

TAX, AUDIT & ACCOUNTANCY

NR
N° 61

JAARGANG 13 / 13e ANNEE
DECEMBER /
DECEMBRE 2018
4X/JAAR / 4X/AN



Le registre UBO : fonctionnement et implications pour le réviseur d'entreprises – Het UBO-register: werking en gevolgen voor de bedrijfsrevisor

- What accountants and auditors need to know about the Anti-Tax Avoidance Directive**
- Erkenning van ondergefincierde pensioenverplichtingen onder Belgisch boekhoudrecht**
- Revue des avis de la Commission des normes comptables de 2017**

SOMMAIRE

INHOUD

01	Editoriaal van de Voorzitter van het IBR Het UBO-register – een nieuwe regelgeving waar wat uitleg bij hoort <i>Editorial du Président de l'IRE</i> <i>Registre UBO – une nouvelle réglementation à clarifier</i>
08	<i>Le registre UBO: fonctionnement et implications pour le réviseur d'entreprises</i> Het UBO-register: werking en gevolgen voor de bedrijfsrevisor
41	<i>What accountants and auditors need to know about the Anti-Tax Avoidance Directive</i>
55	Erkenning van ondergefincierde pensioenverplichtingen onder het Belgisch boekhoudrecht
63	<i>Revue des avis de la Commission des normes comptables de 2017 (I)</i>
71	<i>Mot du Rédacteur en chef</i> De « la faillite pour tous » à l'impôt des sociétés à 20,4 % pour les PME : 2018, quelle année, cette année-là! Woord van de Hoofdredacteur Van "faillissementsregels voor iedereen" tot de vennootschapsbelasting van 20,4 % voor KMO's: 2018, wat een indrukwekkend jaar!

TAX AUDIT & ACCOUNTANCY

Revue trimestrielle du Centre d'Information du Révisorat d'entreprises (ICCI)
Abréviation recommandée : TAA

Driemaandelijks tijdschrift van het Informatie-centrum voor het Bedrijfsrevisoraat (ICCI)
Aanbevolen afkorting: TAA

COMITE DE REDACTION **REDACTIECOMITE**

P.P. Berger
Th. Carlier
M. De Wolf (Hoofdredacteur/Rédacteur en chef)
T. Dupont
A. Jorissen
P. Minne
L. Pinte
D. Schockaert
D. Smets
C. Van der Elst

SECRETARIAT DE REDACTION **REDACTIESECRETARIAAT**

ICCI
E. Vanderstappen, D. Smeyers et/een
S. De Blauwe
Bd. E. Jacqmainlaan 135
1000 Brussel - Bruxelles

EDITEUR RESPONSABLE **VERANTWOORDELIJKE UITGEVER**

P.P. Berger
Bd. E. Jacqmainlaan 135
1000 Bruxelles - Brussel

MISE EN PAGE **VORMGEVING**

die Keure/la Charte
Brugge

Editoriaal van de Voorzitter van het IBR

HET UBO-REGISTER – EEN NIEUWE REGELGEVING WAAR WAT UITLEG BIJ HOORT

In elke goede democratie beslist de politieke macht en moeten de door deze macht genomen beslissingen worden toegepast.

De beslissing om een UBO-register te creëren – waarvan Dounia SMEYERS een gedetailleerde analyse heeft gemaakt voor deze uitgave van TAA – werd in 2015 genomen door het Europees Parlement en de Raad en zal dus niet worden besproken, laat staan betwist of inhoudelijk bekritiseerd.

Het is evenwel niet gemakkelijk om een dergelijke nieuwe regelgeving in te voeren, die uiteraard veel vragen oproept bij diegenen die deze moeten toepassen en sommigen betreuren dit zelfs. De regelgeving moet worden geïnterpreteerd en er dienen vormingen over te worden gegeven.



Editorial du Président de l'IRE

REGISTRE UBO – UNE NOUVELLE RÉGLEMENTATION À CLARIFIER

En bonne démocratie, le pouvoir politique décide, et ses décisions doivent être appliquées.

La décision de créer un registre UBO – dont Dounia SMEYERS fait une analyse détaillée dans la présente livraison du TAA – a été prise en 2015 par le Parlement européen et le Conseil, et ne sera donc pas discutée, ni, *a fortiori*, contestée ou critiquée sur le fond.

Une réglementation à ce point nouvelle n'est toutefois pas aisée à mettre en place, et suscite inévitablement de nombreuses interrogations auprès des personnes qui doivent l'appliquer, quelques regrets également ; elle nécessite également des interprétations et de la formation.



Europese "gold-plating"

De hoofddoelstelling van de vierde Antiwitwasrichtlijn was om Aanbeveling 24 van het TATF te implementeren. Deze Aanbeveling verplicht de Lidstaten om aan elke juridische entiteit de volgende verplichtingen op te leggen: 1) voldoende informatie over hun uiteindelijke begunstigden ter beschikking stellen, en 2) deze informatie ter beschikking stellen van de bevoegde autoriteiten volgens de specificaties van het land. Indien niet aan deze verplichting wordt voldaan, moeten de Lidstaten ervoor zorgen dat deze uiteindelijke begunstigden tijdig door een bevoegde autoriteit kunnen worden geïdentificeerd.

Een lovenswaardige doelstelling, maar het is verassend dat de Europese instanties hebben besloten om een maatregel te nemen die, met de oprichting van het UBO-register, verder gaat dan Aanbeveling 24 van het TATF. Hetzelfde geldt voor het ter beschikking stellen aan belanghebbenden van de informatie opgenomen in het register.

De redenering achter deze nieuwe regel, die een bijkomende administratieve last betekent voor miljoenen juridische entiteiten – 800 000 alleen al in België –, is maar pover, want heel algemeen: "*Met het oog op meer transparantie en om misbruik van juridische entiteiten tegen te gaan (...)*". Een krachtige en gedetailleerde onderbouwing zou een betere naleving en uitvoering van deze nieuwe maatregel mogelijk maken en de rechtszekerheid vergroten.

Surtransposition européenne

L'objectif principal de la quatrième directive anti-blanchiment a été de transposer la recommandation 24 du GAFI, qui exige des États membres qu'ils imposent à toute entité juridique 1) d'obtenir une information adéquate sur leurs bénéficiaires effectifs, et 2) de la rendre disponible aux autorités compétentes à un endroit désigné dans le pays. A défaut, les États membres doivent faire en sorte que ces bénéficiaires effectifs puissent être identifiés en temps opportun par une autorité compétente.

Objectif louable, mais on s'étonnera de l'indigence de la motivation ayant conduit les instances européennes à adopter une mesure qui, avec la création du registre UBO, va au-delà de la recommandation 24 du GAFI. Il en va de même pour la mise à disposition des tiers intéressés des informations que le registre contient.

La motivation de cette nouvelle règle, qui représente une charge administrative supplémentaire pour des millions d'entités juridiques – 800 000 rien qu'en Belgique – est indigente, car de portée très générale : « *En vue de renforcer la transparence afin de lutter contre le détournement d'entités juridiques (...)* ». Une motivation solide et détaillée permettrait de créer une meilleure adhésion et d'engendrer une meilleure application de cette nouvelle

Belgische "gold-plating"

De omzetting in België van de Antiwitwasrichtlijn van 2015 is niet gespaard gebleven van de overimplementatie, *gold-plating* in het Engels, een uiterst Belgische specialiteit en zelfs een traditie in ons land. Zo worden de onderworpen entiteiten (waaronder ook de bedrijfsrevisoren) bijvoorbeeld verplicht de uiteindelijke begünstigden van hun cliënten te identificeren wanneer deze een rechtspersoon zijn en vastgestelde onjuistheden in het UBO-register met betrekking tot hun cliënten aan de Thesaurie te melden, iedereen kan het register raadplegen (deze twee laatste voorbeelden anticiperen inderdaad op de omzetting van de vijfde richtlijn) en de op een gereglementeerde markt genoteerde vennootschappen moeten hun uiteindelijke begünstigden in het UBO-register identificeren en inschrijven.

Opnieuw zal men in de documenten met betrekking tot het ontwerp van antiwitwaswet en van koninklijk uitvoeringsbesluit tevergeefs naar een andere dan de louter algemene rechtvaardiging zoeken.

Onduidelijkheden in de formulering van bepaalde verplichtingen

Bepaalde van de nieuwe verplichtingen voor de entiteiten die onderworpen zijn

mesure, et de renforcer la sécurité juridique.

Surtransposition belge

Spécialité particulièrement belge, voire même tradition dans notre pays, la surtransposition – *gold-plating* en anglais – n'a pas épargné la transposition en Belgique de la directive anti-blanchiment de 2015. Ainsi en va-t-il par exemple de la nouvelle obligation faite aux entités assujetties (dont les réviseurs d'entreprises) d'identifier les bénéficiaires effectifs des mandataires de leurs clients lorsqu'ils sont une personne morale, ou encore de celle de dénoncer à la Trésorerie les inexactitudes constatées dans le registre UBO à propos des bénéficiaires effectifs de leurs clients, ainsi que de la possibilité donnée au public de consulter le registre (certes, dans ces deux derniers cas, il s'agit d'une anticipation de la transposition de la cinquième directive), ou encore de l'obligation d'identifier et d'inscrire dans le registre UBO les bénéficiaires effectifs des sociétés cotées sur un marché réglementé.

A nouveau, on cherchera en vain une justification autre que purement générale dans les documents relatifs aux projets de loi anti-blanchiment et d'arrêté royal d'exécution.

Imprécision dans la formulation de certaines obligations

Parmi les nouvelles obligations faites aux entités assujetties par la loi anti-



aan de antiwitwaswet van 2017 zijn niet echt duidelijk geformuleerd, waardoor het moeilijk is om ze in de praktijk om te zetten.

Neem nu bijvoorbeeld de wijzigingen in de definitie van uiteindelijke begunstigde. Deze definitie is van essentieel belang aangezien ze de rechtsgrondslag vormt voor de verplichting opgelegd aan alle vennootschappen, verenigingen, stichtingen, trusts, fiduciën en gelijkaardige constructies om hun uiteindelijke begunstigden in het UBO-register in te schrijven.

Dan moet men al weten wat de definitie van een uiteindelijke begunstigde is.

De verplichting voor de vennootschappen, opgenomen in de vorige versie van de antiwitwaswet, om elk (rechtstreeks of onrechtstreeks) bezit van meer dan 25 % van de aandelen of van de stemrechten als voorwaarde voor hoedanigheid van uiteindelijke begunstigde te beschouwen, werd vervangen door een begrip dat ongetwijfeld vager is, maar ook beter aansluit bij de realiteit. Dit begrip moet als volgt worden geïnterpreteerd: het bezit van meer dan 25 % van de aandelen of van de stemrechten vormt nu een "aanwijzing" van de eigendom van of zeggenschap over een vennootschap, wat, net als in de vorige versie van de antiwitwaswet, het fundamenteel criterium is voor het bepalen van uiteindelijke begunstigden.

blanchiment de 2017, il s'en trouve certaines qui sont formulées de manière peu claire, de sorte qu'elles s'avèrent difficiles à mettre en œuvre.

Prenons par exemple les modifications apportées à la définition du bénéficiaire effectif. Cette définition est essentielle, dans la mesure où elle constitue la base légale de l'obligation faite à toutes les sociétés, associations, fondations, ainsi qu'aux trusts, fiducies et constructions similaires, d'inscrire leurs bénéficiaires effectifs dans le registre UBO.

Encore faut-il déterminer qui est un bénéficiaire effectif.

Dans les sociétés, l'obligation, que l'on trouvait dans la version antérieure de la loi anti-blanchiment, de considérer toute détention (directe ou indirecte) d'actions ou de droits de vote supérieure à 25 % comme conférant de manière dirimante la qualité de bénéficiaire effectif est désormais remplacée par une notion sans doute plus diffuse mais permettant de mieux coller à la réalité, notion qu'il faudra interpréter : la détention de plus de 25 % des actions ou des droits de vote constitue désormais un « indice » de la possession ou du contrôle d'une société, qui est, sans que cela ait été modifié par rapport à la version antérieure de la loi anti-blanchiment, le critère de base déterminant la qualité de bénéficiaire effectif.

De beste mogelijke interpretatie van deze "aanwijzing" is dat het bezit van meer dan 25 % van de aandelen of van de stemrechten een vermoeden van eigendom of zeggenschap vormt. Een vermoeden dat kan worden weerlegd door het bewijs te leveren dat dit bezit niet betekent dat men zeggenschap heeft over de vennootschap.

Om dergelijk bewijs te kunnen leveren, moet men dan wel weten wat juist de definitie is van de eigendom van en zeggenschap over een vennootschap. Het begrip "eigendom van of zeggenschap over" een vennootschap is verwarring en onvolledig in de antiwitwaswet, want er wordt enkel beschreven in welke omstandigheden een persoon als uiteindelijke begünstigde moet worden beschouwd.

U zult het wel begrepen hebben, het is helaasverlorenmoeite, de antiwitwaswet kan hierin geen duidelijkheid scheppen. De oplossing was echter eenvoudig: verwijzen naar de definitie van controle van artikel 5 van het Wetboek van vennootschappen.

Moeilijk toe te passen door bedrijfsrevisoren

Het artikel over het UBO-register van deze TAA wijst op de moeilijkheden die bedrijfsrevisoren ondervinden bij het toepassen van de nieuwe regelgeving, en dan voornamelijk: in welke mate moet de bedrijfsrevisor de informatie controleren die door

La meilleure interprétation qu'on puisse faire de cette notion d'indice est qu'une détention de plus de 25 % des actions ou des droits de vote constitue une présomption de possession ou de contrôle, présomption qui peut être renversée en apportant la preuve que la participation détenue ne confère pas le contrôle de la société.

Pour pouvoir apporter une telle preuve, encore faudrait-il que l'on dispose d'une définition précise de ce que sont la possession et le contrôle d'une société. La notion de « posséder ou contrôler » une société au sens de la loi anti-blanchiment est pour le moins confuse et imprécise, car elle se limite à décrire des circonstances dans lesquelles une personne doit être considérée comme bénéficiaire effectif.

Hélas, on l'aura compris, peine perdue, aucune aide n'est à trouver à ce sujet dans la loi anti-blanchiment. La solution était pourtant simple : faire référence à la définition du contrôle faisant le siège de l'article 5 du Code des sociétés.

Difficultés d'application par les réviseurs d'entreprises

L'article du présent TAA sur le registre UBO souligne les difficultés que rencontrent les réviseurs d'entreprises pour appliquer la nouvelle réglementation, à savoir principalement : jusqu'à quel point le réviseur d'entreprises est-il tenu de



zijn cliënten in het UBO-register werd ingegeven, vermits bepaalde informatie moeilijk te controleren is, hoe moet de bedrijfsrevisor de verplichting om fouten die worden vastgesteld in het UBO-register te melden aan de Thesaurie, interpreteren in het licht van zijn beroepsgeheim, hoe beoordelen of het commissarisverslag voldoet aan de bepalingen betreffende de inschrijving van uiteindelijke begunstigden in het UBO-register, enz. van het Wetboek van vennootschappen of van de wet van 1921.

Bovendien zullen de bedrijfsrevisoren-kantoren ook geconfronteerd worden met de verplichting om specifieke interne procedures te voorzien voor de raadpleging van het UBO-register, meer bepaald de verplichting om minstens één persoon aan te duiden die bevoegd is voor deze raadplegingen en die verantwoordelijk is voor de legitimiteit van de toegang en de geheimhouding van de verkregen informatie. Om nog maar te zwijgen van het feit dat ze voor elke raadpleging van het register een vergoeding zullen moeten betalen.

* *
*

Als actoren van het openbaar belang hebben wij recht op rechtszekerheid, wat een van de grondslagen is van de beroepsaansprakelijkheid van bedrijfsrevisoren en meer bepaald duidelijkheid en nauwkeurigheid vereist.

vérifier les informations inscrites par ses clients dans le registre UBO, alors que certaines de ces informations sont difficilement vérifiables ? Comment interpréter l'obligation de dénoncer à la Trésorerie les erreurs constatées dans le registre UBO au regard de son secret professionnel ? Comment apprécier dans le rapport de commissaire le respect du Code des sociétés ou de la loi de 1921 en matière d'inscription des bénéficiaires effectifs dans le registre UBO ? etc.

Les cabinets de réviseurs d'entreprises seront par ailleurs également confrontés à l'obligation de prévoir des procédures internes particulières pour consulter le registre UBO, et notamment à l'obligation de désigner au moins une personne habilitée à effectuer ces consultations et responsable de la légitimité de l'accès et de la confidentialité des informations obtenues. Sans oublier le fait qu'ils seront tenus de payer une redevance pour chaque consultation du registre.

* *
*

En tant qu'acteurs de l'intérêt public, nous sommes en droit d'attendre la sécurité juridique, qui est un des fondements de la responsabilité professionnelle des réviseurs d'entreprises, et qui requiert notamment la clarté et la précision des règles.

Dat onvolkomenheden van invloed zijn op de nieuwe regelgeving is gebruikelijk en zelfs normaal; de rol van de beleidsmakers is deze binnen een redelijke termijn te corrigeren. Die van een beroepsorganisatie is om haar leden te helpen met deze onvolkomenheden. Het Instituut van de Bedrijfsrevisoren zet zich voortdurend in om deze rol te volbrengendoorsystematisch denieuwe regelgevingen te analyseren die een impact hebben op de bedrijfsrevisoren, hen hiervan op de hoogte te brengen en richtlijnen te geven, soms zelfs regels voor de uitoefening van het beroep, gespecialiseerde vormingen te geven en hen een helpdesk ter beschikking te stellen.

Zonder te vergeten dat het Instituut soms ook vooraf wordt geraadpleegd, of opmerkingen en suggesties kan geven wanneer het er toevallig van op de hoogte wordt gebracht, met betrekking tot de beoogde maatregelen. Ook al gebeuren deze – te zeldzame – interventies vaak overhaast en met spoed, toch legt het Instituut er zich steeds volledig op toe, met een positieve ingesteldheid ten voordele van het openbaar belang.

Thierry DUPONT
Voorzitter IBR

Que des imperfections affectent une nouvelle réglementation est usuel, voire normal ; le rôle des décideurs politiques est de les corriger dans un délai raisonnable. Celui d'une organisation professionnelle est d'aider ses membres à gérer de telles imperfections ; l'Institut des Réviseurs d'Entreprises s'investit de manière continue dans ce rôle en analysant systématiquement les nouvelles réglementations qui concernent les réviseurs d'entreprises, en les informant et en leur fournissant des lignes directrices, voire en édictant des règles d'exercice professionnel, en leur prodiguant des formations pointues et en mettant à leur disposition un helpdesk.

Sans oublier qu'en amont, il lui arrive d'être consulté, ou d'avoir la possibilité de faire part de ses remarques et suggestions lorsqu'il est informé de manière fortuite, sur les dispositions qu'il est envisagé de prendre. Même si ces – trop rares – interventions se font souvent dans la précipitation et l'urgence, l'Institut s'y consacre toujours de manière engagée, et dans un esprit positif, celui de promouvoir l'intérêt public.

Thierry DUPONT
Président IRE

LE REGISTRE UBO : FONCTIONNEMENT ET IMPLICATIONS POUR LE RÉVISEUR D'ENTREPRISES

HET UBO-REGISTER: WERKING EN GEVOLGEN VOOR DE BEDRIJFSREVISOR

DOUNIA SMEYERS

*Conseillère Affaires Juridiques IRE /
Collaboratrice scientifique ICCI*

*Adviseur Juridische zaken IBR /
Wetenschappelijk medewerkster ICCI*



Introduction

La loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces prévoit la mise en place d'un registre répertoriant les bénéficiaires effectifs des sociétés constituées en Belgique, des trusts, des fondations et des associations (internationales) sans but lucratif, et des entités juridiques similaires aux fiducies ou aux trusts¹ (dénommé registre UBO, pour « *Ultimate Beneficial Owner* »). L'objectif poursuivi par un tel registre est d'offrir une base de données centralisée regroupant l'ensemble des personnes qui possèdent ou contrôlent les entités juridiques visées ci-dessus, dans le but d'obtenir une plus grande transparence des structures de propriété de ces entités et ainsi lutter plus efficacement contre le blanchiment d'argent.²

Le registre UBO s'est pourtant fait attendre : légalement créé par la loi du 18 septembre 2017,

Inleiding

De wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten voorziet in de oprichting van een register van de uiteindelijke begünstigden van in België opgerichte vennootschappen, van trusts, van stichtingen en (internationale) verenigingen zonder winstoogmerk, en van juridische entiteiten die vergelijkbaar zijn met fiducieën of trusts¹ (genaamd UBO-register, waarbij UBO staat voor "*Ultimate Beneficial Owner*"). Dergelijk register heeft tot doel het beschikking stellen van een gecentraliseerde databank van alle personen die één van de hierboven bedoelde juridische entiteiten bezitten of er controle over uitoefenen, met het oog op het verkrijgen van een grotere transparantie van de eigendomsstructuren van deze entiteiten en zo op een efficiëntere manier de strijd aan te gaan tegen het witwassen van geld.²

Het UBO-register heeft echter op zich laten wachten: dit register werd ingesteld door de wet van 18 september 2017, maar het was

¹ Art. 73 et 74 de la loi du 18 septembre 2017.

² Communiqué de presse du Conseil des ministres du 30 mars 2018.

¹ Art. 73 en 74 Wet van 18 september 2017.

² Persbericht van de ministerraad van 30 maart 2018.

les modalités de son fonctionnement devaient être déterminées par un arrêté royal³ qui n'était manifestement pas pressé d'arriver. Près d'un an après l'entrée en vigueur de la loi,⁴ l'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO a finalement vu le jour, concrétisant la mise en place de ce nouveau registre des bénéficiaires effectifs.

Après avoir brièvement dépeint le cadre législatif dans lequel s'inscrit le registre UBO et après avoir rappelé ce qu'il faut entendre par bénéficiaire effectif, nous nous attelerons à un examen détaillé de l'AR du 30 juillet 2018. Nous nous intéresserons ensuite à l'impact de la législation relative au registre UBO et des obligations qui en découlent sur le réviseur d'entreprises. Enfin, après avoir passé en revue les nouveautés que la cinquième directive anti-blanchiment apportera au registre des bénéficiaires effectifs, nous consacrerons les dernières lignes de cette contribution à quelques questions et critiques qu'un tel registre soulève.

Cadre législatif

La création du registre UBO trouve son origine dans la quatrième directive européenne anti-blanchiment.⁵ Ce sont les articles 30 et 31 de cette directive⁶ qui imposent aux États membres de l'Union européenne la mise en place d'un tel registre des bénéficiaires effectifs.

wachten op het koninklijk besluit³ dat de werkingsmodaliteiten ervan diende vast te leggen. Bijna een jaar na de inwerkingtreding van de wet⁴ heeft het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register eindelijk het daglicht gezien zodat dit nieuw register van uiteindelijke begunstigden effectief kon worden ingevoerd.

Na een korte beschrijving van het wetgevend kader van het UBO-register en een verduidelijking van wat dient te worden verstaan onder "uiteindelijke begunstigde" wordt het KB van 30 juli 2018 grondig doorgelicht. Vervolgens wordt de aandacht gevestigd op de impact van de wetgeving inzake het UBO-register en van de hieruit voortvloeiende verplichtingen op de bedrijfsrevisor. Na een besprekking van de nieuwigheden ingevoerd door de vijfde antiwitwasrichtlijn met betrekking tot het register van uiteindelijke begunstigden wordt in het laatste deel van dit artikel tot slot ingegaan op de vragen en kritiek die een dergelijk register oproept.

Wetgevend kader

De oprichting van het UBO-register vindt haar oorsprong in de vierde Europese antiwitwasrichtlijn.⁵ Krachtens artikelen 30 en 31 van deze richtlijn⁶ zijn de lidstaten van de Europese Unie verplicht om een dergelijk register van uiteindelijke begunstigden op te richten.

3 Art. 75 de la loi 18 septembre 2017.

4 La loi du 18 septembre 2017 est entrée en vigueur le 16 octobre 2017 (M.B., 6 octobre 2017).

5 Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (J.O., 5 juin 2015).

6 Plus précisément les articles 30, §§ 3 et 4 et 31, §§ 4 et 5 de la directive (UE) 2015/849.

3 Art. 75 Wet 18 september 2017.

4 De wet van 18 september 2017 is in werking getreden op 16 oktober 2017 (BS 6 oktober 2017).

5 Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PB., 5 juni 2015).

6 Meer bepaald artikelen 30, § 3 en 4 en 31, § 4 en 5 van Richtlijn (EU) 2015/849.

10

En Belgique, ce sont les articles 73 à 75 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces qui transposent ces dispositions européennes en droit belge.

L'article 73 prévoit la création au sein de l'Administration de la Trésorerie, d'un service chargé d'un registre centralisé des bénéficiaires effectifs, dénommé registre UBO.

