken.

Wat de circulaire betreft die betrekking heeft op het algemeen preventiebeleid: de bedoeling is ongetwijfeld nobel maar helaas heeft de CBF, vrees ik, geen wettelijke bevoegdheid ter zake zodat van deze circulaire waarschijnlijk wel met zekerheid kan gezegd worden dat ze niet wettig is.

De wetswijziging die hierboven werd beschreven met betrekking tot de meldingsplicht voorziet van haar kant in een aanpassing zodat wordt tegemoetgekomen aan de tweede bankrichtlijn. Deze regeling kan aldus een wettigheidstoetsing doorstaan op dat vlak. Evenwel is de wetgever niet altijd even zorgvuldig geweest. Interpretatiemoelijkheden zijn het gevolg. Dit is te betreuren. Ook kan het nut van deze bepaling betwijfeld worden.

Daarnaast is een gelijkaardige meldingsplicht ingevoerd voor de CDV. Een volledig parallelisme met de bevoegdheden van de CBF is er evenwel niet en de vraag is of dit wel kan zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden.

Uit dit alles blijkt dat de kredietinstellingen steeds meer verantwoordelijk worden gesteld in het voorkomen van fiscale fraude. Wellicht is het inderdaad zo dat kredietinstellingen in België beter dan wie ook (en zeker beter dan de

fiscus) op de hoogte zijn van de inkomsten van de Belgen. Wellicht is het ook correct dat banken in het verleden hun cliënten wel eens diensten bewezen om te helpen belastingen te ontwijken (niet: ontduiken). Dit mocht en mag nog steeds, maar de grens tussen legaliteit en illegaliteit is niet altijd even duidelijk te trekken. Het is toe te juichen dat de wetgever hieraan iets wil doen en de banken wil stimuleren om niet al te vaak de grens tussen legaliteit en illegaliteit op te zoeken en er althans op een respectabele afstand van te blijven.

De vraag is of deze controle aan de CBF als prudentieel toezichthouder dient te worden toegekend. Zij waakt enkel over de solvabiliteit en de liquiditeit ten aanzien van het publiek m.a.w. over het bedrijfseconomisch beleid van de banken. Het is zelfs zo dat de CBF in dit domein niet echt efficiënt kan optreden omdat de sanctiemogelijkheden die zij heeft met betrekking tot de bijzondere mechanismen zo zwaar zijn. De enige zware sanctie bestaat uit het lamleggen van een deel of het geheel van de kredietinstelling. Door de toepassing van deze sanctie brengt de CBF duidelijk de solvabiliteit van de bank in gevaar waarover zij juist als taak heeft te waken.

Misschien is het daarom beter om dergelijke normen door de beroepsvereniging zelf te laten uitwerken vermits het gaat om normen die op zich niet strafbaar of verboden zijn. Het gaat eigenlijk om bepaalde normen van financiële deontologie. Dit zou misschien meer aanvaardbaar zijn omdat dergelijke normen ook reeds door andere beroepsverenigingen worden uitgevaardigd.

Het zou alleszins interessant zijn om te zien hoe normen van beroepsethiek in andere sectoren werken en deze te vergelijken met de normen uit de Circulaire. Aldus kan worden nagegaan of dit niet een meer efficiënte controle kan uitmaken.

De meldingsplicht zou dan wel bij de CBF kunnen blijven vermits het daar wel om strafbare zaken gaat. Het is perfect normaal om als toezichthouder misdrijven te melden aan het parket.

Een controle door de BVB is misschien veel effectiever, want het ziet er denk ik niet naar uit dat de CBF vaak de Circulaire D 1 97/9 zal toepassen aangezien de sancties zo zwaar zijn. Evenwel is de Circulaire D 1 97/9 nog niet lang ingevoerd en nog niet toegepast. Door de recente ontwikkelingen kan dit evenwel veranderen. Het wordt uitkijken wat er gebeurt.