L'article 74 explique que ce registre UBO a pour but de mettre à disposition des informations adéquates, exactes et actuelles sur les bénéficiaires effectifs des sociétés constituées en Belgique, des associations (internationales) sans but lucratif, des fondations, des trusts, des fiducies et de toutes constructions juridiques similaires aux trusts ou aux fiducies.

L'article 75 précise enfin que la façon dont l'information est collectée, le contenu des informations recueillies, la gestion, l'accès, l'utilisation des données, les modalités pour la vérification des données et le fonctionnement du registre UBO sont définis par arrêté royal.

L'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO (*MB*, 14 août 2018), entré en vigueur le 31 octobre 2018⁷, a ainsi achevé la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs, faisant de ce dernier une réalité. Il convient à présent de se plonger plus en détails dans le contenu de cet arrêté royal. Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, un rappel de la notion de bénéficiaire effectif s'impose.

In België worden deze Europese bepalingen in Belgisch recht omgezet door artikelen 73 tot 75 van de wet van 18 september 2017 tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten.

Artikel 73 voorziet in de oprichting, binnen de Administratie van de Thesaurie, van een dienst belast met een centraal register van uiteindelijke begunstigden, genaamd UBO-register.

Artikel 74 verduidelijkt dat dit UBO-register tot doel heeft toereikende, accurate en actuele informatie ter beschikking te stellen over de uiteindelijke begunstigden van in België opgerichte vennootschappen, van (internationale) verenigingen zonder winstoogmerk, van stichtingen, van trusts, van fiducieën en van juridische entiteiten die vergelijkbaar zijn met trusts of fiducieën.

Tot slot vermeldt artikel 75 dat de wijze waarop de informatie wordt verzameld, de inhoud van de verzamelde informatie, het beheer, de toegang, het gebruik van de gegevens, de modaliteiten voor de verificatie van de gegevens, en de werking van het UBO-register bepaald worden bij koninklijk besluit.

Het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register (*BS* 14 augustus 2018), dat in werking is getreden op 31 oktober 2018⁷, heeft de oprichting van het register van uiteindelijke begunstigden afgerond, waardoor dit register een feit is geworden. We dienen ons nu verder te verdiepen in de inhoud van dit koninklijk besluit, maar alvorens op de kern van de zaak in te gaan, dient te worden gewezen op het begrip "uiteindelijke begunstigde".

⁷ Art. 26 de l'AR du 30 juillet 2018.

⁷ Art. 6 KB 30 juli 2018.

Bénéficiaire effectif : définition

La notion de bénéficiaire effectif vise deux types de personnes physiques : les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent en dernier ressort le client ou le mandataire du client⁸ d'une part, et les personnes physiques pour lesquelles une opération est exécutée ou une relation d'affaires nouée d'autre part.⁹

L'article 4, 27° de la loi du 18 septembre 2017 détermine de manière détaillée quelles sont les personnes ayant la qualité de bénéficiaire effectif dans les sociétés, a(i)sbl, fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires (l'AR du 30 juillet 2018 utilise l'expression « redatables d'information » pour qualifier l'ensemble de ces entités¹⁰).

Les bénéficiaires effectifs sont donc :

- Dans les sociétés¹¹ :
 - la ou les personnes qui possède(nt) directement ou indirectement un pourcentage suffisant de droit de vote ou une participation suffisante dans le capital¹² de la société (la possession de plus de 25 % des actions ou du capital de la société est un indice de pourcentage suffisant ou de participation suffisante) ;
 - la ou les personnes qui exerce(nt) le contrôle par d'autres moyens ;
 - si et seulement si les personnes ci-dessus ne peuvent pas être identifiées, la ou les

8 Ou le bénéficiaire des contrats d'assurance-vie.

9 Art. 4, 27°, al. 2 et 3 de la loi du 18 septembre 2017.

10 Art. 2, 3° de l'AR du 30 juillet 2018.

11 Art. 4, 27°, a) de la loi du 18 septembre 2017.

12 La quatrième directive anti-blanchiment ne précise pas les situations dans lesquelles ces pourcentages peuvent être considérés comme suffisants, pas plus que la loi du 18 septembre 2017.

Uiteindelijke begunstigde: definitie

Onder het begrip "uiteindelijke begunstigde" vallen twee soorten natuurlijke personen: de natuurlijke personen die de uiteindelijke eigenaars zijn van of zeggenschap hebben over de cliënt of de lasthebber van de cliënt⁸, enerzijds, en de natuurlijke personen voor wier rekening een verrichting wordt uitgevoerd of een zakelijke relatie wordt aangegaan, anderzijds.⁹

Artikel 4, 27° van de wet van 18 september 2017 bepaalt op gedetailleerde wijze welke personen de hoedanigheid van uiteindelijke begunstigde hebben in de vennootschappen, (i)vzw's, stichtingen, trusts en vergelijkbare juridische entiteiten (het KB van 30 juli 2018 hanteert het begrip "informatieplichtigen" ter aanduiding van al deze entiteiten¹⁰).

Als uiteindelijke begunstigden worden dus beschouwd:

- In vennootschappen¹¹:
 - de perso(o)n(en) die rechtstreeks of onrechtstreeks een toereikend percentage van de stemrechten of van het eigendomsbelang¹² in deze vennootschap houdt/houden (een gehouden belang van meer dan 25 % van de aandelen of het kapitaal van de vennootschap geldt als indicatie van een toereikend percentage of van een toereikend belang);
 - de perso(o)n(en) die zeggenschap heeft/ hebben over deze vennootschap via andere middelen;
 - indien, en enkel indien, bovenvermelde personen niet kunnen worden geïdentificeerd, de natuurlijke persoon

8 Of de begunstigde van levensverzekeringsovereenkomsten.

9 Art. 4, 27°, tweede en derde lid Wet 18 september 2017.

10 Art. 2, 3° KB 30 juli 2018.

11 Art. 4, 27°, a) Wet 18 september 2017.

12 De vierde antiwitwasrichtlijn verduidelijkt niet in welke gevallen deze percentages als toereikend kunnen worden beschouwd, net zo min als de wet van 18 september 2017.

12

personnes physique(s) qui occupe(nt) la position de dirigeant principal.

- Dans les A(I)SBL et fondations¹³ :
 - les administrateurs ;
 - les personnes habilitées à représenter l'association ;
 - les personnes chargées de la gestion journalière ;
 - les fondateurs de la fondation ;
 - les personnes physiques ou la catégorie de personnes physiques pour l'intérêt principal desquelles l'association ou la fondation a été constituée ou opère ;
 - toute autre personne physique exerçant par d'autre moyen le contrôle en dernier ressort;
- Dans les trusts, fiducies et constructions juridiques similaires¹⁴ :
 - le constituant (ou similaire) ;
 - le ou les fiduciaires ou trustees (ou similaires) ;
 - le protecteur (ou similaire), le cas échéant ;
 - les bénéficiaires (ou similaires) ;
 - toute autre personne physique exerçant le contrôle en dernier ressort.

En ce qui concerne les sociétés, la troisième catégorie de bénéficiaires effectifs (dirigeant principal) est exclusive des deux autres (contrôle de la société) qui sont quant à elles cumulatives. Pour les A(I)SBL et fondations d'une part, et les trusts, fiducies et constructions juridiques similaires d'autre part, les différentes catégories de bénéficiaires effectifs sont toutes cumulatives.

Ainsi, il peut y avoir plusieurs bénéficiaires effectifs pour un seul et même client ou une seule et même opération.¹⁵

13 Art. 4, 27°, c) de la loi du 18 septembre 2017.

14 Art. 4, 27°, b) et d) de la loi du 18 septembre 2017.

15 Projet de loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Exposé des motifs, Doc., Ch. 2016-2017, n° 2566/001, p. 100.

of personen die behoort/behoren tot het hoger leidinggevend personeel;

- In (i)vzw's en stichtingen¹³:
 - de bestuurders;
 - de personen die gemachtigd zijn de vereniging te vertegenwoordigen;
 - de personen belast met het dagelijks bestuur;
 - de stichters van de stichting;
 - de natuurlijke personen of de categorie van natuurlijke personen in wier hoofdzakelijk belang de vereniging of stichting werd opgericht of werkzaam is;
 - elke andere natuurlijke persoon die via andere middelen uiteindelijke zeggenschap uitoefent;
- In trusts, fiducieën en vergelijkbare juridische constructies¹⁴:
 - de oprichter (of vergelijkbare persoon);
 - de fiduciebeheerder(s) of trustee(s) (of vergelijkbare persoon);
 - de eventuele protector (of vergelijkbare persoon);
 - de begunstigden (of vergelijkbare personen);
 - elke andere natuurlijke persoon die uiteindelijke zeggenschap uitoefent.

Met betrekking tot de vennootschappen sluit de derde categorie van uiteindelijke begunstigden (hoger leidinggevend personeel) de twee andere categorieën (controle over de vennootschap) uit, die cumulatief zijn. Voor (i)vzw's en stichtingen enerzijds, en trusts, fiducieën en vergelijkbare juridische constructies anderzijds, zijn al de verschillende categorieën van uiteindelijke begunstigden cumulatief.

Zo kunnen er meerdere uiteindelijke begunstigden voor een en dezelfde cliënt of een en dezelfde verrichting zijn.¹⁵

13 Art. 4, 27°, c) Wet 18 september 2017.

14 Art. 4, 27°, b) en d) Wet 18 september 2017.

15 Wetsontwerp tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten, Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2566/001, 100.

Fonctionnement du registre UBO

A. Communication des informations

En vertu des articles 3 et 4 de l'AR du 30 juillet 2018, les redevables d'information sont tenus de communiquer au registre UBO les informations suivantes relatives à leurs bénéficiaires effectifs :

Sociétés	A(I)SBL et fondations	Trusts, fiducies et entités juridiques similaires ¹⁶
1° Nom	1° Nom	1° Nom
2° Premier prénom	2° Premier prénom	2° Premier prénom
3° Jour de naissance	3° Jour de naissance	3° Jour de naissance
4° Mois de naissance	4° Mois de naissance	4° Mois de naissance
5° Année de naissance	5° Année de naissance	5° Année de naissance
6° Nationalité(s)	6° Nationalité(s)	6° Nationalité(s)
7° Pays de résidence	7° Pays de résidence	7° Pays de résidence
8° Adresse complète de résidence	8° Adresse complète de résidence	8° Adresse complète de résidence
9° Date à laquelle il est devenu UBO	9° Date à laquelle il est devenu UBO	9° Date à laquelle il est devenu UBO
10° Numéro d'identification du Registre national (ou similaire)	10° Numéro d'identification du Registre national (ou similaire)	10° Numéro d'identification du Registre national (ou similaire)
11° La ou les catégories de UBO visées à l'article 4, 27°, a) de la loi	11° La ou les catégories de UBO visées à l'article 4, 27°, c) de la loi	11° La ou les catégories de UBO visées à l'article 4, 27°, b) et d) de la loi
12° Si cette personne remplit une des conditions de l'article 4, 27°, a), de manière isolée ou avec d'autres	12° Si cette personne remplit une des conditions de l'article 4, 27°, a), de manière isolée ou avec d'autres	
13° S'il s'agit d'un UBO direct ou indirect		
14° S'il s'agit d'un UBO indirect, nombre et identité des intermédiaires		
15° L'étendue de l'intérêt effectif détenu dans la société		

16 L'article 4, §§ 2 à 4 de l'AR du 30 juillet 2018 prévoit des nuances quant aux informations à communiquer sur les bénéficiaires effectifs des trusts et fiducies.

14

Werking van het UBO-register

A. Mededeling van informatie

Krachtens de artikelen 3 en 4 van het KB van 30 juli 2018 moeten de informatieplichtigen aan het UBO-register de volgende informatie over hun uiteindelijke begunstigden meedelen:

Venootschappen	(I)vzw's en stichtingen	Trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten ¹⁶
1° Naam	1° Naam	1° Naam
2° Eerste voornaam	2° Eerste voornaam	2° Eerste voornaam
3° Geboortedag	3° Geboortedag	3° Geboortedag
4° Geboortemaand	4° Geboortemaand	4° Geboortemaand
5° Geboortejaar	5° Geboortejaar	5° Geboortejaar
6° Nationaliteit(en)	6° Nationaliteit(en)	6° Nationaliteit(en)
7° Land van verblijf	7° Land van verblijf	7° Land van verblijf
8° Volledig verblijfsadres	8° Volledig verblijfsadres	8° Volledig verblijfsadres
9° Datum waarop hij UBO is geworden	9° Datum waarop hij UBO is geworden	9° Datum waarop hij UBO is geworden
10° Identificatienummer van het Rijksregister (of gelijkaardig)	10° Identificatienummer van het Rijksregister (of gelijkaardig)	10° Identificatienummer van het Rijksregister (of gelijkaardig)
11° De categorie(ën) van UBO bedoeld in artikel 4, 27°, a) van de wet	11° De categorie(ën) van UBO bedoeld in artikel 4, 27°, c) van de wet	11° De categorie(ën) van UBO bedoeld in artikel 4, 27°, b) en d) van de wet
12° Of het gaat om een persoon die één van de voorwaarden vervult die worden vermeld in artikel 4, 27°, a), afzonderlijk of samen met andere personen	12° Of het gaat om een persoon die één van de voorwaarden vervult die worden vermeld in artikel 4, 27°, a), afzonderlijk of samen met andere personen	
13° Of het gaat om een rechtstreekse of onrechtstreekse UBO.		
14° Als het om een onrechtstreekse UBO gaat, het aantal tussenpersonen en hun identiteit.		
15° De omvang van het uiteindelijke belang in de vennootschap		

¹⁶ Art. 4, § 2 tot 4 van het KB van 30 juli 2018 voorziet in nuances met betrekking tot de mee te delen informatie over de uiteindelijke begunstigden van de trusts en fiducieën.

Les articles 14/1 du Code des sociétés et 58/11 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes obligent par ailleurs expressément les sociétés et les A(I)SBL et fondations à recueillir et conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur qui sont leurs bénéficiaires effectifs, et à transmettre ces informations au registre UBO.

Ces articles précisent également que dans les sociétés et les A(I)SBL et fondations, ce sont les administrateurs qui procèdent à la communication, au registre, des informations sur les bénéficiaires effectifs.

Bien que l'AR royal du 30 juillet 2018 soit entré en vigueur le 31 octobre dernier,¹⁷ les redevables d'information disposent d'un délai étendu au 31 mars 2019 pour enregistrer leurs bénéficiaires effectifs pour la première fois.¹⁸ Il est toutefois important de noter que ce délai supplémentaire octroyé aux redevables d'information figure sur le site du SPF Finances mais n'est repris dans aucun texte légal. En fait, les obligations qui pèsent sur les sociétés et les A(I)SBL et fondations de recueillir et de conserver les informations sur leurs bénéficiaires effectifs d'une part, et de communiquer ces informations au registre UBO d'autre part, existent depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 septembre 2017 qui a introduit l'article 14/1 dans le Code des sociétés et l'article 58/11 de la loi du 27 juin 1921, soit depuis le 16 octobre 2017. Les sociétés et les A(I)SBL et fondations sont donc légalement tenues de recueillir et de conserver les informations sur leurs bénéficiaires effectifs depuis le 16 octobre 2017 ! Quant à l'obligation de communication au registre UBO, il est évident qu'il était en pratique impossible de la remplir tant que le registre n'était pas en place. Depuis le 31 octobre 2018, date d'entrée en vigueur de l'AR du 30 juillet 2018, cette obligation

Verder bepalen artikelen 14/1 van het Wetboek van vennootschappen en 58/11 van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen, uitdrukkelijk dat vennootschappen en (i)vzw's en stichtingen toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun uiteindelijke begunstigden zijn, moeten inwinnen en bijhouden en deze informatie moeten overmaken aan het UBO-register.

Deze artikelen verduidelijken ook dat in vennootschappen en (i)vzw's en stichtingen het de bestuurders zijn die de gegevens over de uiteindelijke begunstigden overmaken aan het register.

Hoewel het KB van 30 juli 2018 in werking is getreden op 31 oktober 2018,¹⁷ hebben de informatieplichtigen tijd tot 31 maart 2019 om hun uiteindelijke begunstigden voor de eerste maal te registreren.¹⁸ Het is evenwel belangrijk op te merken dat deze bijkomende termijn toegekend aan de informatieplichtigen vermeld staat op de website van de FOD Financiën maar dat er hiervoor geen wettelijke grondslag bestaat. In feite bestaat de verplichting voor vennootschappen en (i)vzw's en stichtingen om enerzijds informatie over hun uiteindelijke begunstigen in te winnen en bij te houden, en anderzijds deze informatie mee te delen aan het UBO-register, sinds 16 oktober 2017, zijnde de datum van inwerkingtreding van de wet van 18 september 2017 waarbij artikel 14/1 in het Wetboek van vennootschappen en artikel 58/11 in de wet van 27 juni 1921 is ingevoerd. Vennootschappen en (i)vzw's en stichtingen zijn dus sinds 16 oktober 2017 wettelijk verplicht om informatie over hun uiteindelijke begunstigden in te winnen en bij te houden. Met betrekking tot de verplichte mededeling aan het UBO-register is het duidelijk dat het in de praktijk onmogelijk was om aan deze verplichting te voldoen zolang het register niet was opgericht. Sinds 31 oktober

17 Art. 26 de l'AR du 30 juillet 2018.

18 <https://finances.belgium.be/fr/E-services/ubo-register>

17 Art. 26 KB 30 juli 2018.

18 <https://financien.belgium.be/nl/E-services/ubo-register>

16

peut pleinement être remplie, et doit donc être remplie. Avec un délai supplémentaire au 31 mars 2019 octroyé par le SPF Finances, mais qui n'est, rappelons-le, consacré dans aucun texte légal ou réglementaire.

L'enregistrement des informations¹⁹ se fait via la plateforme en ligne MyMinFin Pro.²⁰

Toutes les informations reprises ci-dessus devront par la suite être mises à jour par les redevables d'information au moins annuellement,²¹ sans préjudice de l'obligation pour les sociétés²² et les A(I)SBL et fondations de communiquer dans le mois toute modification des informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs au registre UBO.

Il est intéressant de noter que dans les faits, l'étendue des informations requises lors de l'enregistrement des bénéficiaires effectifs auprès du registre va au-delà de ce qui est prévu par l'AR du 30 juillet 2018. Ainsi par exemple, pour le bénéficiaire effectif d'une société, une des informations requises concerne l'origine des fonds ayant permis d'acquérir la majorité des droits de vote ou des parts dans la société concernée. Il n'est possible de répondre à cette question qu'en sélectionnant une des réponses proposées, parmi lesquelles on retrouve notamment un gain au loto, au casino ou encore une succession. Et ce n'est pas fini : il faut encore télécharger sur la plateforme un document attestant de l'acquisition des droits de vote ou des parts, et l'absence de réponse à cette question ou de téléchargement du document justificatif bloque la procédure d'enregistrement du bénéficiaire effectif. Inutile de préciser qu'une telle question, à laquelle s'attache l'exigence d'une pièce justificative, en a fait réagir plus d'un. À l'heure où ces lignes sont écrites, cette information est toujours

2018, datum van inwerkingtreding van het KB van 30 juli 2018, kan en moet volledig aan deze verplichting worden voldaan. Deze termijn werd door de FOD Financiën verlengd tot 31 maart 2019, maar dit werd evenwel niet in wet- of regelgeving vastgelegd.

De registratie van de gegevens¹⁹ gebeurt via het elektronisch platform MyMinFin Pro.²⁰

Onverminderd de verplichting voor vennootschappen²¹ en (i)vzw's en stichtingen om binnen de maand elke wijziging in de informatie betreffende hun uiteindelijke begunstigden aan het UBO-register over te maken, moet alle hierboven vermelde informatie ten minste jaarlijks door de informatieplichtigen worden bijgewerkt²².

Het is interessant om op te merken dat de informatievereisten in het kader van de registratie van de uiteindelijke begunstigden in het register in feite strenger zijn dan de vereisten van het KB van 30 juli 2018. Een van de vereiste gegevens betreffende de uiteindelijke begunstigde van een vennootschap is bijvoorbeeld de oorsprong van de geldmiddelen die de verwerving van de meerderheid van de stemrechten of van de aandelen in de betrokken vennootschap mogelijk hebben gemaakt. Deze vraag naar de oorsprong van de geldmiddelen kan enkel worden beantwoord door het selecteren van een van de voorgestelde antwoorden, waaronder meer bepaald een lotto- of casinowinst of een nalatenschap. En dit is niet alles. Op het platform dient een bewijs van verwerving van de stemrechten of aandelen te worden geüpload, en wanneer deze vraag niet wordt beantwoord of het bewijsstuk niet wordt geüpload, blokkeert dit de procedure van registratie van de uiteindelijke begunstigde. Het is overbodig erop te wijzen dat een dergelijke vraag, in combinatie met het vereiste bewijsstuk,

¹⁹ Il est évident que les informations communiquées sont celles qui existent à la date de l'enregistrement.

²⁰ www.MyMinFinPro.be

²¹ Art. 5 de l'AR du 30 juillet 2018.

²² Art. 14/1, al. 3 C. Soc.

¹⁹ Met betrekking tot de meegedeelde informatie is het duidelijk dat het informatie betreft die beschikbaar is op de registratiедatum.

²⁰ www.MyMinFinPro.be

²¹ Art. 14/1, derde lid W. Venn.

²² Art. 5 KB 30 juli 2018.

requise mais l'Administration de la trésorerie a affirmé qu'elle serait prochainement supprimée. En attendant, la nécessité de communiquer cette information qui n'est, rappelons-le, pas légalement justifiée, a déjà incommodé plus d'un redéuable d'information souhaitant enregistrer ses bénéficiaires effectifs pour la première fois.

B. Accès

1- Qui ?

Les données relatives aux bénéficiaires effectifs des **sociétés** sont accessibles :

- aux autorités compétentes²³ ;
- aux entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017²⁴, dans le cadre de l'exécution de leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle ;
- à tout membre du grand public.²⁵

23 En vertu de l'article 2, 17° de l'AR du 30 juillet 2018, on entend par « autorités compétentes » une autorité publique dont une des missions légales est la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme ou les infractions sous-jacentes associées, les autorités fiscales, les autorités publiques chargées de la saisie et de la confiscation des avoirs criminels, les autorités publiques recevant des informations sur les transports ou transferts transfrontaliers d'argent ou d'instruments au porteur négociables, la CTIF et les autorités de contrôle des entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017.

24 La liste des entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 est reprise à l'article 5, § 1^{er} de cette même loi. Sont ainsi assujettis à la loi du 18 septembre 2017, de manière synthétique et sans que la présente énumération ne soit exhaustive : la Banque Nationale de Belgique, la SA de droit public « B-post », les établissements de crédit, les entreprises d'assurance de droit belge, les émetteurs et les établissements de monnaie électronique, les sociétés d'investissement de droit belge, les réviseurs d'entreprises (en ce compris les stagiaires), les experts-comptables externes et les conseils fiscaux externes (en ce compris les stagiaires), les comptables agréés externes et les comptables-fiscalistes agréés externes (en ce compris les stagiaires), les notaires, les huissiers de justice, les avocats, les prestataires de services aux sociétés, les agents immobiliers, les commerçants en diamants ou encore les personnes qui exploitent un ou plusieurs jeux de hasard.

25 Art. 6 de l'AR du 30 juillet 2018.

veel reacties heeft uitgelokt. Op het ogenblik van de redactie van dit artikel is deze informatie nog steeds verplicht maar de Administratie van de Thesaurie heeft bevestigd dat deze verplichting binnenkort zal worden geschrapt. Intussen heeft echter al meer dan een informatieverplichtige die zijn uiteindelijke begunstigden voor de eerste maal wenst te registreren, hinder ondervonden van deze verplichte mededeling, die trouwens geen wettelijke grondslag heeft.

B. Toegang

1- Wie?

De gegevens met betrekking tot de uiteindelijke begunstigden van de **vennootschappen** zijn toegankelijk voor:

- de bevoegde autoriteiten²³;
- de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017²⁴ in het kader van de nakoming van hun verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten;
- elke burger.²⁵

23 Krachtens artikel 2, 17° van het KB van 30 juli 2018 wordt onder “bevoegde autoriteiten” verstaan een overheidsorgaan met als wettelijke opdracht de strijd tegen het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme of de daarmee verband houdende basisdelicten, de fiscale autoriteiten, de overheidsorganen belast met de inbeslagname en verbeurdverklaring van vermogensbestanddelen van criminelen, de overheidsorganen die informatie krijgen over het vervoer of grensoverschrijdend vervoer van geld of verhandelbare instrumenten aan toonder, de CFI en de toezichtautoriteiten van de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017.

24 De lijst van de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 is opgenomen in artikel 5, § 1 van dezelfde wet. Zo zijn de volgende entiteiten onderworpen aan de wet van 18 september 2017 (beknopte en indicatieve opsomming): de Nationale Bank van België, de NV van publiek recht “B-post”, de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen naar Belgisch recht, de uitgevers van en de instellingen voor elektronisch geld, de beleggingsvennootschappen naar Belgisch recht, de bedrijfsrevisoren (daaronder begrepen de stagiairs), de externe accountants en de externe belastingconsulenten (daaronder begrepen de stagiairs), de externe erkende boekhouders en de externe erkende boekhouders-fiscalisten (daaronder begrepen de stagiairs), de notarissen, de gerechtsdeurwaarders, de advocaten, de dienstverleners aan vennootschappen, de vastgoedmakelaars, de handelaren in diamant en de personen die een of meer kansspelen exploiteren.

25 Art. 6 KB 30 juli 2018.

18

Les données relatives aux bénéficiaires effectifs des **A(I)SBL et fondations, des trusts, fiducies et constructions juridiques similaires** sont quant à elles accessibles :

- aux autorités compétentes ;
- aux entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017, dans le cadre de l'exécution de leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle ;
- à toute autre personne ou organisation démontrant un intérêt légitime lié à la lutte contre le blanchiment d'argent, au financement du terrorisme ou aux activités criminelles sous-jacentes connexes ;
- à toute personne qui introduit une demande écrite à l'Administration de la Trésorerie, pour les A(I)SBL, fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires qui contrôlent une société, A(I)SBL ou fondation.²⁶

2- Quelles informations ?

Les autorités compétentes et les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 ont accès à toutes les informations reprises dans le registre UBO (voir tableau ci-dessus).

L'accès est en revanche limité pour les autres catégories de personnes pouvant consulter le registre. Ainsi, les membres du grand public n'ont pas accès aux informations relatives au premier prénom, au jour de naissance exact, à l'adresse complète de résidence et au numéro d'identification du Registre national des bénéficiaires effectifs des sociétés.²⁷ La même limitation s'applique aux personnes ou organisations démontrant un intérêt légitime et aux personnes qui introduisent une demande pour les A(I)SBL, fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires qui contrôlent une société, A(I)SBL ou fondation qui souhaite consulter le registre pour obtenir

De gegevens met betrekking tot de uiteindelijke begunstigden van de **(i)vzw's en stichtingen, de trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten** zijn toegankelijk voor:

- de bevoegde autoriteiten;
- de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 in het kader van de nakoming van hun verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten;
- elke andere persoon of organisatie die een legitiem belang aantoont dat verband houdt met de strijd tegen het witwassen van geld, de financiering van terrorisme of de verbonden onderliggende criminelle activiteiten;
- elke andere persoon die een schriftelijke aanvraag bij de Administratie van de Thesaurie indient voor de (i)vzw's, stichtingen, trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten die zeggenschap hebben over een vennootschap, (i)vzw of stichting.²⁶

2- Welke informatie?

De bevoegde autoriteiten en de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 hebben toegang tot alle informatie uit het UBO-register (zie bovenstaande tabel).

De toegang is echter beperkt voor de andere categorieën van personen die het register kunnen raadplegen. Zo hebben burgers geen toegang tot de informatie met betrekking tot de eerste voornaam, de exacte geboortedag, het volledige verblijfsadres en het identificatienummer van het Rijksregister van de uiteindelijke begunstigden van de vennootschappen.²⁷ Dezelfde beperking is van toepassing op de personen of organisaties die een legitiem belang aantonen, alsook op de personen die een aanvraag indienen voor de (i)vzw's, stichtingen, trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten die zeggenschap hebben over een vennootschap,

26 Art. 7 de l'AR du 30 juillet 2018.

27 Art. 9 de l'AR du 30 juillet 2018.

26 Art. 7 KB 30 juli 2018.

27 Art. 9 KB 30 juli 2018.

des informations sur les bénéficiaires effectifs des A(I)SBL, fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires.²⁸

3- Comment ?

Les autorités compétentes et les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 qui introduisent une demande d'accès aux données du registre UBO doivent communiquer le nom, prénom et numéro d'identification au Registre national des personnes physiques ou à la Banque-carrefour de la sécurité sociale du membre de leur personnel responsable de la gestion des accès pour l'entité concernée.²⁹

La demande d'accès des membres du grand public ne peut quant à elle être faite que sur la base du numéro BCE ou du nom de la société pour laquelle le membre du grand public souhaite obtenir des informations relatives aux bénéficiaires effectifs.³⁰

La demande d'accès des personnes ou organisations démontrant un intérêt légitime doit au minimum reprendre le numéro d'entreprise ou la dénomination du redéuable d'information concerné ou le nom, prénom et date de naissance du bénéficiaire effectif concerné, ainsi qu'un document détaillant les motifs de la demande et démontrant leur intérêt légitime à consulter le registre.³¹

La demande d'accès des personnes qui introduisent une demande pour les A(I)SBL, fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires qui contrôlent une société, A(I)SBL ou fondation doit au minimum reprendre le numéro d'entreprise ou la dénomination du

(i)vzw of stichting die het register wenst te raadplegen ter verkrijging van informatie over de uiteindelijke begunstigden van de (i)vzw's, stichtingen, trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten.²⁸

3- Hoe?

De bevoegde autoriteiten en de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 die een aanvraag van toegang tot de gegevens van het UBO-register indienen, moeten de naam, de voornaam en het identificatienummer in het Rijksregister van de natuurlijke personen of in de Kruispuntbank van de sociale zekerheid van hun personeelslid dat verantwoordelijk is voor het beheer van de toegang van de betrokken entiteit, doorgeven.²⁹

De toegangsaanvraag van burgers kan enkel worden ingediend op basis van het KBO-nummer of de naam van de vennootschap waarvoor de burger informatie met betrekking tot de uiteindelijke begunstigden wenst te verkrijgen.³⁰

De toegangsaanvraag van personen of organisaties die een legitiem belang aantonen, moet minstens volgende elementen omvatten: het ondernemingsnummer of de naam van de betrokken informatieplichtige of de naam, voornaam en geboortedatum van de betrokken uiteindelijke begunstigde, alsook een document waarin de motieven van de aanvraag worden uiteengezet en dat het legitiem belang aantoon om het register te raadplegen.³¹

De toegangsaanvraag van personen die een aanvraag indienen voor de (i)vzw's, stichtingen, trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten die zeggenschap hebben over een vennootschap, (i)vzw of stichting, moet minstens volgende elementen omvatten: het

28 Art. 10, § 1^{er} et 11, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

29 Art. 8, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

30 Art. 9, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

31 Art. 10 de l'AR du 30 juillet 2018.

28 Art. 10, § 1 en 11, § 1 KB 30 juli 2018.

29 Art. 8, § 1 KB 30 juli 2018.

30 Art. 9, § 1 KB 30 juli 2018.

31 Art. 10 KB 30 juli 2018.

redevable d'information concerné ou le nom, prénom et date de naissance du bénéficiaire effectif concerné, ainsi qu'un document démontrant que le redevable d'information concerné par la demande d'information contrôle une société, A(I)SBL ou fondation.³²

À l'exception des autorités compétentes qui bénéficient d'un accès gratuit, l'accès au registre UBO est subordonné à l'acquittement de frais administratifs dont le montant ne peut être supérieur aux coûts administratifs engendrés par la mise à disposition de l'information.³³

Il convient enfin de noter que toutes les consultations du registre UBO sont enregistrées et conservées pour une durée de dix ans, et qu'elles s'opèrent sans que le ou les redevables d'information ou bénéficiaires effectifs concernés ne soient mis au courant.³⁴

4- Dérogation

L'article 16 de l'AR du 30 juillet 2018 permet à tout bénéficiaire effectif d'effectuer auprès de l'Administration de la Trésorerie une demande visant la limitation de l'accès à tout ou partie de ses informations lorsqu'un tel accès l'exposerait, entre autres, à un risque disproportionné, à un risque d'enlèvement ou encore à un risque d'extorsion. Cet article prévoit également la possibilité pour les bénéficiaires effectifs qui sont mineurs de faire usage d'une telle limitation d'accès à leurs informations. En pratique toutefois, il semble que cette dérogation soit automatique lorsque le bénéficiaire effectif est un mineur puisque dans ce cas, certaines informations du registre UBO sont tout simplement masquées.

³² Art. 11, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

³³ Art. 14 de l'AR du 30 juillet 2018 et 75 de la loi du 18 septembre 2017.

³⁴ Art. 15 de l'AR du 30 juillet 2018.

ondernemingsnummer of de naam van de betrokken informatieplichtige of de naam, voornaam en geboortedatum van de betrokken uiteindelijke begünstigde, alsook een document dat aantoont dat de bij de aanvraag van informatie betrokken informatieplichtige een venootschap, (i)vzw of stichting beheert.³²

Met uitzondering van de bevoegde autoriteiten die gratis toegang hebben, is de toegang tot het UBO-register onderworpen aan de betaling van de administratieve kosten, waarvan het bedrag niet hoger mag zijn dan de administratieve kosten voor de terbeschikkingstelling van de informatie.³³

Er dient ten slotte te worden opgemerkt dat alle raadplegingen van het UBO-register worden geregistreerd en bewaard voor een duur van tien jaar en dat deze raadplegingen gebeuren zonder dat de betrokken informatieplichtige(n) of uiteindelijke begünstigen hiervan op de hoogte worden gebracht.³⁴

4- Afwijking

Op grond van artikel 16 van het KB van 30 juli 2018 kan elke uiteindelijke begünstigde bij de Administratie van de Thesaurie een verzoek indienen tot beperking van de toegang tot alle of een gedeelte van zijn informatie wanneer dergelijke toegang blootstelling aan, onder andere, een onevenredig risico, een risico op ontvoering of afpersing inhoudt. Dit artikel voorziet ook in de mogelijkheid voor de uiteindelijke begünstigen die minderjarig zijn om gebruik te maken van een dergelijke beperking van de toegang tot hun informatie. In de praktijk lijkt deze afwijking echter automatisch te worden toegekend indien de uiteindelijke begünstigde minderjarig is, aangezien in dit geval bepaalde informatie van het UBO-register eenvoudigweg verborgen wordt.

³² Art. 11, § 1 KB 30 juli 2018.

³³ Art. 14 KB 30 juli 2018 en art. 75 Wet 18 september 2017.

³⁴ Art. 15 KB 30 juli 2018.

Si elle est accordée, cette dérogation n'aura toutefois aucun impact sur l'accès des autorités compétentes, lesquelles pourront continuer à consulter toutes les informations relatives au bénéficiaire effectif concerné.³⁵

C. Contrôle et sanction

L'Administration de la trésorerie est chargée du contrôle du respect de l'obligation de communication qui pèse sur les redevables d'information³⁶ ainsi que de la qualité des informations reprises dans le registre³⁷. À cette fin, elle peut notamment, après avis de l'autorité de protection des données, exploiter d'autres bases de données constituées au sein du SPF Finances ou par des tiers.³⁸

C'est également en vue d'assurer la qualité des informations disponibles dans le registre UBO que les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 sont tenues de communiquer à l'Administration de la Trésorerie toute différence qu'elles constateraient entre les informations reprises dans le registre et celles dont elles ont connaissance.³⁹ Nous reviendrons plus en détails sur cette obligation lorsque nous analyserons dans quelle mesure les réviseurs d'entreprises sont concernés par le registre.

En cas de non-respect de l'obligation de communiquer au registre UBO (et de mettre à jour) les informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs, les redevables d'information s'exposent à une amende administrative comprise entre 250 et 50 000 euros.⁴⁰ Il convient de noter qu'une telle amende peut également être imposée par le ministre

Indien de afwijking wordt verleend, zal zij evenwel geen enkele impact hebben op de toegang van de bevoegde autoriteiten, die alle informatie met betrekking tot de betrokken uiteindelijke begunstigde zullen kunnen blijven raadplegen.³⁵

C. Controle en sancties

De Administratie van de Thesaurie is belast met de controle op de naleving van de mededelingsverplichting van de informatieplichtigen³⁶, alsook met de controle van de kwaliteit van de in het register opgenomen informatie³⁷. Daartoe kan zij meer bepaald, na advies van de gegevensbeschermingsautoriteit, andere databanken benutten, aangemaakt binnen de FOD Financiën of door derden.³⁸

Met het oog op het waarborgen van de kwaliteit van de in het UBO-register opgenomen informatie, moeten de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 daarenboven elk verschil dat zij zouden vaststellen tussen de in het register opgenomen informatie en deze waarvan zij kennis hebben, melden aan de Administratie van de Thesaurie.³⁹ Deze verplichting wordt uitvoigerig besproken in het deel waarin wordt geanalyseerd in welke mate het register betrekking heeft op de bedrijfsrevisoren.

In geval van niet-naleving van de verplichting tot mededeling aan het UBO-register van de informatie over hun uiteindelijke begunstigden (en de bijwerking hiervan), kan aan de informatieplichtigen een administratieve geldboete van 250 tot 50 000 euro opgelegd worden.⁴⁰ Er dient te worden opgemerkt dat dergelijke geldboete ook kan worden opgelegd door de minister van Financiën indien de

35 Art. 16, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

36 Art. 17, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

37 Art. 74, § 2 de la loi du 18 septembre 2017.

38 Art. 17, § 2 de l'AR du 30 juillet 2018.

39 Art. 19, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

40 Art. 18 de l'AR du 30 juillet 2018 et 132, § 6 de la loi du 18 septembre 2017.

35 Art. 16, § 1 KB 30 juli 2018.

36 Art. 17, § 1 KB 30 juli 2018.

37 Art. 74, § 2 Wet 18 september 2017.

38 Art. 17, § 2 KB 30 juli 2018.

39 Art. 19, § 1 KB 30 juli 2018.

40 Art. 18 KB 30 juli 2018 en art. 132, § 6 Wet 18 september 2017.

des Finances si les informations transmises présentent des défauts en termes de qualité des données.⁴¹

L'article 132, § 6 de la loi du 18 septembre 2017 précise que pour les sociétés et les A(I)SBL et fondations, cette amende sera imposée aux administrateurs et, le cas échéant, à un ou plusieurs membres de l'organe légal de ces entités, de leur comité de direction, ainsi qu'aux personnes qui, en l'absence de comité de direction, participent à leur direction effective, dès lors que ces personnes sont également responsables de l'infraction.

D. Traitement des données à caractère personnel

Les redevables d'information sont tenus d'informer leurs bénéficiaires effectifs de l'enregistrement et de la conservation des données les concernant au sein du registre UBO, ainsi que des droits de consultation, rectification et autres qui leur sont reconnus.⁴²

L'Administration de la Trésorerie informe également les bénéficiaires effectifs de leur inscription dans le registre et leur communique les informations enregistrées à leur nom.⁴³

Enfin, les informations reprises dans le registre sont conservées pendant une période de dix ans à compter du jour de la perte de la personnalité juridique du redevable d'information ou de la cessation définitive de ses activités.⁴⁴

overgemaakte informatie gebreken vertoont in de kwaliteit van de gegevens.⁴¹

Artikel 132, § 6 van de wet van 18 september 2017 verduidelijkt dat voor de vennootschappen en de (i)vzw's en stichtingen, deze geldboete zal worden opgelegd aan de bestuurders en, in voorkomend geval, aan een of meer leden van het wettelijk bestuursorgaan van die entiteiten, van hun directiecomité en aan de personen die bij ontstentenis van een directiecomité deelnemen aan hun effectieve leiding, indien deze personen ook voor de vastgestelde inbreuk verantwoordelijk zijn.

D. Verwerking van persoonsgegevens

De informatieplichtigen moeten hun uiteindelijke begunstigden informeren over de registratie en de bewaring van de hen betreffende gegevens in het UBO-register, alsook over hun recht tot raadpleging en verbetering en andere rechten die hen worden toegekend.⁴²

Verder brengt de Administratie van de Thesaurie de uiteindelijke begunstigden op de hoogte van hun inschrijving in het register en geeft hen de informatie door die op hun naam werd geregistreerd.⁴³

Tot slot wordt de in het register opgenomen informatie gedurende een periode van tien jaar bewaard vanaf de dag van het verlies van de rechtspersoonlijkheid van de informatieplichtige of de definitieve stopzetting van zijn activiteiten.⁴⁴

⁴¹ Projet de loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Exposé des motifs, Doc., Ch. 2016-2017, n° 2566/001, p. 292.

⁴² Art. 21 de l'AR du 30 juillet 2018.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Art. 25 de l'AR du 30 juillet 2018.

⁴¹ Wetsontwerp tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten, Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2566/001, p. 292.

⁴² Art. 21 KB 30 juli 2018.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Art. 25 KB 30 juli 2018.

Le réviseur d'entreprises et le registre UBO

Les réviseurs d'entreprises sont concernés par le registre UBO à plusieurs égards :

- lorsqu'ils ont adopté la forme d'une société, puisqu'ils doivent alors enregistrer leurs bénéficiaires effectifs auprès du registre ;
- parce qu'ils sont assujettis à la loi du 18 septembre 2017, et qu'ils sont donc dans l'obligation d'identifier et de vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs de leurs clients et, le cas échéant, des mandataires de leurs clients ;
- lorsqu'ils sont commissaires, puisqu'ils sont alors tenus de vérifier que la société qu'ils contrôlent respecte le Code des sociétés, ou que l'association ou fondation contrôlée respecte la loi du 27 juin 1921, lesquels imposent respectivement aux sociétés et aux associations et fondations l'obligation d'enregistrer leurs bénéficiaires effectifs auprès du registre.

A. Le réviseur d'entreprises personne morale ayant adopté la forme d'une société

À la lecture de ce qui précède, il est clair que les cabinets de révision ayant adopté la forme d'une société sont des redevables d'information au sens de l'article 2, 3^e de l'AR du 30 juillet 2018. Ces cabinets sont donc tenus, dans le respect de l'article 14/1 du Code des sociétés et de l'AR du 30 juillet 2018, de recueillir et conserver les informations adéquates, exactes et actuelles sur qui sont leurs bénéficiaires effectifs ainsi que les données détaillées sur les intérêts économiques détenus par ceux-ci,⁴⁵ et de les communiquer au registre UBO. Sans oublier que l'AR du 30 juillet 2018 impose une mise à jour au moins annuelle de ces informations, et

⁴⁵ Ces informations doivent au moins reprendre celles devant être reprises dans le registre en vertu de l'article 3, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

De bedrijfsrevisor en het UBO-register

Het UBO-register heeft in meerdere opzichten betrekking op de bedrijfsrevisoren:

- wanneer ze de vorm van een vennootschap hebben aangenomen, vermits ze dan hun uiteindelijke begunstigden in het register moeten registreren;
- omdat ze zijn onderworpen aan de wet van 18 september 2018 en dus verplicht zijn om de uiteindelijke begunstigden van hun cliënten en, in voorkomend geval, van de lasthebbers van hun cliënten te identificeren en hun identiteit te verifiëren;
- wanneer ze commissaris zijn, aangezien ze dan moeten nagaan of de vennootschap die ze controleren, voldoet aan het Wetboek van vennootschappen, of de gecontroleerde vereniging of stichting voldoet aan de wet van 27 juni 1921, die respectievelijk aan vennootschappen en aan verenigingen en stichtingen de verplichting opleggen om hun uiteindelijke begunstigden in het register te registreren.

A. De bedrijfsrevisor rechtspersoon die de vorm van een vennootschap heeft aangenomen

Bij het lezen van het voorgaande is het duidelijk dat bedrijfsrevisorenkantoren die de vorm van een vennootschap hebben aangenomen, worden beschouwd als informatieplichtigen in de zin van artikel 2, 3^e van het KB van 30 juli 2018. Deze kantoren moeten, overeenkomstig artikel 14/1 van het Wetboek van vennootschappen en de bepalingen van het koninklijk besluit van 30 juli 2018, toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun uiteindelijke begunstigden zijn, inwinnen en bijhouden waaronder detailgegevens over de door laatstgenoemden gehouden economische belangen,⁴⁵ en deze mededelen aan het UBO-

⁴⁵ Deze informatie moet minstens die informatie bevatten die, krachtens artikel 3, § 1 van het KB van 30 juli 2018, in het register moet worden opgenomen.

que le Code des sociétés oblige les sociétés à communiquer dans le mois toute modification des informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs au registre UBO.

B. Le réviseur d'entreprises assujetti à la loi du 18 septembre 2017

L'article 5, 23^e de la loi du 18 septembre 2017 assujettit les réviseurs d'entreprises (et les stagiaires) à cette même loi.

Les réviseurs d'entreprises sont donc tenus, entre autres obligations, d'identifier et de vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs de leurs clients (et le cas échéant, des mandataires de leurs clients) dans le cadre de l'exécution de leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle.⁴⁶

Dans un premier temps, les réviseurs d'entreprises doivent ainsi déterminer si leurs clients ont un ou plusieurs bénéficiaires effectifs tels que définis à l'article 4, 27^e de la loi (voy. *supra*). « *À cet égard, il est à rappeler que sont qualifiées de bénéficiaires effectifs, non seulement les personnes physiques qui "possèdent ou contrôlent en dernier ressort le client", mais aussi celles "pour lesquelles une opération est exécutée ou une relation d'affaires nouée". Ce serait donc à tort qu'une entité assujettie limiterait l'exercice de son obligation d'identification des bénéficiaires effectifs aux seuls cas dans lesquels le client est une personne morale ou une construction juridique telle qu'un trust ou une fiducie. En effet, si les clients qui sont des personnes physiques agissent le plus souvent pour leur propre compte, ils peuvent également agir, fût-ce en leur propre nom, pour le compte d'autres* ».

46 Art. 23 de la loi du 18 septembre 2017.

register. Bovendien moet deze informatie krachtens het KB van 30 juli 2018 ten minste jaarlijks worden bijgewerkt en moeten de vennootschappen krachtens het Wetboek van vennootschappen binnen de maand elke wijziging van de informatie betreffende hun uiteindelijke begunstigden mededelen aan het UBO-register.

B. De bedrijfsrevisor die onderworpen is aan de wet van 18 september 2017

Artikel 5, 23^e van de wet van 18 september 2017 stelt dat de bepalingen van deze wet van toepassing zijn op de bedrijfsrevisoren (en de stagiairs).

De bedrijfsrevisoren zijn dus verplicht, onder andere, om de uiteindelijke begunstigden van hun cliënten (en in voorkomend geval, van de lasthebbers van hun cliënten) te identificeren en hun identiteit te verifiëren in het kader van de nakoming van hun verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten.⁴⁶

In eerste instantie moeten de bedrijfsrevisoren dus bepalen of hun cliënten een of meerdere uiteindelijke begunstigden, als bedoeld in artikel 4, 27^e van de wet, hebben (zie *supra*). “*In dit opzicht dient eraan herinnerd te worden dat niet enkel de natuurlijke personen die "de uiteindelijke eigenaars zijn van of zeggenschap hebben over de cliënt" worden gekwalificeerd als uiteindelijke begunstigden, maar ook de personen "voor wier rekening een verrichting wordt uitgevoerd of een zakelijke relatie wordt aangegaan". De onderworpen entiteiten mogen de uitvoering van hun verplichting tot identificatie van de uiteindelijke begunstigden dus niet beperken tot de gevallen waarin de cliënt een rechtspersoon of een juridische constructie zoals een fiducie of een trust is. Cliënten die natuurlijke personen zijn, handelen weliswaar meestal voor eigen rekening, maar zij kunnen eveneens handelen, zij het in eigen*”.

46 Art. 23 Wet 18 september 2017.

personnes, et celles-ci doivent alors être qualifiées de bénéficiaires effectifs du client. »⁴⁷

Les articles 14/1, alinéa 4 du Code des sociétés et 58/11, alinéa 5 de la loi du 27 juin 1921⁴⁸ obligent les sociétés et les A(I)SBL et fondations à fournir aux entités assujetties les informations sur leurs bénéficiaires effectifs lorsqu'elles exécutent leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle. Il est à noter que ces obligations en matière de vigilance visent aussi bien les mesures prises dans le cadre du processus d'acceptation d'un nouveau client que celles relatives à la vigilance continue, laquelle implique notamment une mise à jour des données recueillies lors de l'identification et de la vérification de l'identité du client (et des bénéficiaires effectifs).⁴⁹

Dans cette optique, les réviseurs d'entreprises ont aujourd'hui la possibilité de consulter le registre UBO, sans qu'ils ne puissent toutefois exclusivement s'appuyer sur cette consultation pour remplir leurs obligations d'identifier et de vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs de leurs clients et, le cas échéant, des mandataires de leurs clients.⁵⁰ À la lecture des différentes dispositions de l'AR du 30 juillet 2018 et de la loi du 18 septembre 2017, il convient en effet de conclure qu'aucune d'entre elles ne crée une obligation positive dans le chef des entités assujetties de consulter le registre UBO. Cette conclusion a par ailleurs été confirmée par le Ministre des Finances chargé de la Lutte contre la fraude fiscale qui, dans le cadre d'une question parlementaire, a rappelé que la consultation du registre UBO est une faculté et non une

naam, voor rekening van andere personen, die dan gekwalificeerd moeten worden als uiteindelijke begunstigden van de cliënt.". ⁴⁷

Overeenkomstig artikelen 14/1, vierde lid van het Wetboek van vennootschappen en 58/11, vijfde lid van de wet van 27 juni 1921⁴⁸ moeten de vennootschappen en de (i)vzw's en stichtingen aan de onderworpen entiteiten de informatie over hun uiteindelijke begunstigden verstrekken wanneer zij hun cliëntonderzoeksverplichtingen uitvoeren. Er dient te worden opgemerkt dat deze onderzoeksverplichtingen betrekking hebben op zowel de maatregelen getroffen in het kader van het proces van aanvaarding van een nieuwe cliënt als de maatregelen met betrekking tot doorlopende waakzaamheid, hetgeen met name inhoudt dat de in het kader van de identificatie en identiteitsverificatie van de cliënt (en van de uiteindelijke begunstigden) verzamelde gegevens dienen te worden bijgewerkt.⁴⁹

In dit verband hebben de bedrijfsrevisoren nu de mogelijkheid om het UBO-register te raadplegen, maar ze mogen zich echter niet uitsluitend op deze raadpleging baseren om te voldoen aan hun verplichtingen inzake identificatie en verificatie van de identiteit van de uiteindelijke begunstigden van hun cliënten en, in voorkomend geval, van de lasthebbers van hun cliënten.⁵⁰ Bij het lezen van de diverse bepalingen van het KB van 30 juli 2018 en van de wet van 18 september 2017 moet immers worden besloten dat geen enkele bepaling aan de onderworpen entiteiten een positieve verplichting oplegt om het UBO-register te raadplegen. Deze conclusie werd overigens bevestigd door de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude die, in het kader van een parlementaire vraag, in

⁴⁷ Projet de loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Exposé des motifs, Doc., Ch. 2016-2017, n° 2566/001, p. 110.

⁴⁸ Ces deux articles ont été introduits par les articles 143, al. 5 et 154, al. 5 de la loi du 18 septembre 2017.

⁴⁹ Art. 35 de la loi du 18 septembre 2017.

⁵⁰ Art. 29 de la loi du 18 septembre 2017.

⁴⁷ Wetsontwerp tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten, Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2566/001, p. 110.

⁴⁸ Deze twee artikelen werden ingevoerd door artikelen 143, vijfde lid en 154, vijfde lid van de wet van 18 september 2017.

⁴⁹ Art. 35 Wet 18 september 2017.

⁵⁰ Art. 29 Wet 18 september 2017.

obligation.⁵¹ À noter qu'il serait toutefois difficile de ne pas l'exercer dans la mesure où les entités assujetties doivent prendre toutes les mesures raisonnables pour identifier et vérifier l'identité des bénéficiaires effectifs de leurs clients et, le cas échéant, des mandataires de leurs clients. Assurément, consulter le registre UBO constitue une telle mesure raisonnable. À cet égard, il convient également de noter que l'article 1, 9) de la cinquième directive européenne anti-blanchiment⁵², dont la date butoir de transposition est le 10 janvier 2020, introduit l'obligation pour les entités assujetties, lorsqu'elles nouent une nouvelle relation d'affaires avec une société ou une autre entité juridique pour lesquelles des informations sur les bénéficiaires effectifs doivent être enregistrées, de recueillir la preuve de l'enregistrement ou un extrait du registre.⁵³ Nous reviendrons sur les nouveautés que la cinquième directive apporte au registre UBO.

Les modalités d'accès au registre pour les réviseurs d'entreprises qui agissent dans le cadre de l'exécution de leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle sont fixées par l'AR du 30 juillet 2018. Ces modalités ayant déjà été largement discutées plus haut, nous ne nous attarderons ici que sur certains points en particulier.

Ainsi, les réviseurs d'entreprises qui exécutent leurs obligations d'identification et de

herinnering heeft gebracht dat de raadpleging van het UBO-register facultatief is en geen verplichting⁵¹. Er dient te worden opgemerkt dat het evenwel moeilijk zou zijn om van deze raadpleging geen gebruik te maken in de mate dat de onderworpen entiteiten alle passende maatregelen moeten treffen om de uiteindelijke begünstigden van hun cliënten en, in voorkomend geval, van de lasthebbers van hun cliënten, te identificeren en hun identiteit te verifiëren. Het raadplegen van het UBO-register is ongetwijfeld een dergelijke passende maatregel. In dit opzicht dient verder te worden opgemerkt dat artikel 1, 9) van de vijfde Europese antiwitwasrichtlijn⁵², met als deadline voor de omzetting 10 januari 2020, voor meldingsplichtige entiteiten de verplichting invoert om, bij het aangaan van een nieuwe zakelijke relatie met een vennootschap of een andere juridische entiteit waarvan de informatie over de uiteindelijke begünstigden moet worden geregistreerd, een bewijs van registratie of een uittreksel uit het register te verzamelen.⁵³ Wij zullen nog terugkomen op de nieuwigheden ingevoerd door de vijfde richtlijn met betrekking tot het UBO-register.

De toegangsmodaliteiten tot het register voor de bedrijfsrevisoren die handelen in het kader van de nakoming van hun verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten worden vastgesteld door het KB van 30 juli 2018. Aangezien deze modaliteiten hierboven reeds uitvoerig werden besproken, zullen wij hier enkel aandacht besteden aan een aantal specifieke punten.

Zo hebben de bedrijfsrevisoren die hun verplichtingen tot identificatie en

⁵¹ Commission des Finances et du Budget du mercredi 28 novembre 2018, Compte rendu intégral, CRIV 54 COM 1003, pp. 2-3.

⁵² Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.

⁵³ Art. 14, § 1^{er} de la directive 2015/849 (dite la 4^e directive anti-blanchiment), tel que modifié par l'article 1^{er}, 9) de la directive 2018/843 (dite la 5^e directive anti-blanchiment).

51 Commissie voor de Financiën en de Begroting van woensdag 28 november 2018, Integraal Verslag, CRIV 54 COM 1003, p. 2-3.

52 Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

53 Artikel 14, lid 1 van richtlijn 2015/849 (vierde antiwitwasrichtlijn), zoals gewijzigd door artikel 1, 9) van richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn).

vérification de l'identité de leurs clients et des bénéficiaires effectifs de ces clients⁵⁴ ont en principe accès à toutes les informations reprises dans le registre UBO.⁵⁵

Pour accéder aux données du registre, les cabinets de révision doivent désigner la personne qui, au sein du cabinet, sera responsable de la gestion des accès au registre UBO, et introduire auprès de l'Administration de la Trésorerie une demande comprenant la communication du nom, du prénom et du numéro d'identification au Registre national des personnes physiques ou à la Banque-carrefour de la sécurité sociale de cette personne.⁵⁶

Les réviseurs d'entreprises doivent par ailleurs prendre toutes les mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour garantir, sous leur responsabilité exclusive, que :

- quiconque introduit une demande d'accès en son nom et pour son compte auprès de l'Administration de la Trésorerie ou accède au registre est identifié et a le pouvoir de la représenter ;
- tout **accès ou demande d'accès** au registre introduite en son nom et pour son compte est autorisée, **légitime et respecte la finalité de la loi du 18 septembre 2017 et de l'arrêté royal du 30 juillet 2018** ;
- la confidentialité des informations obtenues du registre est sauvegardée et que ces informations ne sont pas ensuite utilisées retraitées ou diffusées à des fins non compatibles avec la finalité de la loi et de l'arrêté.⁵⁷

⁵⁴ Ainsi que leur obligation de vigilance continue, laquelle implique notamment une tenue à jour des informations recueillies lors de l'identification et de la vérification de l'identité de la clientèle (art. 35, § 1^{er}, 2^{de} de la loi du 18 septembre 2017).

⁵⁵ Sous réserve d'une dérogation (art. 16 de l'AR du 30 juillet 2018).

⁵⁶ Art. 8, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018.

⁵⁷ Art. 12 de l'AR du 30 juillet 2018.

identiteitsverificatie van hun cliënten en van de uiteindelijke begunstigden van deze cliënten nakomen⁵⁴ in principe toegang tot alle informatie in het UBO-register.⁵⁵

Om toegang te krijgen tot de gegevens van het register, moeten de bedrijfsrevisorenkantoren de persoon aanwijzen die binnen het kantoor verantwoordelijk zal zijn voor het beheer van de toegang tot het UBO-register, en bij de Administratie van de Thesaurie een toegangsaanvraag indienen waarin de naam, de voornaam en het identificatienummer in het Rijksregister van de natuurlijke personen of in de Kruispuntbank van de sociale zekerheid van deze persoon worden vermeld.⁵⁶

Bovendien moeten de bedrijfsrevisoren alle nodige technische en organisatorische maatregelen treffen om, onder hun exclusieve verantwoordelijkheid, te garanderen dat:

- elkeen die bij de Administratie van de Thesaurie een toegangsaanvraag indient in zijn naam en voor eigen rekening of die toegang krijgt tot het register, wordt geïdentificeerd en bevoegd is om ze te vertegenwoordigen;
- elke **toegang of aanvraag van toegang** tot het register die wordt ingediend in zijn naam en voor eigen rekening, toegestaan is, **legitiem is en de door de wet van 18 september 2017 en het koninklijk besluit van 30 juli 2018 nagestreefde doelstelling naleeft**;
- de vertrouwelijkheid van de uit het register verkregen informatie wordt bewaard en dat deze informatie vervolgens niet wordt gebruikt, herwerkt of verspreid voor doeleinden die niet verenigbaar zijn met

⁵⁴ Alsook hun verplichting tot doorlopende waakzaamheid, hetgeen met name inhoudt dat de in het kader van de identificatie en identiteitsverificatie van de cliënt verzamelde gegevens actueel dienen te worden gehouden (art. 35, § 1, 2^{de} Wet 18 september 2017).

⁵⁵ Onder voorbehoud van een afwijking (artikel 16 van het KB van 30 juli 2018).

⁵⁶ Art. 8, § 1 KB 30 juli 2018.

À la lecture des articles 6, 2^o, 7, 2^o et 12, 2^o de l'AR du 30 juillet 2018, il semble que les réviseurs d'entreprises ne peuvent donc bénéficier des conditions d'accès prévues pour les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 que lorsqu'ils agissent comme telles dans le cadre de l'exécution de leurs obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle, et que leur consultation du registre poursuit donc un objectif lié à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Si l'on suit ce raisonnement, les réviseurs d'entreprises ne bénéficieraient donc pas des modalités d'accès accordées aux entités assujetties à la loi du 18 septembre s'ils consultent le registre dans un objectif qui s'écarte de la finalité de la loi et de l'AR du 30 juillet 2018.⁵⁸ Autrement dit, ils devraient alors être considérés comme des membres du grand public,⁵⁹ et ne pourraient donc consulter le registre que pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés, avec un accès limité.⁶⁰

Enfin, l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018 crée l'obligation pour les réviseurs d'entreprises de notifier par voie électronique à l'Administration de la Trésorerie toute différence qu'ils constateraient entre les informations reprises dans le registre et celles

58 Art. 12, 2^o *in fine* de l'AR du 30 juillet 2018.

59 Il s'agit en effet de la seule catégorie de personnes qui bénéficie d'un accès au registre sans devoir justifier un quelconque intérêt légitime lié à la lutte contre le blanchiment de capitaux (art. 10, § 3 de l'AR du 30 juillet 2018), avec la catégorie de personnes qui introduisent une demande pour les A(I)SBL et fondations, trusts, fiducies et constructions juridiques similaires qui contrôlent une société, A(I)SBL ou fondation.

60 Comme indiqué plus haut dans cette contribution, sont exclues de l'accès des membres du grand public les informations relatives au premier prénom, au jour de naissance exact, à l'adresse complète de résidence et au numéro d'identification du Registre national des bénéficiaires effectifs des sociétés.

de door de wet en dit besluit nagestreefde doelstelling.⁵⁷

Bij het lezen van de artikelen 6, 2^o, 7, 2^o en 12, 2^o van het KB van 30 juli 2018 lijkt het erop dat de bedrijfsrevisoren enkel kunnen genieten van de toegangsvoorraarden die gelden voor de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 wanneer ze in die hoedanigheid handelen in het kader van de nakoming van hun verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten, en hun raadpleging van het register een doelstelling beoogt die verband houdt met de strijd tegen het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Volgens deze redenering zouden de bedrijfsrevisoren niet genieten van de toegangsmodaliteiten toegekend aan de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 indien ze het register raadplegen vanuit een doelstelling die afwijkt van de door de wet en het besluit nagestreefde doelstelling.⁵⁸ Met andere woorden, ze zouden dan als burgers moeten worden beschouwd,⁵⁹ en zouden dus het register enkel kunnen raadplegen om informatie te krijgen over de uiteindelijke begunstigden van de vennootschappen, met beperkte toegang.⁶⁰

Tot slot legt artikel 19, § 1 van het KB van 30 juli 2018 aan de bedrijfsrevisoren de plicht op om elk verschil dat zij zouden vaststellen tussen de in het register opgenomen informatie en deze waarvan zij kennis hebben, via elektronische weg aan de Administratie van de Thesaurie

57 Art. 12 KB van 30 juli 2018.

58 Art. 12, 2^o *in fine* KB 30 juli 2018.

59 Het betreft hier immers de enige categorie van personen die toegang hebben tot het register zonder enig legitiem belang dat verband houdt met de strijd tegen het witwassen van geld te moeten aantonen (art. 10, § 3 KB 30 juli 2018), samen met de categorie van personen die een aanvraag indienen voor de (I)vzw's en stichtingen, trusts, fiducieën en gelijkaardige juridische entiteiten die zeggenschap hebben over een vennootschap, (I)vzw of stichting.

60 Zoals eerder in dit artikel werd vermeld, hebben burgers geen toegang tot de informatie met betrekking tot de eerste voornaam, de exacte geboortedag, het volledige verblijfsadres en het identificatienummer van het Rijksregister van de uiteindelijke begunstigden van de vennootschappen.

dont ils ont connaissance.⁶¹ Il va de soi qu'un réviseur d'entreprises ne pourrait constater une telle différence qu'en consultant (ou en ayant consulté) le registre UBO. En sa qualité d'entité assujettie, cela n'arrivera donc que dans le cadre de l'exécution de ses obligations en matière de vigilance à l'égard de la clientèle, au cours du processus d'acceptation d'un nouveau client ou dans le cadre de la mise à jour des informations imposée par l'obligation de mise à jour continue.

À la lecture de cette disposition, il est clair qu'il n'existe dans le chef du réviseur d'entreprises que la seule obligation de signaler toute divergence qu'il constaterait. C'est à l'Administration de la Trésorerie que reviendra la tâche d'effectuer les démarches nécessaires pour confirmer, corriger ou clarifier les informations reprises dans le registre. Elle indiquera alors dans le registre qu'une notification a été introduite sans détailler son objet ni l'entité qui en est à l'origine, et cette mention sera retirée dès que les informations reprises dans le registre auront été confirmées, corrigées ou clarifiées.⁶²

La question de la portée de cette notification se pose toutefois. Que faut-il en effet entendre par « notifier toute différence » ? Cela signifie-t-il que le réviseur d'entreprises doit simplement signaler à l'Administration de la Trésorerie qu'une ou plusieurs informations dont il dispose diffèrent de celles reprises dans le registre pour les bénéficiaires effectifs d'une entité déterminée, sans autre précision ? Doit-il préciser de quelle(s) information(s) il s'agit ? Ou doit-il carrément communiquer le contenu de la ou des informations dont il dispose et qui diffèrent de celles reprises dans le registre ? Cette question présente un intérêt dans la mesure où d'aucuns considèrent que l'obligation de notification à l'Administration de la trésorerie

te melden.⁶¹ Het spreekt vanzelf dat een bedrijfsrevisor een dergelijk verschil enkel zou kunnen vaststellen tijdens (of na) het raadplegen van het UBO-register. In zijn hoedanigheid van onderworpen entiteit zal dit dus enkel het geval zijn in het kader van de nakoming van zijn verplichtingen inzake waakzaamheid ten aanzien van de cliënten, tijdens het proces van aanvaarding van een nieuwe cliënt of in het kader van de bijwerking van de informatie opgelegd door de verplichting tot permanente bijwerking.

Bij het lezen van deze bepaling is het duidelijk dat de bedrijfsrevisor enkel verplicht is tot het melden van elk verschil dat hij zou vaststellen. Het is de Administratie van de Thesaurie die het nodige moet doen om de informatie uit het register te bevestigen, te verbeteren of te verduidelijken. Ze dient dan in het register te vermelden dat een kennisgeving werd ingediend zonder het voorwerp ervan of de entiteit die aan de oorsprong ervan ligt te bepalen, en die vermelding dient te worden ingetrokken van zodra de informatie in het register werd bevestigd, verbeterd of verduidelijkt.⁶²

Er stelt zich echter de vraag naar de draagwijdte van deze kennisgeving. Wat dient immers te worden verstaan onder "elk verschil melden"? Betekent dit dat de bedrijfsrevisor aan de Administratie van de Thesaurie louter moet melden, zonder verdere precisering, dat een of meerdere informatiegegevens waarover hij beschikt, verschillen van deze opgenomen in het register voor de uiteindelijke begunstigden van een specifieke entiteit? Dient hij te verduidelijken om welk(e) informatiegegeven(s) het gaat? Of dient hij zelfs de inhoud van het (de) informatiegegeven(s) waarover hij beschikt, en dat verschilt (die verschillen) van die welke zijn opgenomen in het register, mee te delen? Deze vraag is relevant in de mate dat sommigen van mening zijn dat de

61 L'article 19, § 1^e de l'AR du 30 juillet 2018 transpose l'article 1, 15), b) de la cinquième directive (anti-blanchiment).

62 Art. 19, § 2 de l'AR du 30 juillet 2018.

61 Art. 19, § 1 KB 30 juli 2018 voorziet in de omzetting van artikel 1, 15), b) van de vijfde (antiwitwas)richtlijn.

62 Art. 19, § 2 KB 30 juli 2018.

30

serait de nature à violer le secret professionnel qui s'impose à tout réviseur d'entreprises.

Pour rappel, c'est l'article 86, § 1^{er} de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises qui précise que l'article 458 du Code pénal s'applique aux réviseurs d'entreprises. L'article 458 du Code pénal se lit comme suit :

« Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi, le décret ou l'ordonnance les oblige ou les autorise à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de cent euros à mille euros ou d'une de ces peines seulement. »

À la lumière du contenu de l'AR du 30 juillet 2018, nous sommes d'avis que le secret professionnel ne trouve dans ce cas pas à s'appliquer, et ne s'oppose dès lors pas à l'obligation pour le réviseur d'entreprises de communiquer toute différence qu'il constaterait entre les informations qu'il détient sur les bénéficiaires effectifs de son client et les informations présentes dans le registre, telle que reprise à l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018. En effet, le seul fait que le réviseur d'entreprises communique à l'Administration de la Trésorerie l'existence d'une différence entre les informations que lui-même détient et celles reprises dans le registre ne constitue d'après nous pas une violation du secret professionnel. Si la notification par le réviseur d'entreprises d'une différence devait même impliquer pour celui-ci d'également communiquer à l'Administration de la Trésorerie les informations qu'il détient et qui sont donc

meldingsplicht aan de Administratie van de Thesaurie het beroepsgeheim, dat geldt voor elke bedrijfsrevisor, zou kunnen schenden.

In dit verband kan worden verwezen naar artikel 86, § 1 van de wet van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, dat verduidelijkt dat artikel 458 van het Strafwetboek van toepassing is op de bedrijfsrevisoren. Artikel 458 van het Strafwetboek luidt als volgt:

"Geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte (of voor een parlementaire onderzoekscommissie) getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet, het decreet of de ordonnantie hen verplicht of toelaat die geheimen bekend te maken, worden gestraft met gevangenisstraf van een jaar tot drie jaar en een geldboete van honderd euro tot duizend euro of met een van die straffen alleen."

In het licht van de inhoud van het KB van 30 juli 2018 zijn we van mening dat het beroepsgeheim in dit geval niet van toepassing is en dus niet in strijd is met de in artikel 19, § 1, eerste lid van het KB van 30 juli 2018 bedoelde verplichting voor de bedrijfsrevisor om elk verschil dat hij zou vaststellen tussen de in zijn bezit zijnde informatie over de uiteindelijke begunstigden van zijn cliënt en de in het register opgenomen informatie, te melden. Het louter feit dat de bedrijfsrevisor een door hem vastgesteld verschil tussen de in zijn bezit zijnde informatie en deze opgenomen in het register meldt aan de Administratie van de Thesaurie, vormt ons inziens immers geen schending van het beroepsgeheim. Indien deze meldingsplicht van de bedrijfsrevisor zelfs zou inhouden dat hij aan de Administratie van de Thesaurie ook de in zijn bezit zijnde informatie verstrekt die verschilt van deze opgenomen in het register, zijn we van mening dat, aangezien de cliënt verplicht is om

différentes de celles reprises au registre, nous considérons que, dès lors que le client à l'obligation de communiquer les informations sur ses bénéficiaires effectifs au registre UBO, et que ces informations ont vocation à être accessibles et consultées par plusieurs catégories de personnes, il serait difficile de qualifier ces informations de « secrètes » ou confidentielles au sens de l'article 458 du Code pénal. Par définition, si ces informations ne sont pas confidentielles, elles ne sont pas protégées par le secret professionnel.

Notre position n'est toutefois pas partagée par tous. Un groupe d'avocats a en effet introduit un recours en annulation et en suspension à l'encontre de l'article 19 de l'AR du 30 juillet 2018 devant le Conseil d'Etat, précisément pour des raisons liées au secret professionnel.⁶³ Une question parlementaire portant sur cette même problématique a par ailleurs été posée au Ministre des Finances chargé de la Lutte contre la fraude fiscale. Le Ministre s'est toutefois abstenu de répondre, expliquant qu'il convenait d'attendre la décision du Conseil d'Etat.⁶⁴

C. Le réviseur d'entreprises commissaire

Sur la base de l'article 144, § 1^{er}, 9^o du Code des sociétés, le commissaire d'une société est tenu d'indiquer dans la seconde partie de son rapport qu'il n'a pas eu connaissance d'opérations conclues ou de décisions prises en violation (des statuts ou) du Code des sociétés. Ceci s'applique également au commissaire des A(I)SBL et des fondations puisque l'article 144 du Code des sociétés leur est applicable par analogie lorsqu'elles ont nommé un commissaire.⁶⁵

de informatie van zijn uiteindelijke begünstigden over te maken aan het UBO-register, en het de bedoeling is dat deze informatie toegankelijk is voor en geraadpleegd kan worden door verschillende categorieën van personen, deze informatie moeilijk kan worden beschouwd als "geheim" of vertrouwelijk in de zin van artikel 458 van het Strafwetboek. Indien deze informatie niet vertrouwelijk is, is ze per definitie niet beschermd door het beroepsgeheim.

Ons standpunt wordt echter niet door iedereen gedeeld. Een groep advocaten heeft immers bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring en schorsing ingediend tegen artikel 19 van het KB van 30 juli 2018, in het bijzonder om redenen die verband houden met het beroepsgeheim.⁶³ Verder werd aan de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude een parlementaire vraag over dezelfde problematiek gesteld. De minister heeft deze vraag echter niet beantwoord aangezien hij het gepast vond om hieromtrent het arrest van de Raad van State af te wachten.⁶⁴

C. De bedrijfsrevisor-commissaris

Op grond van artikel 144, § 1, 9^o van het Wetboek van vennootschappen, dient de commissaris van een vennootschap in het tweede deel van zijn verslag te vermelden dat hij geen kennis heeft gekregen van verrichtingen gedaan of beslissingen genomen met overtreding (van de statuten of) van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen. Dit geldt ook voor de commissaris van een (i)vzw of van een stichting vermits artikel 144 van het Wetboek van vennootschappen van overeenkomstige toepassing is op (i)vzw's en stichtingen die een commissaris hebben benoemd.⁶⁵

63 N. KESZEI, « Les avocats ne veulent pas dénoncer leurs clients », *L'Echo*, 22 novembre 2018, p. 7.

64 Commission des Finances et du Budget du mercredi 28 novembre 2018, Compte rendu intégral, CRIV 54 COM 1003, p. 3.

65 Art. 17, § 7, 37, § 7 et 53, § 6 de la loi du 27 juin 1921.

63 N. KESZEI, « Les avocats ne veulent pas dénoncer leurs clients », *L'Echo*, 22 novembre 2018, p. 7.

64 Commissie voor de Financiën en de Begroting van woensdag 28 november 2018, Integraal Verslag, CRIV 54 COM 1003, p. 3.

65 Art. 17, § 7, 37, § 7 en 53, § 6 Wet 27 juni 1921.

Dès lors que les articles 14/1 du Code des sociétés et 58/11 de la loi du 27 juin 1921 imposent aux sociétés et aux A(I)SBL et fondations l'obligation de recueillir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur qui sont leurs bénéficiaires effectifs, de les transmettre au registre UBO et de les communiquer aux entités assujetties à la loi lorsque celles-ci prennent des mesures de vigilance à l'égard de la clientèle, la question se pose de savoir si l'infraction à tout ou partie de l'un ou l'autre de ces articles doit être reprise par le commissaire dans la seconde partie de son rapport. Cette question en appelle nécessairement une autre, à savoir l'étendue du contrôle effectué par le commissaire au regard des articles 14/1 du Code des sociétés et 58/11 de la loi du 27 juin 1921. Par exemple, dans quelle mesure le commissaire doit-il vérifier que les informations que la société contrôlée a recueillies et conservées sur ses bénéficiaires effectifs sont exactes, adéquates et actuelles ?

Cette problématique est actuellement analysée au sein de l'Institut des réviseurs d'entreprises et devrait faire l'objet d'un avis très prochainement.

Les nouveautés apportées par la cinquième directive anti-blanchiment

La directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, plus communément appelée « la cinquième directive anti-blanchiment »,⁶⁶ a été publiée au

⁶⁶ La cinquième directive anti-blanchiment modifie donc la quatrième directive anti-blanchiment. Autrement dit, le texte de référence reste la quatrième directive anti-blanchiment, telle que modifiée par la cinquième directive.

Aangezien de artikelen 14/1 van het Wetboek van vennootschappen en 58/11 van de wet van 27 juni 1921 vennootschappen, (i)vzw's en stichtingen verplichten om toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun uiteindelijke begünstigden zijn, in te winnen en bij te houden, alsook over te maken aan het UBO-register en te melden aan de in de wet bedoelde onderworpen entiteiten wanneer deze entiteiten cliëntonderzoeksmaatregelen toepassen, rijst de vraag of de inbreuk op het geheel of een deel van een van deze artikelen door de commissaris in het tweede deel van zijn verslag dient te worden opgenomen. Deze vraag leidt noodzakelijkerwijze tot een andere vraag, namelijk die met betrekking tot de reikwijdte van de controle uitgevoerd door de commissaris in het licht van de artikelen 14/1 van het Wetboek van vennootschappen en 58/11 van de wet van 27 juni 1921. Bijvoorbeeld, in welke mate moet de commissaris nagaan of de informatie die de gecontroleerde vennootschap over haar uiteindelijke begünstigden heeft ingewonnen en bijgehouden, accuraat, toereikend en actueel is?

Deze problematiek wordt momenteel binnen het Instituut van de Bedrijfsrevisoren onderzocht en zou zeer binnenkort het voorwerp moeten uitmaken van een advies.

Nieuwigheden ingevoerd door de vijfde antiwitwasrichtlijn

Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU, de zogenaamde "vijfde antiwitwasrichtlijn",⁶⁶ werd bekendgemaakt in het Publicatieblad

⁶⁶ De vijfde antiwitwasrichtlijn wijzigt dus de vierde antiwitwasrichtlijn. Met andere woorden, de vierde antiwitwasrichtlijn, zoals gewijzigd door de vijfde richtlijn, blijft gelden als referentietekst.

Journal Officiel de l'UE le 19 juin 2018. Cette nouvelle directive apporte entre autres quelques précisions et changements au regard du registre des bénéficiaires effectifs. Nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner ci-dessus, les Etats membres ont jusqu'au 10 janvier 2020 pour transposer le contenu de cette directive dans leurs droits nationaux respectifs.⁶⁷

Une fois n'est pas coutume, la Belgique a pris une légère avance sur la transposition de la cinquième directive anti-blanchiment puisque l'AR du 30 juillet 2018 en transpose déjà une (petite) partie. Ainsi par exemple, l'article 19, § 1^{er} de l'AR du 30 juillet 2018, qui introduit l'obligation de notification à l'Administration de la Trésorerie de toute différence entre les informations détenues et celles reprises, transpose en droit belge l'article 1^{er}, 15), b) de la cinquième directive européenne.

La plupart des dispositions de la cinquième directive anti-blanchiment relatives au registre UBO n'ont toutefois pas encore été transposées. Nous relèverons ici certaines d'entre elles sans toutefois être exhaustif.

Nous avons ainsi déjà mentionné l'obligation pour les entités assujetties, lorsqu'elles nouent une nouvelle relation d'affaires avec une société ou une autre entité juridique pour laquelle des informations sur les bénéficiaires effectifs doivent être enregistrées, de recueillir la preuve de l'enregistrement ou un extrait du registre.⁶⁸

La cinquième directive anti-blanchiment dispose par ailleurs que les États membres veillent à ce que les informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire soient accessibles dans tous les cas à tout membre du grand

van de Europese Unie van 19 juni 2018. Deze nieuwe richtlijn heeft onder andere een aantal verduidelijkingen en wijzigingen met betrekking tot het register van de uiteindelijke begunstigden aangebracht. Zoals hierboven reeds vermeld, hebben de lidstaten tot 10 januari 2020 de tijd om de inhoud van deze richtlijn om te zetten in nationaal recht.⁶⁷

Voor de verandering heeft België een lichte voorsprong genomen op de omzetting van de vijfde antiwitwasrichtlijn aangezien het KB van 30 juli 2018 hier reeds een (klein) deel van omzet. Zo is bijvoorbeeld artikel 19, § 1 van het KB van 30 juli 2018, dat de verplichting invoert om elk verschil tussen de in het bezit zijnde informatie en de in het register opgenomen informatie te melden aan de Administratie van de Thesaurie, een omzetting in Belgisch recht van artikel 1, 15), b) van de vijfde Europese richtlijn.

De meeste bepalingen van de vijfde antiwitwasrichtlijn met betrekking tot het UBO-register werden echter nog niet omgezet. Hierna volgen een aantal niet-limitatieve bepalingen.

Zo hebben we reeds vermeld dat de meldingsplichtige entiteiten bij het aangaan van een nieuwe zakelijke relatie met een vennootschap of andere juridische entiteit waarvan informatie over de uiteindelijke begunstigden moet worden geregistreerd, een bewijs van registratie of een uittreksel uit het register moeten verzamelen.⁶⁸

Verder bepaalt de vijfde antiwitwasrichtlijn dat de lidstaten ervoor zorgen dat de informatie over de uiteindelijke begunstigden van de binnen hun grondgebied opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten in alle gevallen toegankelijk is voor elk lid van de bevolking.⁶⁹

67 Art. 4 richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn).

68 Artikel 14, lid 1 van richtlijn 2015/849 (vierde antiwitwasrichtlijn), zoals gewijzigd door artikel 1, 9) van richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn).

69 Artikel 30, § 1 en 5 van richtlijn 2015/849 (vierde antiwitwasrichtlijn), zoals gewijzigd door artikel 1, 15) a) en (c) van richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn).

67 Art. 4 de la directive 2018/843 (dite la 5^e directive anti-blanchiment).

68 Article 14, § 1^{er} de la directive 2015/849 (dite la 4^e directive anti-blanchiment), tel que modifié par l'article 1^{er}, 9) de la directive 2018/843 (dite la 5^e directive anti-blanchiment).

public.⁶⁹ Aujourd’hui, l’AR du 30 juillet 2018 ne rend le registre UBO accessible au grand public qu’au regard des informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés⁷⁰ (voy. *supra*). À la lecture de l’article 1^{er}, 15), de la cinquième directive anti-blanchiment, nous pouvons donc conclure qu’au 10 janvier 2020 au plus tard, le registre UBO devra également être accessible aux membres du grand public pour les informations qu’il contient sur les bénéficiaires effectifs des A(I)SBL et fondations.^{71 72}

Enfin, la cinquième directive anti-blanchiment créée dans le chef des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques l’obligation de communiquer à ces entités toutes les informations nécessaires.⁷³ Aujourd’hui, les sociétés A(I)SBL et fondations doivent recueillir et conserver des informations exactes, adéquates et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs, et communiquer ces informations au registre UBO. Assurément, remplir cette obligation peut s’avérer difficile. C’est pourquoi, afin d’aider ces redevables d’information à exécuter leurs obligations, la cinquième directive anti-blanchiment exige de leurs bénéficiaires effectifs qu’ils leur communiquent activement leurs informations. La directive précise que les Etats membres doivent instaurer des mesures et sanctions effectives et proportionnées à appliquer en cas de non-respect.

⁶⁹ Article 30, §§ 1^{er} et 5 de la directive 2015/849 (dite la 4^e directive anti-blanchiment), tel que modifié par l’article 1, 15 a) et c) de la directive 2018/843 (dite la 5^e directive anti-blanchiment).

⁷⁰ Art. 6 et 7 de l’AR du 30 juillet 2018.

⁷¹ Il sera toutefois toujours possible de limiter l’accès du grand public en excluant certaines informations puisque l’article 1^{er}, 15, c) de la cinquième directive précise que les membres du grand public « sont autorisés à avoir accès, au moins, au nom, au mois et à l’année de naissance, au pays de résidence et à la nationalité du bénéficiaire effectif, ainsi qu’à la nature et à l’étendue des intérêts effectifs détenus. »

⁷² L’accès au grand public n’est pas étendu aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs des trusts, fiducies et constructions juridiques similaires (art. 31, § 4 de la directive 2015/849, (dite la 4^e directive anti-blanchiment), tel que modifié par l’article 1, 16) d) de la directive 2018/843 dite la 5^e directive anti-blanchiment.

⁷³ Art. 30, § 1^{er}, al. 3 de la directive 2015/849 (dite la 4^e directive anti-blanchiment), tel que modifié par l’article 1^{er}, 15), a), ii) de la directive 2018/843 (dite la 5^e directive anti-blanchiment).

Momenteel is, overeenkomstig het KB van 30 juli 2018, het UBO-register enkel toegankelijk voor elke burger in het kader van de informatie over de uiteindelijke begunstigden van de vennootschappen⁷⁰ (zie *supra*). Uit artikel 1, 15) van de vijfde antiwitwasrichtlijn kan dus worden geconcludeerd dat uiterlijk op 10 januari 2020 burgers ook toegang zullen moeten hebben tot het UBO-register voor de hierin opgenomen informatie over de uiteindelijke begunstigden van de (i)vzw’s en stichtingen.^{71 72}

Tot slot legt de vijfde antiwitwasrichtlijn aan de uiteindelijkebegunstigdenvanvennootschappen en andere juridische entiteiten de verplichting op om aan deze entiteiten alle nodige informatie te verstrekken.⁷³ Momenteel moeten de vennootschappen en de (i)vzw’s en stichtingen accurate, toereikende en actuele informatie over hun uiteindelijke begunstigden inwinnen en bijhouden en deze meedelen aan het UBO-register. Het kan ongetwijfeld moeilijk zijn om aan deze verplichting te voldoen. Het is om die reden, teneinde deze informatieplichtigen te helpen om hun verplichtingen uit te voeren, dat de vijfde antiwitwasrichtlijn hun uiteindelijke begunstigden verplicht om hen hun informatie actief mee te delen. De richtlijn verduidelijkt dat de lidstaten doeltreffende en evenredige maatregelen en sancties moeten treffen die dienen te worden toegepast in geval van niet-naleving.

⁷⁰ Art. 6 en 7 KB 30 juli 2018.

⁷¹ Het zal evenwel altijd mogelijk zijn om de toegang van de burgers te beperken door het uitsluiten van bepaalde informatie aangezien artikel 1, 15, c) van de vijfde richtlijn verduidelijkt dat de burgers toegang krijgen “tot ten minste de naam, de geboortemaand en het geboortejaar, de woonstaat en de nationaliteit van de uiteindelijk begunstigde, alsmede tot de aard en omvang van het door de uiteindelijk begunstigde gehouden economische belang.”.

⁷² De toegang voor de burgers is niet uitgebreid tot de informatie over de uiteindelijke begunstigden van de trusts, fiducieën en soortgelijke juridische constructies (artikel 31, lid 4 van richtlijn 2015/849 (vierde antiwitwasrichtlijn), zoals gewijzigd door artikel 1, 16) d) van richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn)).

⁷³ Artikel 30, lid 1, derde alinea van richtlijn 2015/849 (vierde antiwitwasrichtlijn), zoals gewijzigd door artikel 1, 15), a), ii) van richtlijn 2018/843 (vijfde antiwitwasrichtlijn).

Le « registre UBO » : un dispositif qui soulève des questions

Le registre UBO soulève indéniablement des questions, non seulement au regard de son objectif et des modalités de son fonctionnement mais également au regard des différentes obligations qui l'accompagnent.

Une première question qui se pose est celle de l'articulation entre la législation relative au registre UBO, qui requiert la communication d'un certain nombre d'informations à caractère personnel ayant vocation à être largement consultables et consultées, avec le dispositif de protection de la vie privée aujourd'hui mené par le Règlement général de protection des données à caractère personnel (RGPD).⁷⁴ Nous ne nous attarderons pas sur ce point dès lors que cela nécessiterait des développements qui dépasseraient l'objet de la présente contribution. Nous nous contenterons ici de relever qu'à tout le moins, l'AR du 30 juillet renferme des dispositions assurant aux bénéficiaires effectifs un certain nombre de droits relatifs au traitement de leurs données à caractère personnel⁷⁵ (voy. *supra*), là où la loi du 18 septembre 2017 semble plus stricte.⁷⁶ Ce qui est certain, c'est qu'il existe aujourd'hui une réelle tension entre d'une part la réglementation relative au registre UBO et plus largement celle relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, lesquelles reposent sur des principes et obligations nécessitant la récolte d'un grand nombre d'informations dont certaines relèvent de la vie privée, et d'autre part la tendance qui s'observe aujourd'hui à vouloir protéger autant que possible les données à caractère personnel. Avec pour conséquence que certains effets recherchés par une législation se retrouvent neutralisés par une autre. C'est

⁷⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁷⁵ Art. 20 à 23 de l'AR du 30 juillet 2018.

⁷⁶ Art. 60 et s. de la loi du 18 septembre 2017.

Het “UBO-register”: vragen en kritiek

Het UBO-register roept onmiskenbaar een aantal vragen op, niet alleen ten aanzien van het doel en de werkingsmodaliteiten ervan, maar ook ten aanzien van de diverse daarmee gepaard gaande verplichtingen.

De eerste vraag die rijst, is die naar het verband tussen de wetgeving inzake het UBO-register – opgrondwaarvaneen aantal persoonsgegevens moeten worden meegedeeld die bedoeld zijn om op grote schaal toegankelijk te zijn en te worden geraadpleegd – en de regeling ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zijnde hoofdzakelijk de Algemene Verordening Gegevensbescherming (GDPR).⁷⁴ Op deze aangelegenheid zal niet verder wordeningegaan, aangezien dit toelichtingen zou vereisen die verdergaan dan het voorwerp van dit artikel. In dit verband willen we enkel opmerken dat het KB van 30 juli 2018 in ieder geval bepalingen bevat die de uiteindelijke begunstigden een aantal rechten waarborgen met betrekking tot de verwerking van hun persoonsgegevens⁷⁵ (zie *supra*), daar waar de wet van 18 september 2017 strenger lijkt te zijn.⁷⁶ Het staat vast dat er een echt spanningsveld bestaat tussen enerzijds de regelgeving inzake het UBO-register en meer in het algemeen de regelgeving inzake de strijd tegen het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, die beiden zijn gebaseerd op principes en verplichtingen waarvoor veel gegevens dienen te worden verzameld, waarvan sommige vallen onder de privacy, en anderzijds de huidige trend om persoonsgegevens zoveel mogelijk te beschermen. Dit heeft tot gevolg dat bepaalde door een specifieke wetgeving beoogde gevolgen worden geneutraliseerd door een andere wetgeving. Dit is bijvoorbeeld

⁷⁴ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG.

⁷⁵ Art. 20 tot 23 KB 30 juli 2018.

⁷⁶ Art. 60 e.v. Wet 18 september 2017.

le cas par exemple de l'article 2:53 du projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations, qui prévoit la possibilité pour les administrateurs des sociétés et des associations et fondations d'élire domicile au siège statutaire de la personne morale pour toutes les questions qui concernent l'exercice de leurs mandats.⁷⁷ L'objectif de cette faculté est clair : permettre aux administrateurs de ne plus révéler leur adresse privée. Pourtant, cet objectif est mis à mal par le registre UBO puisque celui-ci reprend en tout cas l'adresse des administrateurs des A(I)SBL et des fondations dès lors que la loi du 18 septembre 2017 les qualifie de bénéficiaires effectifs.⁷⁸

Plus d'une question peuvent également se poser au moment de l'identification des bénéficiaires effectifs. Ainsi par exemple, qu'en est-il lorsque plus de 25 % des actions d'une société font l'objet d'un droit de propriété démembré ? Lequel du nu-propriétaire ou de l'usufruitier faut-il considérer comme le bénéficiaire effectif ? Faut-il tous les deux les qualifier comme tels ? Une autre problématique que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner est l'absence de définition de la notion de « participation suffisante » dans les droits de vote ou dans le capital, ce qui ne facilite pas l'appréciation de ce critère pourtant nécessaire à l'identification des bénéficiaires effectifs d'une société.

Enfin, la capacité même de ce registre des bénéficiaires effectifs à remplir l'objectif qui est le sien n'est pas sans éveiller quelques critiques. Certains à commencer par la Commission de la protection de la vie privée, s'interrogent sur l'intérêt à rendre certaines de ses informations accessibles au grand public.⁷⁹ L'effectivité

hetgeval voor artikel 2:53 van het wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, dat bepaalt dat bestuurders van vennootschappen en van verenigingen en stichtingen keuze kunnen doen van woonplaats op de statutaire zetel van de rechtspersoon, voor alle materies die aan de uitoefening van hun mandaten raken.⁷⁷ Het doel van deze optie is duidelijk: de bestuurders de mogelijkheid bieden om hun privéadres niet langer bekend te maken. Deze doelstelling wordt echter ondermijnd door het UBO-register aangezien dit register in elk geval het adres van de bestuurders van (I)vzw's en stichtingen bevat en de wet van 18 september 2017 hen als uiteindelijke begünstigden beschouwt.⁷⁸

Er kunnen ook een aantal vragen rijzen met betrekking tot de identificatie van de uiteindelijke begünstigden. Wat als bijvoorbeeld meer dan 25 % van de aandelen van een vennootschap het voorwerp uitmaken van een gesplitst eigendomsrecht? Wie dient als de uiteindelijke begünstigde te worden beschouwd: de blote eigenaar of de vruchtgebruiker? Moeten beiden als zodanig worden gekwalificeerd? Zoals reeds eerder vermeld, stelt zich verder ook de problematiek van het ontbreken van een definitie van het begrip "toereikend belang" in de stemrechten of in het kapitaal, hetgeen de beoordeling van dit criterium – hoewel noodzakelijk voor de identificatie van de uiteindelijke begünstigden van een vennootschap – niet vergemakkelijkt.

Ten slotte geeft het vermogen van dit register van uiteindelijke begünstigden om zijn beoogd doel te bereiken ook aanleiding tot enige kritiek. Sommigen, te beginnen met de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, stellen zich vragen bij het belang om bepaalde informatie van het register toegankelijk te

⁷⁷ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, 14 novembre 2018, Doc., Ch. 2017-2018, n° 3119/012, p. 50.

⁷⁸ Art. 4, 27^e, c), i) de loi du 18 septembre 2017.

⁷⁹ Commission de la protection de la vie privée, Avis n° 43/2018 du 23 mai 2018 portant sur un arrêté royal relatif aux modalités

⁷⁷ Wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, 14 november 2018, Parl. St., Kamer, 2017-2018, nr. 3119/012, p. 50.

⁷⁸ Art. 4, 27^e, c), i) Wet 18 september 2017.

même d'un tel registre peut également être, dans une certaine mesure, remise en question puisque son contenu ne repose *in fine* que sur les données que les redevables d'informations obtiennent de leurs bénéficiaires effectifs et qu'ils communiquent ensuite au registre. Certes, les redevables d'informations sont tenus par la loi de procéder à une telle communication, et la loi obligera bientôt les bénéficiaires effectifs des entités juridiques concernées à transmettre leurs informations à ces entités (*voy. supra*). Donc, les bénéficiaires effectifs des entités juridiques concernées seront, sous peine de sanction, obligés de communiquer leurs informations à ces entités qui sont à leur tour obligées, toujours sous peine de sanction, d'enregistrer ces informations auprès du registre UBO, registre que les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 devront très certainement consulter, même si elles n'y sont pas légalement tenues, pour remplir leurs obligations d'identification et de vérification de l'identité des bénéficiaires effectifs de leurs clients, et ce moyennant des frais de consultation. Nous avons donc à la disposition des entités assujetties un registre payant, qu'il est difficile de ne pas consulter, et qui ne sera peut-être pas tout à fait à jour. C'est en effet bien connu : plus une information voyage, plus nombreux sont les relais de cette information, et plus grand est le risque qu'à l'arrivée, elle ne soit déjà plus tout à fait exacte. Certes, les redevables d'informations sont soumis à une obligation de mise à jour, mais avec les limites qu'une telle obligation connaît nécessairement.

La question qui se pose est donc la suivante : pourquoi ne pas se contenter de l'obligation qui pèse déjà sur les redevables d'informations de communiquer les données relatives à leurs bénéficiaires effectifs directement aux entités

de fonctionnement du registre des bénéficiaires effectifs (CO-A-2018-031).

maken voor de burgers.⁷⁹ De effectiviteit zelf van een dergelijk register kan, tot op zekere hoogte, ook in twijfel worden getrokken omdat de inhoud ervan uiteindelijk enkel gebaseerd is op de gegevens die de informatieplichtigen verkrijgen van hun uiteindelijke begünstigden en vervolgens meedelen aan het register. De informatieplichtigen zijn weliswaar bij wet verplicht tot dergelijke mededeling en binnenkort zullen de uiteindelijke begünstigden van de betrokken juridische entiteiten ook wettelijk verplicht zijn om hun informatie aan deze entiteiten door te melden (zie *supra*). De uiteindelijke begünstigden van de betrokken juridische entiteiten zullen dus, op straffe van sancties, hun informatie moeten meedelen aan deze entiteiten die op hun beurt, steeds op straffe van sancties, deze informatie moeten registreren in het UBO-register. De onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 zullen, tegen betaling van een vergoeding, dit register ongetwijfeld dienen te raadplegen – ook al zijn zij hiertoe niet wettelijk verplicht – teneinde te voldoen aan hun verplichtingen inzake identificatie en verificatie van de identiteit van de uiteindelijke begünstigden van hun cliënten. De onderworpen entiteiten beschikken dus, mits betaling van een administratieve kost, over een register, dat ze niet anders kunnen dan raadplegen en dat misschien niet volledig bijgewerkt zal zijn. Het is immers welbekend dat hoe meer een informatie wordt verspreid, hoe meer informatieoverbrengers er zijn en hoe groter het risico dat deze informatie bij ontvangst niet meer volledig accuraat is. De informatieplichtigen zijn weliswaar onderworpen aan een bijwerkingsverplichting, maar binnen de onvermijdelijke grenzen van dergelijke verplichting.

Derhalve rijst de vraag waarom geen genoegen wordt genomen met de reeds bestaande verplichting van de informatieplichtigen om de gegevens over hun uiteindelijke begünstigden

⁷⁹ Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, Advies 43/2018 van 23 mei 2018 inzake een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de werkingsmodaliteiten van het register van de uiteindelijke begünstigden (CO-A-2018-031).

assujetties ? Pour ces dernières, la plus-value d'une consultation du registre est en effet discutable puisqu'elles y retrouveront, en principe, exactement les mêmes informations que celles qu'elles ont obtenues de leur client dès lors que la source de l'information est exactement la même, à savoir le client/redevable d'informations. En ce qu'il est déjà consultable par plusieurs catégories de personnes et sera bientôt (presque) totalement accessible au grand public,⁸⁰ le registre UBO participe sans aucun doute à une plus grande transparence des structures de propriété des entités tenues d'enregistrer leurs bénéficiaires effectifs. Dans l'objectif, *in fine*, de lutter plus efficacement contre le blanchiment d'argent ? Nous avons nos doutes, en tout cas si la réalisation de cet objectif passe par la possibilité pour les entités assujetties à la loi du 18 septembre 2017 de consulter le registre UBO afin de remplir leurs obligations de vigilance à l'égard de leur clientèle, puisqu'une telle consultation ne nous semble pas être des plus efficientes. Ce qui est par contre certain, c'est qu'un tel registre pourrait être utilisé à des fins quelque peu détournées de l'objectif premier de lutte contre le blanchiment d'argent.

S'il est vrai que les travaux parlementaires de la loi du 18 septembre 2017 précisent que « *Le fait que le Registre UBO est localisé au sein du SPF Finances ne peut être interprété comme se trouvant au sein des services fiscaux* »⁸¹ et que « *Les services fiscaux pourront uniquement consulter le Registre UBO dans le cadre de cette loi aux fins de la loi, notamment pour la prévention du blanchiment d'argent et la lutte contre le financement du terrorisme.* »,⁸² il ne faut pas oublier que la possibilité de lever

rechtstreeks mee te delen aan de onderworpen entiteiten. Voor de onderworpen entiteiten is de toegevoegde waarde van een raadpleging van het register immers twijfelachtig aangezien de hierin opgenomen informatie in principe exact dezelfde informatie is als degene verkregen van hun cliëntaangezien het dezelfde informatiebron betreft, namelijk de cliënt/informatieplichtige. Omdat het al door verschillende categorieën van personen kan worden geraadpleegd en binnenkort (bijna) volledig toegankelijk zal zijn voor de burgers,⁸⁰ draagt het UBO-register ongetwijfeld bij tot een grotere transparantie van de eigendomsstructuren van de entiteiten die hun uiteindelijke begunstigden moeten registreren. Met als doel om zo uiteindelijk op een efficiëntere manier het witwassen van geld te bestrijden? Wij hebben hierbij onze twijfels, in ieder geval als het bereiken van dit doel gepaard gaat met de mogelijkheid voor de onderworpen entiteiten bedoeld in de wet van 18 september 2017 om het UBO-register te raadplegen teneinde hun waakzaamheidsverplichtingen ten aanzien van hun cliënten na te komen, aangezien dergelijke raadpleging ons niet heel efficiënt lijkt te zijn. Het staat echter vast dat een dergelijk register zou kunnen worden gebruikt voor enigszins andere doeleinden dan het hoofddoel van bestrijding van witwassen van geld.

Hoewel de parlementaire werkzaamheden van de wet van 18 september 2017 het volgende verduidelijken: "Het feit dat het UBO-register zich binnen de FOD Financiën bevindt, kan niet geïnterpreteerd worden als zijnde ingebied binnen de fiscale diensten"⁸¹ en "De fiscale diensten zullen in het kader van deze wet het UBO-register enkel kunnen raadplegen voor de doeleinden van deze wet, namelijk het voorkomen van witwassen van geld en de strijd tegen de financiering van terrorisme.",⁸² dient

⁸⁰ Il convient de rappeler que certaines informations peuvent être rendues inaccessibles pour le grand public (voy. *supra*, notes 72 et 73).

⁸¹ Projet de loi relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces, Exposé des motifs, Doc., Ch. 2016-2017, n° 2566/001, p. 214.

⁸² *Idem.*

⁸⁰ Er dient in herinnering te worden gebracht dat bepaalde informatie ontoegankelijk kan worden gemaakt voor de burgers (zie *supra*, voethnoten 72 en 73).

⁸¹ Wetsontwerp tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten, Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2566/001, p. 214.

⁸² *Idem.*

cette restriction a fait l'objet de discussions lors de la préparation de la loi-programme du 25 décembre 2017 (*MB*, 29 décembre 2017) et que l'avant-projet de cette loi-programme permettait initialement au fisc de consulter le registre UBO afin de s'assurer que l'impôt dû par un contribuable déterminé était justement perçu.⁸³ Cette possibilité a certes été finalement abandonnée au cours des travaux parlementaires, et ne se retrouve donc plus dans la loi-programme du 25 décembre 2017, mais la question pourrait à nouveau faire l'objet de débats. Une fois que le registre UBO sera bien en place et bien fourni, on ne sera qu'à une décision du législateur de voir un tel « cadastre » autrement exploité.

Conclusion

Le registre des bénéficiaires effectifs constitue sans aucun doute une grande nouveauté dans le paysage législatif belge et européen de la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

L'arrêté royal du 30 juillet 2018, longtemps attendu, a permis de mieux définir les contours de ce nouvel outil et de le rendre fonctionnel.

Le registre UBO est pourtant loin de faire l'unanimité. Les obligations relatives aux bénéficiaires effectifs et au registre que la loi et l'arrêté royal font peser sur les redevables d'information sont perçues par beaucoup d'entre eux comme administrativement lourdes. Enregistrer ses bénéficiaires effectifs semble par ailleurs constituer un exercice fastidieux nécessitant certaines informations qui ne sont pourtant requises par aucun texte légal. Plus largement, le registre UBO soulève aujourd'hui

niet uit het oog te worden verloren dat de mogelijke opheffing van deze beperking werd besproken in het kader van de voorbereiding van de programmawet van 25 décembre 2017 (*BS* 29 décembre 2017) en dat de fiscus aanvankelijk op grond van het voorontwerp van deze programmawet het UBO-register mocht raadplegen teneinde zich te vergewissen van de juiste heffing van de door een bepaalde belastingplichtige verschuldigde belasting.⁸³ Tijdens de parlementaire werkzaamheden werd uiteindelijk afgezien van deze mogelijkheid die dus niet werd opgenomen in de programmawet van 25 décembre 2017, maar de kwestie zou opnieuw het voorwerp kunnen uitmaken van debatten. Na de degelijke implementatie en optimalisatie van het UBO-register is het enkel nog wachten op een beslissing van de wetgever om een dergelijk "kadaster" anderszins te exploiteren.

Conclusie

Het register van de uiteindelijke begunstigden is ongetwijfeld een grote nieuwheid in het Belgisch en Europees wetgevend kader tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

Het lang verwacht koninklijk besluit van 30 juli 2018 heeft het mogelijk gemaakt om de reikwijdte van deze nieuwe tool nader te omschrijven en deze operationeel te maken.

Het UBO-register blijft echter omstreden. De door de wet en het koninklijk besluit aan de informatieplichtigen opgelegde verplichtingen met betrekking tot de uiteindelijke begunstigden en het register worden door velen van hen waargenomen als administratief belastend. Bovendien lijkt het registreren van de uiteindelijke begunstigden een vervelende oefening te zijn die bepaalde informatie vereist waarvoor nochtans geen wettelijke grondslag bestaat. Meer in het algemeen roept het

⁸³ Projet de loi-programme, Avant-projet de loi, Doc., Ch. 2016-2017, n° 2746/001, p. 135.

⁸³ Ontwerp van programmawet, Voorontwerp van wet, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 2746/001, p. 135.

plusieurs questions dont les réponses ne sont pas toujours évidentes.

La cinquième directive anti-blanchiment, une fois entièrement transposée en droit belge, entraînera nécessairement quelques ajustements et adaptations. Certaines des nouveautés qu'elle apporte, comme l'obligation positive dans le chef des bénéficiaires effectifs des entités juridiques de transmettre leurs informations à ces entités, ont pour objectif de contribuer à une plus grande effectivité et efficacité du registre. En théorie. En pratique, assurer le respect d'une telle obligation, même en présence de sanctions, ne sera sans doute pas si simple.

En fait, la question de la mise « en pratique » se pose aujourd'hui pour l'ensemble du système « registre UBO », qui n'est encore qu'à ses balbutiements à l'heure où ces lignes sont écrites. Nous attendons de voir.

D'ici là, une chose est certaine : le registre UBO n'a pas fini de faire parler de lui.

Summary

The royal decree on the operating procedures of the UBO register entered into force on the 31st of October 2018. Yet, the legal entities required to give information, namely corporates set up in Belgium, (international) non-profit associations and foundations, trusts, *fiduciaries* and legal entities like trusts and *fiduciaries*, were given some extra time to communicate their UBO's data to the register for the first time. The deadline is now set for the 30th of March 2019.

This long-awaited royal decree completes the creation of the UBO register, which is required by the law of 18 September 2017 on the prevention of money laundering and terrorist financing and on the restriction of the use of cash. This new piece of legislation specifies the way in which the legal entities that are required to give information must

UBO-register nu vele vragen op waarvan de antwoorden niet altijd voor de hand liggen.

Na de volledige omzetting in Belgisch recht van de vijfde antivitwasrichtlijn zullen een aantal bijstellingen en aanpassingen noodzakelijk zijn. Een aantal door deze richtlijn ingevoerde nieuwigheden, zoals de positieve verplichting opgelegd aan de uiteindelijke begunstigden van juridische entiteiten om hun informatie aan deze entiteiten door te melden, moeten bijdragen tot een grotere effectiviteit en doeltreffendheid van het register. In theorie. In de praktijk zal het waarborgen van de naleving van een dergelijke verplichting – zelfs wanneer er sancties zijn opgelegd – waarschijnlijk niet zo eenvoudig zijn.

In feite stelt de kwestie van de praktische toepassing zich momenteel voor het "UBO-systeem" als geheel, dat op het ogenblik van de redactie van dit artikel nog in de kinderschoenen staat. Laten we wachten en zien wat er gebeurt.

Ondertussen staat het als een paal boven water dat er over het UBO-register nog veel inkt zal vloeien.

communicate their UBO's information as well as the content of this information, among others.

Far from being unanimously welcomed, the UBO register and the royal decree setting the operating procedures raise questions and call for criticism. Article 19 of the royal decree is currently disputed before the Council of State; the plaintiff has requested its suspension and annulment. The consequences flowing from the existence of such a register as well as from the obligations that come along are far from being insignificant for the registered auditors and raise questions with no obvious answers.

The Fifth Anti-Money Laundering Directive, which must be implemented by Member States by 10 January 2020, will imply some adjustments and novelties within the "UBO register" framework.

WHAT ACCOUNTANTS AND AUDITORS NEED TO KNOW ABOUT THE ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE

PATRICE DELACROIX

PwC Tax Partner and Maître de Conférence en droit fiscal at the Faculty Solvay Brussels School of Economics and Management¹



On 7 July 2016, the European Council adopted the Anti-Tax Avoidance Directive ("ATAD"). The ATAD was the response of the European Union ("EU") to several of the Base Erosion and Profit Shifting ("BEPS") actions.

BEPS is an initiative led by the Organisation for Economic Cooperation and Development ("OECD"). The OECD's Action Plan on BEPS was published in July 2013 with as its ultimate goal to address perceived flaws in international tax rules.

The first draft of the ATAD was released shortly after the final BEPS reports were published as part of a larger package of anti-avoidance measures. The ATAD offers a response to three out of fifteen BEPS actions, being: interest deduction limitation, controlled foreign corporations, and anti-hybrid rules. In addition, the ATAD provides for two more anti-abuse measures, being the exit taxation rule and the general anti-abuse rule ("GAAR").

This article intends to provide an easy-to-understand explanation of the anti-avoidance measures set out in the ATAD without describing the highly complex rules in full detail. Our aim

is not to provide an exhaustive overview but merely to give the reader a broad overview of the implementation of the ATAD in Belgian tax law. In addition, it should be kept in mind that the comments from the Belgian tax authorities with respect to the ATAD are very limited at this point in time.

Setting the stage: What is considered 'tax avoidance' in the ATAD, and why is that relevant even for the morally best behaving companies?

Tax avoidance is often linked to aggressive tax planning, i.e. tax avoidance as such is in many cases not illegal, but is rather a term used to express an aggressive exploitation of the applicable tax laws in different countries. In this respect, the question whether an arrangement is to be considered as (too) aggressive is very subjective and complex.

So, if a company successfully planned its taxes in a way that, from a moral perspective, is too smart or too beneficial, that company may be performing what politicians consider tax avoidance, although the business itself may think that it pays exactly what the law says – not more, not less. That type of company will likely be hit by the anti-abuse measures adopted under the ATAD.

¹ I wish to thank Anne May JENSEN and Claire VANRYCKEGHEM for their assistance in the research and in the drafting of this article.

ALTHOUGH THE ANTI-ABUSE MEASURES OF THE ATAD HAVE BEEN ADOPTED WITH THE AIM TO TARGET GROUPS PERFORMING AGGRESSIVE TAX PLANNING, MOST OF THE MEASURES ARE WHAT ARE CALLED 'OBJECTIVE' MEASURES; THE APPLICATION OF THE ANTI-ABUSE MEASURES DOES NOT REQUIRE A COMPANY TO ACTUALLY INTEND TO AVOID PAYING TAXES. IF A TAXPAYER MEETS THE OBJECTIVE CRITERIA FOR THE APPLICABILITY OF ONE OF THE ATAD PROVISIONS, THAT TAXPAYER WILL HAVE AN INCREASED TAX LIABILITY DUE TO THE ATAD

Other companies may have as a policy that they do not engage in aggressive tax planning, and they may thus be sure that they pay their fair share of taxes.

In addition, businesses must keep in mind that the political landscape for corporate taxation has changed dramatically: what may have been considered a "normal" tax arrangement ten years ago is not necessarily a normal or acceptable tax arrangement today. Accordingly, all multinational groups need to consider how the measures set out in the ATAD will affect their business and their effective tax rate.

What are the anti-avoidance measures?

The ATAD includes five anti-avoidance measures regarding:

- interest limitation, i.e. rules limiting the possibility to deduct interest expenses for tax purposes;
- exit taxation, i.e. rules about paying taxes when a taxpayer moves to another country, or when a taxpayer moves e.g. machinery or other assets to another country;
- a general anti-avoidance rule ("GAAR"), i.e. a rule that denies a taxpayer a specific tax advantage if the arrangement that provides the tax advantage is not genuine;
- CFC taxation, i.e. rules about taxing a parent company on certain types of income that its subsidiary has received, although the subsidiary has not distributed the income to the parent company; and
- hybrid mismatches, i.e. rules about when different countries tax payments or companies in different ways, which results in too little tax being paid (e.g. situations of double non-taxation or double deduction of the same expenses). These hybrid mismatches have been further detailed in a second directive (see further, the ATAD II).

These measures should prevent the most common methods of avoiding taxes being used.

The ATAD is a so-called minimum directive, which means that the EU Member States ("MS") are allowed to implement the ATAD in national law by adopting measures that are stricter than the measures proposed in the ATAD. The idea behind ATAD was to harmonise the anti-abuse rules (inspired by the OECD works) within the EU and to avoid having to deal with different rules within the 28 MS.

However, the ATAD includes several options for each measure, and each MS will have to decide whether it will exercise all or some of these options. As an example, the interest limitation rule counts more than ten options ... As a result, harmonisation will be relative, and companies will have to verify in each MS which option has or has not been exercised.

Given the limited number of pages dedicated to this topic in this article, we decided to focus on the most essential measures, being the interest limitation rule, the CFC rule, and the exit taxation rules, which will be, in our view, the most important ones in practice for many businesses.

The reason for this is that, as far as the GAAR is concerned, it has been decided in Belgium (rightfully or not) not to implement it since the Belgian Income Tax Code ("BITC") already includes a general anti-abuse measure. The anti-hybrid rules are highly complex and sophisticated but will most probably not significantly impact Belgian groups in practice.²

Interest limitation rule

A. The 30% EBITDA rule introduced by the ATAD

The interest limitation provisions³ are aimed at preventing companies from (artificially) creating deductible costs in the form of deductible interest expenses (which reduces the company's taxable income to a very low amount), leaving the otherwise successful company with a low taxable income.

In Belgium, the 30% EBITDA rule was implemented in the framework of the general Corporate Tax Reform Act, published on 29 December 2017 in the Belgian official

gazette.⁴ The relevant articles were updated by the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018.⁵ Initially, the entry into force of the 30% EBITDA limitation was scheduled for 2020. However, in the context of the Belgian Government's 'summer' agreement, the entry into force was advanced to 1 January 2019⁶ (in line with the date imposed by the ATAD).

This new rule introduces an important change in terms of anti-abuse measures regarding interest expenses. This is because the current rules in Belgium are based on a company's balance sheet (debt/equity ratio in order to penalise the company that is thin-capitalised or over-indebted through the rejection of the deductibility of part of the interest expense) whereas the new rule adopts a profit & loss approach (based on the company's EBITDA subject to various tax adjustments so as to come to the "fiscal EBITDA").

B. Scope

The 30% EBITDA interest limitation rule in principle applies to all legal persons subject to Belgian corporate income tax as well as to Belgian establishments of foreign companies that are subject to non-resident Belgian corporate income tax. Several types of entities are, however, excluded from the scope of the 30% EBITDA rule, such as regulated investment

⁴ Art. 34, 35, 38 and 40 of the Belgian Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017 (introducing new articles 194sexies-septies, an article 198, § 1, 11°, 11°/1 and 15° and an article 198/1 into the Belgian Income Tax Code ("BITC").

⁵ Art. 25, 26, 28 and 29 of the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018 (updating the above new articles 194sexies-septies, 198, § 1, 15° and 198/1 BITC).

⁶ The entry into force as of 1 January 2019 was decided upon in the framework of the 2018 Summer Agreement. The Bill on tax, anti-fraud, financial and other provisions amends the articles of the Belgian Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017 related to the entry into force of its various provisions, by including the provisions relating to the EBITDA regime in group B1of article 86: "*Entry into force per 1.1.2019 and applicable per assessment year 2020 relating to a taxable period starting at the earliest per 1 January 2019.*" At the moment of publication of this article (end of January 2019), this draft Bill was not yet voted in the Chamber.

² Except maybe the measure with respect to "imported hybrids", which cannot be underestimated but which we will not elaborate on in this article.

³ Art. 4 of the ATAD.

companies (e.g. SICAVs and BEVEKs).⁷ In addition, as provided by the ATAD⁸ and as implemented in Belgian tax law, companies that exclusively engage in public-private partnerships (under certain conditions) as well as 'stand-alone' entities are excluded from the scope.⁹

C. How does the 30% EBITDA rule work?

The 30% EBITDA rule means that "exceeding borrowing costs" are only tax deductible up to the higher of (i) 30% of the taxpayer's fiscal EBITDA and (ii) EUR 3 million.¹⁰

- The exceeding borrowing costs are defined as the difference between (a) all taxable interest income and (b) all interest expenses (both intercompany and third party expenses), in both cases including all taxable income and all expenses "economically equivalent to interest", as defined by the legislator (in this case, by the King of Belgium).¹¹ To date, the relevant Royal Decree in which "economically equivalent income/expenses" are defined has, however, not been published yet. Important to note is that the Belgian legislator will not be free to define this concept since the ATAD itself already gives a very broad definition of "interest expense" that includes guarantee fees, foreign exchange differences on debt instruments, etc. The definition of "exceeding borrowing costs" supposes a "netting" of interest income and expenses, meaning that a company that has more interest income than interest expenses will not be hit by

⁷ New article 198/1, § 6 BITC, as updated by the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018 and D. LEDURE, J.-C. PAUOT and M. VAN DER VELDEN, 'The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist', *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2018, p. 231-235.

⁸ Art. 4, § 3, subpara. 1, (b) of the ATAD.

⁹ New art. 198/1, § 6, 14° BITC, In short, an entity should be considered as a stand-alone entity if three conditions are met: (i) they are not part of a group, (ii) they have no foreign PEs and (iii) they only have (direct or indirect) holding interests of maximum 25% downwards or they have no common shareholder holding more than 25% in each of the relevant companies.

¹⁰ New art. 198/1, § 3, subpara. 1 BITC.

¹¹ New art. 198/1, § 2, subpara. 1 BITC.

this new rule (which is a difference with the current rules).¹²

- The fiscal EBITDA¹³ is determined by adjusting the result of the taxable period as provided in the tax return (i.e. code 1410) by certain tax-technical corrections, as described in the new article 198/1, § 3, subparagraph 2 of the Belgian Income Tax Code ("BITC"). For instance, exempt items such as dividends received benefiting from so-called dividends-received deduction ("régime RDT"/"DBI-aftrek") will reduce the fiscal EBITDA.¹⁴ Take the situation of a pure holding company that only earns as income dividend and capital gains on shares. In this situation, the holding company's fiscal EBITDA will be close to zero so that no interest deduction will in principle be allowed (except if the *de minimis* rule applies or in the case of grandfathered loans – see below). Moreover, even if this was not included in the ATAD, Belgian law states that transactions between Belgian group companies must be excluded from the fiscal EBITDA. We must

¹² Note, however, that the existing thin capitalisation rules (art. 198, 11° BITC) still apply in some cases, for instance in the case of interest payments towards tax havens. For interest payments towards related parties, the thin capitalisation rule will still apply where the grandfathered rule applies. It is also important to mention the fact that article 54 BITC still applies. The deductibility of interest payments towards tax havens will thus remain subject to a burden of proof, which is much more stringent than for 'general' business expenses (i.e. proof of the 'real' and 'genuine' character of the operations, not exceeding 'normal limits'). In addition, article 55 BITC, with respect to the non-deductibility of interest payments that exceed the market level, also remains in place.

¹³ There is no definition as such provided in the ATAD or by Belgian legislation implementing the ATAD for the notion 'fiscal EBITDA'. The starting point to determine the fiscal EBITDA is the taxable result after the first operation and hence includes the increase in taxable reserves, the disallowed expenses and the dividends paid (see art. 74, subpara 1 RD/BITC). Afterwards, a number of tax-technical corrections are made (see further).

¹⁴ These tax-technical corrections are summed up in the new article 198/1, § 3, subpara. 2 BITC, based on which the result of the taxable period first needs to be increased with (i) the tax deductible amortisation, (ii) the tax deductible depreciation and (iii) the tax deductible exceeding borrowing costs. Afterwards, the remaining amount is reduced by (i) the group contribution (amount deducted from the taxable basis in the context of the so-called tax consolidation recently introduced into Belgian tax law), (ii) the current-year dividends-received deduction, (iii) the current-year innovation deduction, (iv) the current-year patent income deduction, (v) exempted treaty income and (vi) profits from public-private cooperation projects.

admit that we do not fully understand this last rule (even if we can understand that, in a purely domestic context, there is normally no base erosion at Belgian level) since it does not stem from the directive and, more importantly, it will add some unnecessary complexity to the computations.

- The EUR 3 million threshold (i.e. the *de minimis* rule) is the maximum threshold under the ATAD. It must (mandatorily) be assessed at group level (i.e. where a

Please

Companies of a Belgian group (in MEUR)	X1	X2	X3	Group
Result of the taxable period (after 1st operation)	80*	60	3	143
+ Tax deductible depreciations	0	0	0	0
+ Tax deductible amortisations	10	0	0	10
+ The tax deductible exceeding borrowing costs	40**	10	2	52
- Group contributions	0	-10	0	0
- Current-year DRD	-30	0	0	-30
- The current-year innovation deduction	0	-20	0	-20
- The current-year patent income deduction	0	0	0	0
- Exempt treaty income	0	0	0	0
- Profits from public-private cooperation project	0	0	0	0
= fiscal EBITDA	100	40	5	155
x 30% = max. net deductible interest (B)	30	12	1,5	46,5
Non deductible interest (A-B) (but can be transferred)	10	-2	0,5	5,5

* Correction: disallowed expenses: +10 = 90

** Correction: exceeding borrowing costs: -10 = 30

- Finally, this new 30% EBITDA rule does not apply to grandfathered loans, i.e. loans concluded before 17 June 2016 and which have not been substantially modified after such date.¹⁶
- In relation to any surplus "exceeding borrowing costs", i.e. exceeding borrowing costs that cannot be deducted in the current taxable period, the ATAD provided three options:
 - a carry-forward and a transfer of the excess borrowing costs to the following taxable period;

domestic company or Belgian establishment is part of a group).¹⁵ A new definition of a "group of companies" was introduced in the BITC, referring to a group of companies that are related as described in article 11 of the Belgian Companies Code, i.e. companies exercising control over another company, a consortium, etc. Further guidance as to how this EUR 3 million threshold is to be determined at group level will be provided in a yet to be published Royal Decree.

(ii) a carry-forward and a carry-back of the excess borrowing costs; or

(iii) a carry-forward of the excess borrowing costs and of unused interest capacity.

Belgium has decided to allow a carry-forward of the surplus without any time limit in the future. This tax deduction was not included in the scope of the so-called basket rule (which limits the deduction of e.g. carry-forward tax losses and carry-forward notional interest deduction¹⁷). In addition, taxpayers that are part of a group can transfer their remaining "deduction capacity" (being their unused fiscal EBITDA, but not their

15 Art. 4, paragraph 3 ATAD I.

16 New art. 198/1, § 2, subpara. 2, 1st indent BITC.

17 As introduced by article 53 of the Belgian Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017.

surplus exceeding borrowing costs) to any other Belgian company or establishment that is part of the same group by means of a so-called interest deduction agreement. It looks like Belgium has implemented a fourth option, close to the third one, allowing a carry-forward of the excess (or surplus of exceeding borrowing costs) and an intra-group transfer of the unused interest capacity (rather than a carry-forward of such unused interest capacity).

Exit taxation

A. The concept of exit taxation introduced by the ATAD

Article 5 of the ATAD has introduced the concept of "exit taxation". In brief, exit taxation implies that, when a taxpayer moves to a different country (transfer of seat) or moves (some of) its assets to a different country (without selling them because the assets remain in the books of the same legal entity), the assets owned by the taxpayer will be considered realised/sold from a tax perspective and may be subject to tax.

These rules are thus aimed at imposing gains on "internal transfers" of assets from a Belgian entity abroad since otherwise Belgium will not have the right later on to tax any capital gains when these assets will effectively be transferred/sold to a third party.

If rules on exit taxation did not exist, a company could try to avoid capital gains taxation by moving assets to another country where the applicable tax rate is lower or where the gain is simply not taxed at all.

In Belgium, exit taxation rules already existed for instance for situations where a company decided to move its seat abroad. In such cases, the company was deemed to be liquidated and capital gains as well as tax-free reserves were

(already) subject to tax.¹⁸ However, the exit taxation rules provided by the ATAD go beyond this specific situation and are much broader. Therefore, in the light of the recent corporate tax reform, the exit taxation rules have been reinforced in Belgian tax law.¹⁹ Indeed, before the ATAD, there was no provision to tax internal transfers of assets from a Belgian head office towards its foreign permanent establishment (the latter of which the profits are exempt on the basis of the relevant double tax treaty).²⁰

B. What specific situations trigger exit taxation?

Article 5, § 1 of the ATAD describes several scenarios for which the MS need to apply the exit taxation. In short for Belgium, it means that the following scenarios have to be considered:

- **a transfer of assets from Belgian HO to foreign PE:** a Belgian company transfers assets from its Belgian head office to its permanent establishment in another MS or in a third country and Belgium can no longer tax the asset after the transfer;
- **a transfer of assets from Belgian PE to foreign HO or foreign PE:** a taxpayer transfers assets from its Belgian permanent establishment back to the head office (scenario 1) or to another permanent establishment in another MS or in a third country (scenario 2), implying that Belgium can no longer tax the asset after the transfer;

¹⁸ Article 214bis BITC provides for an exemption for this exit taxation upon transfer of a seat to a different EU Member State with regard to those components that are continuously used by a Belgian establishment owned by the EU company and which contribute to the taxable results of this establishment.

¹⁹ Articles 16, 19, 61 and 76 of the Belgian Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017 (amending article 184ter, § 2, subpara. 2 and 4 BITC as well as introducing a new article 185/1, article 229, § 5 and article 413/1, § 1, 1°/1 into the BITC). Article 185/1 was updated by article 23 the Act of 30 July 2018 on Various Income Tax Provisions.

²⁰ W. WILLEMS, 'Belgian exit taxation after the corporate income tax reform: what's new on the horizon?', *TBF*, 2018, 5, p. 51.

- **a transfer of seat out of Belgium:** a Belgian company transfers its Belgian tax residence to another MS or to a third country, except for those assets that remain effectively connected with a permanent establishment in Belgium; and
- **a transfer of a Belgian PE:** a company transfers its business carried on by its permanent establishment in Belgium to another MS or a third country in so far as the MS of the permanent establishment (i.e. Belgium) no longer has the right to tax the transferred assets due to the transfer.

For some of the above scenarios, even before the transposition of the ATAD, a Belgian domestic tax law provision was already in place such as taxation upon transfer of tax residence to another State²¹ or transfer of business by a Belgian permanent establishment.²² The remaining scenarios have been introduced into Belgian tax law through article 185/1 BITC (transfers by a Belgian company to a foreign establishment) and article 229, § 5 BITC (transfers from a foreign company to its Belgian establishment).²³

It is interesting to mention here that the Belgian Government did not implement the specific exception provided for by article 5, § 7 of the ATAD, for transfers of assets that are set to revert to the transferor within a twelve-month period.

C. How to pay the exit tax due?

As stated above, in the case of a transfer of for instance an asset, the asset is *considered* to be sold, and taxes are therefore due. However, the fact that the assets are only *considered* to be sold and are not actually sold implies that the taxpayer must pay the exit taxes even though

the taxpayer did not receive any consideration, i.e. the taxpayer may not have any funds to pay the tax.

To address this problem, the ATAD allows the taxpayer to defer the tax payment in equal instalments over a period of five years under certain conditions.²⁴ This right to defer the tax payment only applies, however, if the company or the asset was transferred to a company or an establishment in a MS of the EU or the EEA and provided that such MS of the EEA has entered into an agreement on mutual assistance for the recovery of tax claims with either the taxpayer's State or the EU.

This deferred payment regime for the exit tax was already introduced into Belgian tax law at the end of 2016 by article 413/1 BITC.²⁵

If the taxpayer pays the exit tax in instalments, the ATAD allows MS to charge interest. Under the BITC, the Belgian tax authorities may not charge any interest in the case of a deferred payment, but they may demand a guarantee if there is a genuine risk of non-recovery.

D. Calculation of the exit tax

The exit tax is calculated as if a capital gain has been realised on the relevant asset. The ATAD provides that the considered sales price is equal to the market value of the asset at the time of the transfer.²⁶ It is the MS of the taxpayer, i.e. the MS the assets are being transferred from, that determines such exit value of the asset.²⁷

General anti-abuse rule

The ATAD includes a general anti-abuse rule, commonly referred to as the "GAAR". In a

24 Art. 5, § 2 to 4 of the ATAD.

25 Act of 1 December 2016 regarding fiscal provisions.

26 New art. 184, § 2, subpara. 2 BITC (as applicable from 2019).

27 Art. 5, § 5 of the ATAD and new art. 184, § 2, subpara 5 BITC (as applicable as from 2019).

21 Art. 210, § 1, 4° BITC, based on which a company is deemed to be liquidated for tax purposes upon the transfer of seat.

22 Art. 228, § 2, 3°bis BITC.

23 'Fiscaal jaaroverzicht 2017', Fisc. Koer. 2018, p. 118 et seq.

nutshell, the purpose of the GAAR is to deny a taxpayer a tax advantage if the arrangement that gives rise to the tax advantage is not genuine and is mainly put into place in order to obtain the tax advantage.

The purpose of having a GAAR is – as the name of the provision indicates – to have an anti-abuse provision with a general scope, such that overly advantageous and artificial arrangements that do not fall within the scope of any of the other more specific anti-abuse provisions instead can fall within the scope of the GAAR. However, the fact that the scope is so general also makes it very challenging to say when the provision actually applies.

When analysing whether a situation is within the scope of the ATAD GAAR, one needs to follow three main steps:

- *Is an arrangement or a series of arrangements put into place with the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage?* It is not clear when an arrangement is considered to have been put into place with the main purpose or one of the main purposes of obtaining a tax advantage. However, as obtaining the tax advantage has to be one of the main purposes in order for the GAAR to apply, arrangements should not be covered by the GAAR if there are strong reasons for establishing the tax arrangement other than obtaining the tax advantage. In other words, there should be nothing wrong with having a beneficial tax arrangement as long as there are good business reasons. How to decide whether the business reason is strong enough compared to the tax reason, such that the tax advantage is not considered as one of the main purposes for establishing the arrangement? Again, no one knows how to draw that line, but it is likely that the general EU principle on abuse will have a role to play in interpreting the GAAR and thus finding the limits of the ATAD GAAR.

- *If so, does that tax advantage defeat the object or the purpose of the applicable tax law?* Even if an arrangement has been established with the main purpose or with one of its main purposes to obtain a tax advantage, the arrangement is only within the scope of the GAAR if the advantage defeats the object of the applicable tax law.
- *Is the arrangement not genuine having regard to all relevant facts and circumstances?* According to the GAAR, an arrangement is considered not genuine if the arrangement has not been put into place for valid commercial reasons that reflect economic reality. Recently, the Court of Justice of the EU rendered a judgment where it had to consider whether a holding company had been put into place for valid commercial reasons. It follows from this judgment that there can be a valid commercial reason for having a holding company, although the holding company as such does not perform any business. The Court thus stated that neither the fact that the economic activity of a non-resident holding company consisted in the management of its subsidiaries' assets or the fact that the income of the holding company only resulted from such management can *per se* indicate the existence of a wholly artificial arrangement that does not reflect economic reality.²⁸

As indicated in the introduction, the Belgian legislator has decided not to implement this ATAD GAAR. The Belgian Minister of Finance explained in this respect that the ATAD GAAR is the result of specific case law of the Court of Justice of the EU.²⁹ This same case law is also the basis of the current Belgian domestic anti-abuse provision (art. 344, § 1 BITC, which introduced the concept of "tax abuse" under Belgian tax law a few years ago).³⁰ According

²⁸ Joined cases C-504/16 and C-613/16, Deister Holding AG and Juhler Holding A/S, paragraphs 73.

²⁹ Case C-196/04 Cadbury.

³⁰ Art. 344 BITC.

to the Minister of Finance, there is hence no need to explicitly implement the ATAD GAAR. Although both provisions indeed have many similarities, they do not have exactly the same scope and wording so that, in our view, technical discussions and legal disputes are bound to follow in the coming years.

Controlled foreign company rule (CFC rule)

A. What is CFC taxation and what is the idea behind the rule?

Articles 7 and 8 of the ATAD introduce the CFC rule into EU law. CFC taxation is the taxing of a parent company on a subsidiary's or a permanent establishment's non-distributed income, i.e. the parent company is taxed on income it has not received. The non-distributed income is referred to as "CFC income". The idea behind CFC rules is that a parent company should not be able to avoid taxation by having an income generating asset placed in a subsidiary that is resident in a low tax jurisdiction.³¹

Practically, Belgian companies need to keep in mind the following three steps when completing their corporate income tax returns from assessment 2020 onwards:³²

1. Does the Belgian company have any foreign subsidiaries, which it controls, or have any permanent establishments?
2. If so, are these foreign subsidiaries/ permanent establishments under-taxed (i.e. they are either subject to a corporate income tax that amounts to less than half of (i) the taxes these subsidiaries should have paid if they were Belgian or of (ii) the additional

corporate income tax that would have been due by the Belgian company mentioned in step 1, if its permanent establishment was located in Belgium, or they are not subject to any income tax at all)?

3. Finally, if the answer to the above questions is yes, the Belgian company will need to check whether the profits of its foreign subsidiary/ permanent establishment are generated by assets and risks related to 'key functions'³³ that are performed by the Belgian company itself.

If the answer to the above three questions is yes, the Belgian company will need to add to its own Belgian corporate income tax basis (the relevant part of) the non-distributed income of the foreign subsidiary/permanent establishment, provided that this income arises from "*a non-genuine arrangement which has been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage*".

B. Scope

1. Foreign subsidiaries and permanent establishments

According to the ATAD,³⁴ a MS should treat a subsidiary or a permanent establishment as a CFC entity if the two following conditions are met simultaneously:

1. The taxpayer together with associated enterprises holds either (i) a direct or indirect interest of more than 50% or (ii) the majority of the voting power in a subsidiary, or the taxpayer has the right to receive more than 50% of the profit from the subsidiary.

³¹ The Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017, amended and completed in this respect by the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018, introduced articles 7 and 8 of the ATAD into Belgian tax law through a new article 185/2 BITC.

³² P. DERÉ and G. VAN HULLE, 'Herschudt de Belgische CFC-regel de kaarten?', *Fisc. Act.* 2018/25, p. 8.

³³ Note that there is no specific definition provided by the ATAD or by Belgian legislation implementing the ATAD for the notion 'key functions'. This is however a transfer pricing concept commonly used.

³⁴ Art. 7, § 1 of the ATAD.

2. The actual corporate tax paid on the profit of the subsidiary/permanent establishment is lower than the difference between (i) the corporate tax that would have been imposed on the subsidiary or permanent establishment if it had been subject to tax in the same country as the parent company and (ii) the actual income tax paid by the subsidiary/permanent establishment.

These rules were implemented in Belgian tax law via the new article 185/2, § 2, subparagraph 1 BITC.³⁵ In relation to the second condition and as already described above, step 2, 'lower' means for Belgian income tax purposes that the actual corporate tax paid on the profit of the subsidiary or permanent establishment is **lower than half** of the corporate income tax that would have been due by the subsidiary or permanent establishment if it had been subject to tax in Belgium. In practice, this means that, from 2020, the CFC rule will possibly come into play for subsidiaries or permanent establishments that are subject to a corporate income tax rate of less than 12.5%.

In addition, note that, for permanent establishments, only the second condition has to be met in order for the parent company to be taxed on the permanent establishment's profits.³⁶

2. The 'undistributed foreign profit'

The entity approach vs the transactional approach

As mentioned above, the CFC rule aims to tax in Belgium, at the level of the Belgian shareholder,

any undistributed foreign profit. In this respect, the ATAD left several options 'open' for the MS:³⁷

- MS can either opt for the **entity approach**: certain categories of 'passive' income of the subsidiary such as dividends, royalties and interest are taxed under the CFC rule, without taking into account the activities of the parent company;
- The second option is the **transactional approach**, which focuses on (non-distributed) profit of a foreign company that originates from artificial constructions that have been set up with the essential aim of obtaining a tax advantage.

Belgium opted for the transactional approach, meaning that the undistributed profits of subsidiaries and permanent establishments of Belgian companies are only taxed in Belgium if the 'key functions' related to that profit are located in Belgium. Hence, if no key functions are performed out of Belgium, there will in principle be no question of CFC taxation in Belgium.³⁸

Furthermore, these undistributed profits will only be taxable for the Belgian company if they arise from non-genuine arrangements that have been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage (see below).

Non-genuine arrangements with the essential purpose of obtaining a tax advantage

The transactional approach implies that Belgian parent companies will only be subject to CFC taxation if the subsidiary or permanent establishment has non-distributed income arising from "a non-genuine arrangement which has been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage"³⁹

³⁵ Updated by the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018.

³⁶ Art. 7, § 1, subpara. 2 of the ATAD and art. 185/2, § 3 BITC (as updated by the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018).

³⁷ Art. 7, § 2 of the ATAD and P. DERE and G. VAN HULLE, 'Herschudt de Belgische CFC-regel de kaarten?', *Fisc. Act*, 2018/25, p. 4-11.

³⁸ Art. 185/2, § 1, subpara. 2 and 3 BITC.

³⁹ Art. 185/2, § 1, subpara. 1 and § 3, subpara. 1 BITC.

For the purposes of CFC taxation, an arrangement is considered non-genuine to the extent that the subsidiary or permanent establishment would not own the assets or undertake the risks that generate all or part of the income, if the subsidiary or permanent establishment had not been controlled by a company that performed the significant people functions that are relevant for the assets and risks and which are instrumental in generating the income of the controlled entity.⁴⁰

This provision is inspired by transfer pricing considerations. In a nutshell, it means that, if the subsidiary or permanent establishment depends on significant 'key' functions performed by the employees of the parent company/head office in Belgium in order to generate income on its assets and undertaken risks, there is a significant risk that the arrangement will be considered as not genuine (and hence potentially be subject to CFC taxation at the level of the Belgian parent company/head office).

3. Reporting obligation

In the framework of the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018, a reporting obligation has also been introduced for Belgian companies-taxpayers of which (part of) the profit of a foreign controlled subsidiary or permanent establishment as referred to above is wholly or partially taxed at the level of the latter Belgian company.⁴¹

In this respect, it is also useful to mention the efforts made by the Belgian legislator to avoid double taxation. In particular, an additional dividends-received deduction of 100% has been introduced with regard to the profit distributed by a CFC entity provided that the relevant dividends have already been subject to tax based on the Belgian CFC rules. A similar

⁴⁰ Art. 7, § 2, subpara. 4 of the ATAD and article 185/2, § 4 BITC.

⁴¹ Article 307, § 1/2 BITC (as updated by article 37 of the Various Income Tax Provisions Act of 30 July 2018).

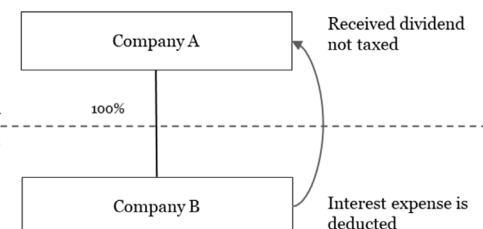
rule to avoid double taxation applies for capital gains realised by the Belgian company on its holding interest in the CFC entity.⁴²

Hybrid mismatches

A. What is a hybrid mismatch?

A hybrid mismatch occurs where two different countries qualify the same income, expenses or legal entities differently, resulting in a different tax treatment. Overall, expenses that are tax deductible will for the recipient of the corresponding income be taxable, i.e. there is a sort of symmetry between the deductible expense and the corresponding taxable income. When talking about hybrid mismatches, it is this symmetry that is often missing.

This is illustrated by the example below, which we saw in our practice in Belgium a few years ago (commonly referred to as "profit participating loans"):



Company A is tax resident in Country A, and owns 100% of the shares in Company B that is tax resident in Country B. Company B pays an amount of money to company A, which in Country B qualifies as a deductible interest expense. In Country A, however, the amount received by Company A qualifies as dividend income, which is tax exempt due to Company A's 100% holding interest in Company B. Accordingly, in this example, the same payment gave rise to a deduction for Company B, without being included in the taxable income of

⁴² New article 202, § 1, 4°-5° BITC.

Company A. Accordingly, the different countries' characterisation of the payment as interest and dividend resulted in a lack of symmetry in the tax treatment, entailing a hybrid mismatch.

The ATAD defines a hybrid mismatch as a situation between a taxpayer in one MS and an associated enterprise in another MS or a structured arrangement between parties in the MS where double deduction or a deduction without inclusion outcome is attributable to differences in the legal characterisation of a financial instrument or entity.⁴³

On the basis of article 9 of the ATAD, to the extent that a hybrid mismatch results in a double deduction outcome, this deduction should only be granted in the MS where the payment has its source. In the case of a deduction without inclusion, the MS of the payer shall deny the deduction of such payment.

Hybrid mismatches come in a variety of combinations and it is thus a highly complex topic. The rules on hybrid mismatches as set out in the version of the ATAD that is the subject matter of this article are merely a 'light version', covering only hybrid mismatches within the EU. MS needed more time to agree rules on hybrid mismatches that would effectively cover all hybrid mismatch situations (i.e. also regarding third countries). These more detailed rules on hybrid mismatches have hence been set out in a second Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries. This directive is referred to as "ATAD II".⁴⁴

B. Implementation in Belgian tax law

It is again in the framework of the Corporate Income Tax Reform Act of 25 December 2017

⁴³ Introduction to the ATAD (13).

⁴⁴ For consistency purposes, we will keep referring to the first ATAD as "ATAD" and to the second ATAD as "ATAD II".

that the rules on hybrid mismatches have been introduced into Belgian tax law through the new articles 2, § 1, 16°-18° BITC, 185, § 1 and § 2/1 as well as 198, § 1, 10/1° to 10/4 BITC. These articles do not only implement the rules on hybrid mismatches as included in the ATAD, they also implement the more specific rules as provided by the ATAD II.

Note that the Belgian transposition of the ATAD and the ATAD II with respect to hybrid mismatches has been implemented in a particularly imprecise and incomplete manner. In its current version, this leads to several interpretation difficulties and technical discussions.

Given the extensive nature of the anti-hybrid mismatch legislation and the limited scope of this article, we will not further go into all situations that the ATAD and ATAD II on anti-hybrid rules set out to cover.

Conclusion

The ATAD provides for a diverse range of anti-avoidance rules to be taken into account when doing business (when making an investment, conducting a financing transaction, carrying out a restructuring, etc.). Many of these rules are mechanical and could apply even without any intention of (aggressive) tax planning. Consequently, many businesses will be impacted to some extent.

Belgium has implemented these rules in the framework of a broader Belgian corporate income tax reform and has, in our view, been reasonable in terms of options exercised (e.g. the CFC rules). The rules as described in this article will enter into force on the 1 January 2019.⁴⁵

⁴⁵ For the 30% EBITDA rule, see footnote 6). The legal basis for this entry into force was amended by the draft law 3424/004. As far as exit taxation is concerned, this applies from 1 January 2019 for transactions occurring on or after that date.

THE DIFFICULTY FOR GROUP COMPANIES WILL ANYWAY LIE IN THE FACT THAT THEY MIGHT SEE THEIR COMPLIANCE BURDEN INCREASED AS A CONSEQUENCE OF THESE NEW ANTI-AVOIDANCE MEASURES. THIS IS ESPECIALLY TRUE SEEING THAT THESE RULES MUST BE IMPLEMENTED IN ALL MS, BUT, GIVEN THE VARIOUS OPTIONS LEFT IN THE ATAD, THERE WILL BE DISPARITIES AMONGST THE MS (SOME BEING MORE FLEXIBLE THAN OTHERS)

Considering the highly complex character of these anti-abuse measures, they may well entail several application and interpretation related difficulties in practice.

Abbreviations	
ATAD	Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market
ATAD II	Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BEVEK	Beleggingsvennootschap met Veranderlijk Kapitaal
BITC	Belgian Income Tax Code 1992
CFC	Controlled Foreign Company
DBI	Definitief Belaste Inkomsten
EBITDA	Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortization
EEA	European Economic Area
EU	European Union
GAAR	General Anti Abuse Rule
HO	Head Office
MS	Member State
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
PE	Permanent Establishment
RDT	Revenus Définitivement Taxés
SICAV	Société d'Investissement à Capital Variable

Samenvatting

Op 7 juli 2016 heeft de Europese Raad de richtlijn tegen belastingontwijking ("ATAD") aangenomen. ATAD was het antwoord van de Europese Unie ("EU") op verscheidene acties inzake grondslaguit holling en winstverschuiving ("BEPS").

BEPS is een initiatief geleid door de Organisatie voor de Economische Samenwerking en Ontwikkeling ("OESO"). Het OESO-actieplan inzake BEPS werd in juli 2013 gepubliceerd met als ultiem doel om gepercipieerde tekortkomingen in internationale belastingsregels aan te pakken.

De eerste versie van ATAD werd uitgebracht kort nadat de finale BEPS-verslagen werden gepubliceerd in het kader van een uitgebreider pakket van maatregelen tegen belastingontwijking. ATAD biedt een antwoord op drie van de vijftien BEPS-acties, zijnde: renteaftrekbeperking, gecontroleerde buitenlandse ondernemingen ("CFC"), en antihybride regels. Bovendien voorziet ATAD twee bijkomende antimisbruikregels, zijnde de exitheffingsregel en de algemene antimisbruikregel ("GAAR").

Dit artikel is bedoeld om een eenvoudig te begrijpen uitleg te verschaffen van de maatregelen tegen belastingontwijking zoals uiteengezet in ATAD zonder de zeer complexe regels in detail te beschrijven. Het doel is niet om een uitvoerig overzicht te geven, maar enkel om de lezer een globaal overzicht te geven van de implementatie van de ATAD in de Belgische belastingwetgeving. Bovendien mag hierbij niet uit het oog worden verloren dat de commentaren van de Belgische belastingsautoriteiten met betrekking tot ATAD op dit moment zeer beperkt zijn.

Résumé

Le 7 juillet 2016, le Conseil européen a adopté la directive sur la lutte contre l'évasion fiscale (« ATAD »). L'ATAD constitue la réaction de l'Union européenne (« UE ») à plusieurs actions menées dans le cadre du projet BEPS (érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices).

BEPS est une initiative menée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (« OCDE »). Le plan d'action de l'OCDE a été publié en juillet 2013 dans le but ultime d'aborder les imperfections observées au niveau des règles fiscales internationales.

La première version de l'ATAD est parue peu de temps après que les rapports finaux sur le BEPS ont été publiés dans le cadre d'un ensemble plus large de mesures contre l'évasion fiscale. L'ATAD offre une réponse à trois des quinze actions BEPS, à savoir: limites imposées à la déduction des intérêts, entreprises étrangères contrôlées (« CFC »), et règles anti-hybrides. En outre, l'ATAD fournit deux règles anti-évitement de plus, à savoir la règle en matière d'imposition à la sortie et la règle générale anti-évitement (« GAAR »).

Cet article vise à fournir une explication facile à comprendre, des mesures anti-évitement stipulées dans l'ATAD sans décrire les règles hautement complexes en détail. L'objectif n'est pas de fournir un rapport exhaustif mais simplement de donner au lecteur un aperçu global de l'intégration de l'ATAD dans la loi fiscale belge. De plus, il convient de garder à l'esprit que les commentaires émanant des autorités fiscales belges en ce qui concerne l'ATAD sont très limités pour l'instant.

ERKENNING VAN ONDERGEFINANCIERDE PENSIOENVERPLICHTINGEN ONDER HET BELGISCH BOEKHOUDRECHT

GEERT DE RIDDER

IA|BE Qualified Actuary Deloitte



Inleiding

De wet betreffende de aanvullende pensioenen (WAP)¹ voorziet dat pensioenplannen extern dienen te worden gefinancierd via een pensioeninstelling, *i.e.* een groepsverzekering of een pensioenfonds opgericht onder de vorm van een organisme voor de financiering van pensioenen.

Volgens de WAP heeft een deelnemer aan een pensioenplan momenteel na een jaar aansluiting verworven rechten.

In het geval van een pensioenplan van het type vaste prestaties (*"defined benefit"*) kan de deelnemer bij uitdiensttreding opteren voor:

- de uitkering van de verworven prestaties, berekend op basis van zijn salaris en diensttijd bij uittreding, op de voorziene pensioendatum; of
- de overdracht van de actuele waarde van de verworven prestaties, *i.e.* de zogenaamde verworven reserves, naar een andere pensioeninstelling.

In het geval van een pensioenplan van het type vaste bijdragen (*"defined contribution"*) heeft de deelnemer recht op de werkelijk opgebouwde reserves. Op het ogenblik van de liquidatie van de voordelen dienen deze verworven reserves tenminste gelijk te zijn aan de minimumreserves voortvloeiend uit de minimumrendementsgaranties voorzien in de WAP.²

Ter bescherming van de verworven rechten van de deelnemers dient een minimumfinanciering te worden nageleefd: de opgebouwde reserves bij de verzekeraar of het pensioenfonds dienen tenminste de verworven reserves te dekken. Omwille van deze minimumfinanciering werden meestal geen voorzieningen voor pensioenen opgenomen in de jaarrekening onder *Belgian GAAP*.

Het CBN-advies 2018/15 betreffende de boekhoudkundige verwerking van onder meer de rendementswaarborg voor werkgeversbijdragen in het kader van

¹ Art. 5 Wet 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid.

² Voor een pensioentoezegging van het type vaste bijdragen (of *cash balance*) dient de inrichter een minimumrendement te waarborgen op de werkgeversbijdragen en werknemersbijdragen. Sinds 2016 is het minimumrendement gekoppeld aan het rendement van OLO's op 10 jaar met een ondergrens van 1,75 % en een boven grens van 3,75 %. Daardoor classificeren deze plannen in feite als plannen van het type vaste prestaties.

een aanvullende pensioentoezegging, gepubliceerd in juni 2018, bepaalt echter dat een voorziening vereist is met betrekking tot de minimumrendementsgarantie van toepassing op werkgeversbijdragen aangezien in dit geval niet alle risico's geëxternaliseerd zijn: immers, een eventueel tekort ten opzichte van de wettelijke minimumrendementsgarantie van toepassing op werkgeversbijdragen dient slechts te worden gefinancierd op het ogenblik van de liquidatie van de voordelen (*i.e.* bij de overdracht van de reserves naar een andere pensioeninstelling of bij de uitkering van de voordelen bij pensionering) of bij de stopzetting van de pensioenregeling.³

Het advies van de CBN luidt als volgt:

*"Ten belope van de **kosten** die dit behouden risico **waarschijnlijk** met zich zal meebrengen moet een voorziening worden geboekt in de mate dat deze kosten **betrekking hebben op het boekjaar of op voorgaande boekjaren**."*

Het advies vermeldt dat de waardering van deze voorziening het voorwerp zal uitmaken van een later advies of een latere technische nota van de CBN.

In afwachting van verdere richtlijnen van de CBN licht dit artikel mogelijke berekeningswijzen van dergelijke voorzieningen toe. Daarnaast wordt eveneens ingegaan op de problematiek van een mogelijke onderfinanciering van pensioenregelingen van het type vaste prestaties die niet aan bod komt in het CBN-advies 2018/15.

INTRINSIEKE WAARDE-METHODE REFLECTEERT GEEN WAARSCHIJNLIJKE TOEKOMSTIGE KOSTEN

Waardering van de voorziening – vaste bijdrage plan

In het ontwerpadvisie gepubliceerd door de CBN in januari 2018 werd verwezen als mogelijke inspiratiebron voor de berekening van de voorziening naar de twee methodes vermeld in studies van de FSMA betreffende de boekhoudkundige verwerking van de minimumrendementsgarantie onder IFRS door genoteerde ondernemingen,⁴ *i.e.*:

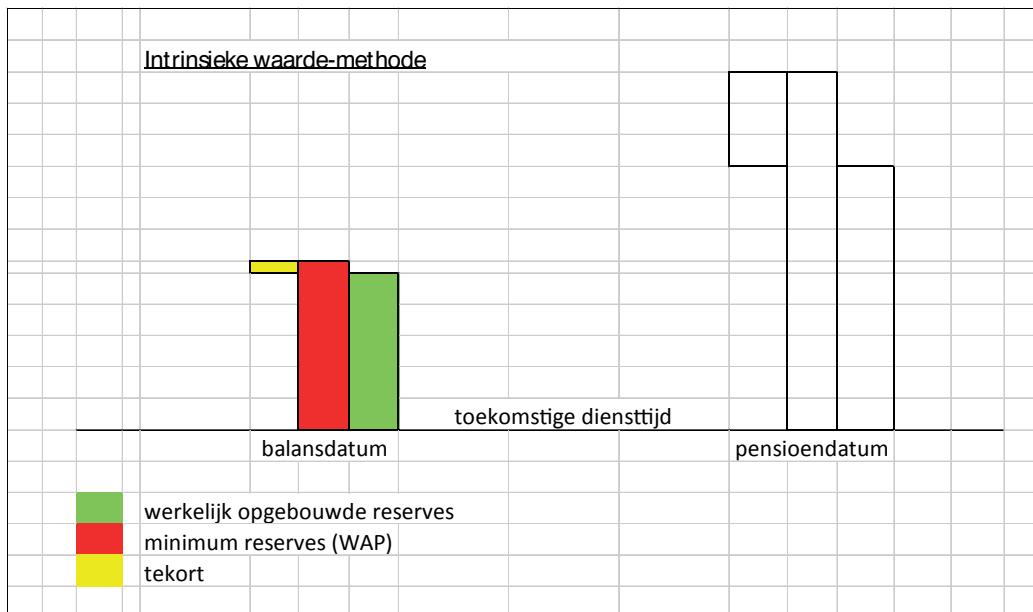
- de intrinsieke waarde-methode; en
- de *Projected Unit Credit* (PUC)-methode.

Intrinsieke waarde-methode

Onder de (retrospectieve) intrinsieke waarde methode is de voorziening gebaseerd op het verschil tussen de minimumreserves en de werkelijk opgebouwde reserves, beide bepaald op de balansdatum. De voorziening houdt bijgevolg enkel rekening met gecumuleerde tekorten aan rendement in de voorgaande jaren tot op de balansdatum. Het eventueel tekort op deze basis wordt vermeld op de individuele pensioenfiches die jaarlijks aan de deelnemers verstrekt worden. De onderstaande grafiek illustreert de berekeningswijze van de voorziening volgens deze methode:

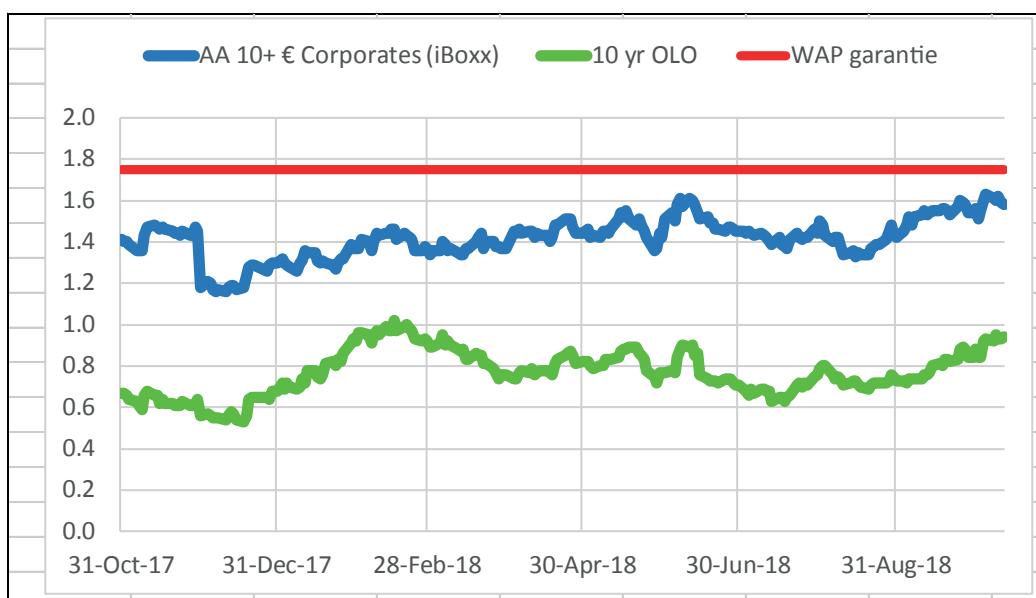
³ Een eventueel tekort ten opzichte van de wettelijke minimumrendementsgarantie met betrekking tot werknehmersbijdragen dient daarentegen wel jaarlijks te worden afgefinancierd.

⁴ Studie nr. 44 betreffende *Disclosures relating to Belgian "defined contribution" plans with return guaranteed by law*, januari 2015 en studie nr. 46 betreffende de Impact van de wijziging van de Belgische pensioenwet op de verwerking van pensioenverplichtingen in IFRS-jaarrekeningen, december 2016.



Voor de meeste verzekerde pensioenregelingen blijken de tekorten bepaald op intrinsieke waarde basis momenteel nog beperkt aangezien bovenop de gegarandeerde technische rentevoeten, jaar per jaar, winstdeelname toegekend werd zodat het totale rendement tot nu toe tenminste gelijk was aan het minimumrendement of toch niet beduidend lager was. Aangezien de rendementen op

risicovrije beleggingen reeds verschillende jaren beneden het minimum gegarandeerd rendement liggen, lijkt een toename van de tekorten in de toekomst waarschijnlijk. De onderstaande grafiek illustreert het verschil tussen de minimumrendementsgarantie en risicovrije rendementen gedurende het voorbije jaar.



Aangezien geen rekening gehouden wordt met eventuele waarschijnlijke toekomstige kosten voorvloeiend uit de minimumrendementsgarantie op reeds gestorte bijdragen, lijkt de voorziening bepaald op basis van de intrinsieke waarde-methode niet geheel conform de algemene boekhoudprincipes waarnaar wordt verwezen in sectie III.A van het advies van de CBN.

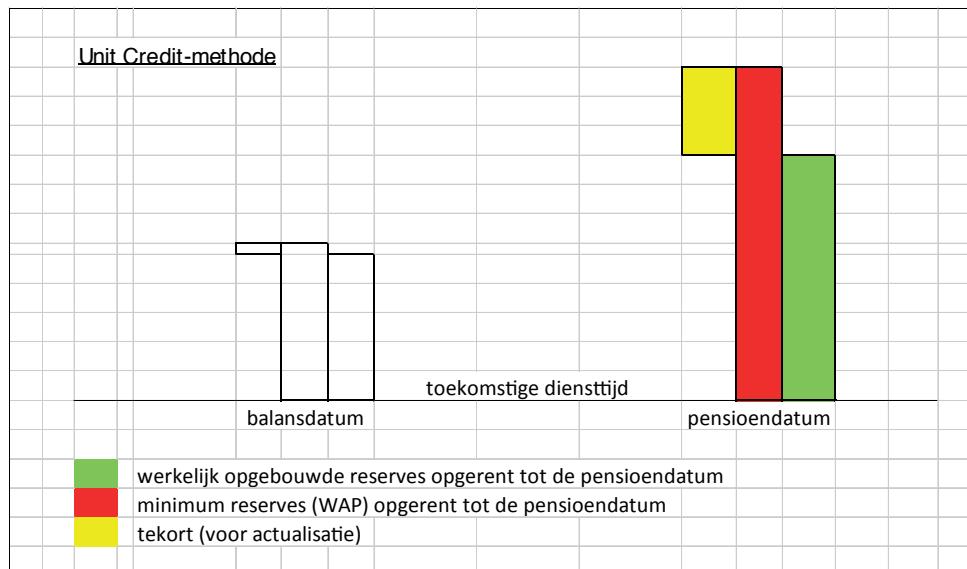
Projected Unit Credit-methode

Bij de (prospectieve) *Projected Unit Credit*-methode, voorgeschreven onder de internationale boekhoudnorm IAS 19, wordt wel rekening gehouden met verwachte toekomstige kosten van de minimumrendementsgarantie op de bijdragen toegekend aan de verleden diensttijd.

Immers, de pensioenverplichtingen dienen in dit geval als volgt te worden berekend per deelnemer:⁵

- 1) beste schatting van de toekomstige uit te keren voordelen;
- 2) toekenning van een deel van deze voordelen aan reeds gepresteerde diensttijd; en
- 3) actualisatie van dit deel van de toekomstige voordelen (op basis van het rendement van hoogwaardige bedrijfsobligaties).

IAS 19 voorziet dat de voordelen toegekend aan de verleden diensttijd in principe gebaseerd worden op de formule van het pensioenplan: voor een pensioenplan van het type vaste bijdragen betekent dit dat de pensioenverplichting enkel wordt berekend op basis van de reeds gestorte bijdragen opgericht aan de minimum gegarandeerde rendementen tot de verwachte datum van uitkering. Aangezien geen rekening wordt gehouden met toekomstige bijdragen (en dus eventueel onderliggende toekomstige salarissen) stemt de "*Projected Unit Credit*"-methode voor deze pensioenplannen overeen met de zogenaamde "*Unit Credit*"-methode. De onderstaande grafiek illustreert de berekeningswijze van de voorziening volgens deze methode.



5 Cf. G. DE RIDDER, "Toepassing van IAS 19 – Personeelsbeloningen op Belgische Pensioenregelingen", TAA 2015, 49.

IAS 19 voorziet echter een uitzondering op de toekenning van de voordelen aan reeds gepresteerde diensttijd voor pensioenplannen waarbij op het einde van de loopbaan beduidend hogere voordelen worden opgebouwd dan in het begin van de loopbaan (zogenaamde "backloaded" plannen): in dergelijke gevallen dienen de voordelen toegekend aan de voorbije diensttijd te worden gelijkgesteld aan de geschatte voordelen opgebouwd gedurende de totale diensttijd vermenigvuldigd met de voorbije diensttijd gedeeld door de totale diensttijd. Ietwat vereenvoudigd komt dit erop neer dat bijvoorbeeld voor een pensioenplan waarbij in het begin van de loopbaan een bijdrage gestort wordt gelijk aan 4 % van het salaris en op het einde van de loopbaan een bijdrage gelijk aan 8 % van het salaris, dient te worden uitgegaan van een gemiddelde of genivelleerde bijdrage van 6 % van het salaris over de gehele loopbaan. In dergelijke gevallen dient rekening gehouden met toekomstige bijdragen (en dus de eventuele onderliggende toekomstige salarissen) wat de berekening van de pensioenverplichtingen aanzienlijk complexer maakt.

Aangezien men kan stellen dat de complexe regels onder IFRS voor de "backloaded" pensioenplannen niet vereist zijn op basis van de algemene boekhoudprincipes onder *Belgian GAAP* (cf. waarschijnlijke kosten met betrekking tot het boekjaar of voorgaande boekjaren), lijkt het logischer de voorziening onder *Belgian GAAP* te berekenen op basis van de eenvoudige *Unit Credit* (UC)-methode.⁶

Teneinde nodeloze verschillen met IAS 19 te vermijden lijkt het ons logisch om voor de waardering van de activa van het plan en de actuariële veronderstellingen, met inbegrip van de actualisatievoet, dezelfde principes toe te passen zoals voorzien in IAS 19.

⁶ In dit kader kan ook worden verwezen naar *US GAAP* die voor gelijkaardige *cash balance*-plannen explicet voorziet om de *Unit Credit*-methode in plaats van de gebruikelijke *Projected Unit Credit*-methode toe te passen. Cf. EITF Issue No. 03-4, gedateerd 15 mei 2003.

UNIT CREDIT-METHODE LIJKT MEEST AANGEWEZEN VOOR DE WAARDERING VAN DE VOORZIENING

Aangezien de wettelijke minimum rendementsgarantie van toepassing op werkneemersbijdragen enkel op intrinsieke waarde basis afgefinancierd is, kan de toepassing van de *Unit Credit*-methode hier ook aanleiding geven tot tekorten en desgevallend tot de erkenning van een voorziening.

Deze beoogde waarderingsmethode is in lijn met de conclusie in de hiervoor vermelde studie van de FSMA nr. 46 betreffende Impact van de wijziging van de Belgische pensioenwet op de verwerking van pensioenverplichtingen in IFRS-jaarrekeningen:

"De meeste respondenten zijn van oordeel dat de toepassing van een methode die aansluit bij de PUC-methode zorgt voor een getrouw beeld van de Belgische pensioenverplichtingen met wettelijk gegarandeerd minimumrendement. De evolutie naar een methode die nauwer aansluit bij de methode voorgeschreven door IAS 19 wordt door de FSMA als positief aanzien."

Mogelijke onderfinanciering – vaste prestatie-plan

Het advies van de CBN behandelt enkel de risico's met betrekking tot de niet-geëxternaliseerde minimumrendementsgarantie van toepassing op werkgeversbijdragen en voorziet bijgevolg enkel voor deze risico's de erkenning van een voorziening.

Nochtans bestaat er ook voor pensioenplannen van het type vaste prestaties gefinancierd via een groepsverzekering een reëel risico van onderfinanciering dat aanleiding kan geven

tot waarschijnlijke toekomstige kosten die betrekking hebben op prestaties verworven gedurende het boekjaar of de voorgaande boekjaren.

Immers, de wettelijke minimumfinanciering voorziet voor deze verzekerde plannen enkel dat de opgebouwde reserves tenminste gelijk zijn aan de verworven reserves. Deze verworven reserves dienen in het pensioenplan te worden gedefinieerd en tenminste gelijk te zijn aan de actuele waarde van de verworven prestaties gebaseerd op een actualisatievoet van 6 %⁷ (!) en welbepaalde sterftetafels (meestal worden de verworven reserves effectief gedefinieerd op basis van dit wettelijke minimum).

Indien een pensioenplan net gefinancierd zou zijn op het niveau van de wettelijke minimumfinanciering, verworven prestaties geactualiseerd aan 6 %, dient een onrealistisch hoog rendement te worden gerealiseerd om de verworven prestaties te garanderen op de einddatum. Met andere woorden, hoogstwaarschijnlijk zullen bijkomende kosten met betrekking tot prestaties verworven in het boekjaar en voorgaande boekjaren optreden die, analoog aan de minimumrendementsgarantie van toepassing op pensioenplannen van het type vaste bijdragen, een verwacht tekort aan rendement weerspiegelen.

Weliswaar zullen in praktijk de opgebouwde reserves vaak hoger zijn dan de minimumreserves aangezien voor de meeste verzekerde pensioenplannen de prestaties worden gefinancierd via individuele verzekeringscontracten waarbij premies worden berekend op basis van technische rentevoeten die beduidend lager zijn dan hierboven vermelde 6 %. Doch vaak wordt de jaarlijkse verhoging van de prestaties te wijten aan salarisverhogingen gefinancierd over de toekomstige diensttijd, i.e. er wordt dus geen inhaalpremie of koopsom

⁷ Art. 10 KB 14 november 2003 tot uitvoering van de wet van 28 april 2003 betreffende aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordeLEN inzake sociale zekerheid.

REËEL RISICO VAN ONDERFINANCIERING VOOR VERZEKERDE PENSIOENPLANNEN VAN HET TYPE VASTE PRESTATIES

gestort om de jaarlijkse verhoging van de verworven prestaties ineen af te financieren. Daardoor kunnen na verloop van tijd de werkelijk opgebouwde reserves convergeren naar de (minimale) verworven reserves. In deze optiek zou het overigens nuttig zijn indien verzekeringsondernemingen niet enkel zouden melden of al dan niet aan de (zwakke) wettelijke minimumfinanciering voldaan is, maar eveneens informatie zouden verstrekken over de exacte financieringsgraad van het pensioenplan (bv. de verhouding van de werkelijk opgebouwde reserves, inclusief eventuele activa in het collectieve financieringsfonds, ten opzichte van de verworven reserves en de *duration* van de pensioenverplichtingen).

Voor pensioenregelingen van het type vaste prestaties die worden gefinancierd via een pensioenfonds dienen de opgebouwde reserves tenminste gelijk te zijn aan het hoogste van:

- de actuele waarde van de verworven prestaties (de verworven reserves); en
- een prudente berekening van de verplichtingen.

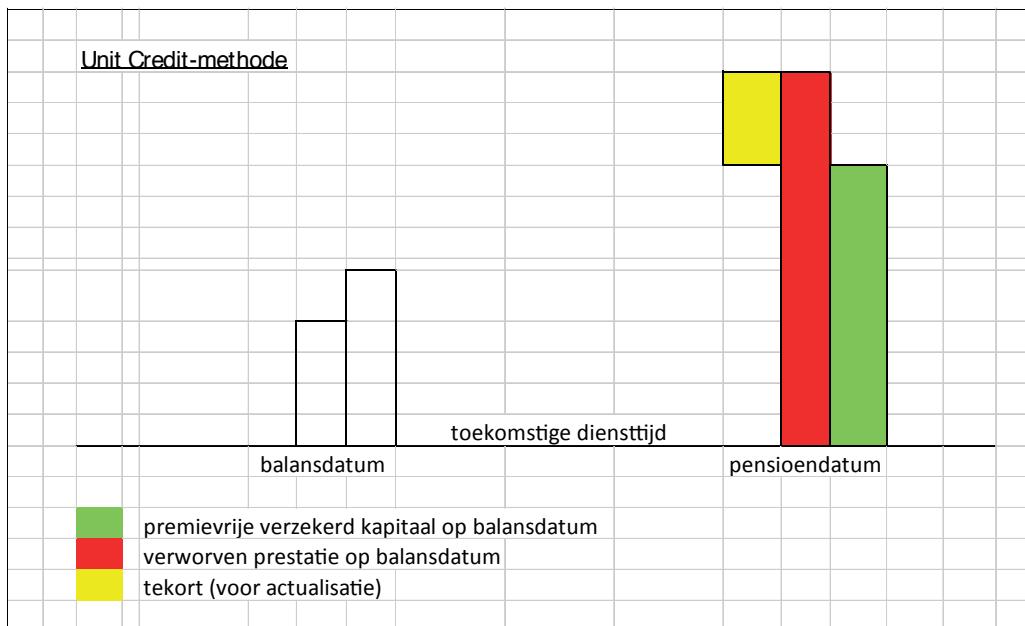
De prudente berekeningswijze dient door het pensioenfonds te worden bepaald en verantwoord. In praktijk betekent dit vaak dat de reserves worden berekend als de actuele waarde van de verworven prestaties berekend met een actualisatievoet van 1,5 % à 4 %⁸ (i.e. het verwacht rendement op de activa van het pensioenfonds) eventueel verhoogd met een

⁸ Resultaten financiële enquête 2017, PensioPlus.

veiligheidsmarge. Zolang voldaan is aan deze wettelijke minimumfinanciering, is er voor dergelijke pensioenplannen bijgevolg geen risico op een effectieve onderfinanciering.

Naar analogie met de voorgestelde behandeling van pensioenregelingen van het type vaste bijdragen lijkt het logisch voor verzekerde pensioenregelingen van het type vaste prestaties eveneens een voorziening aan te

leggen op basis van de pensioenverplichtingen berekend volgens de *Unit Credit*-methode, i.e. de actuele waarde van de verworven prestaties. Deze benadering is vergelijkbaar met de methodologie voorzien in IAS 19 doch zonder rekening te houden met toekomstige salarisverhogingen. De onderstaande grafiek illustreert de berekeningswijze van de voorziening volgens deze methode.



Summary

The 2018/15 recommendation of the Belgian Accounting Standards Commission (ASC) states that, for a defined contribution pension scheme, a provision related to the non externalised guaranteed minimum returns on the employer's contributions must be recognized.

In anticipation of additional guidance from the ASC with regard to the valuation of such a provision, the application of the Unit Credit method seems to be best suited to the general accounting principles under Belgian GAAP. It seems logical to also apply this method to the guaranteed minimum returns related to the employee contributions. This approach also corresponds to the methodology provided for in IAS 19, if one does not take into account the complex rules applicable to so-called backloaded pension plans.

As far as insured defined benefit pension plans are concerned, for which there is a real risk of underfinancing due to weak legal minimum financing requirement, the application of the Unit Credit method also seems to be best suited to the general accounting principles under Belgian GAAP. This approach is similar to the methodology provided for in IAS 19 but does not allow for future salary increases.

As far as the valuation of the pension scheme assets and the setting of the discount rate are concerned, it seems convenient to apply the principles provided for in IAS 19.

Companies that already apply IAS 19 should be allowed to recognize the available IAS 19 provisions under Belgian GAAP in order to avoid additional calculations.

Résumé

L'avis CNC 2018/15 stipule que pour un plan de pension du type « cotisations définies », une provision financière relative aux garanties de rendement minimales non-externalisées sur les cotisations patronales doit être constituée.

Dans l'attente de directives supplémentaires de la CNC en ce qui concerne la valorisation de telles provisions, la méthode *Unit Credit* (unités de crédit) semble être celle qui s'accorde le mieux avec les principes généraux de comptabilité relevant des normes comptables (GAAP) belges. Il semble logique d'appliquer également cette méthode aux garanties de rendement minimales relatives aux cotisations des participants. Cette approche correspond également à la méthodologie prévue dans la norme IAS 19 si on ne tient pas compte des règles complexes applicables aux plans de pension qui accordent des prestations plus élevées à la fin de la carrière.

En ce qui concerne les plans de pension garantis du type « prestations définies », pour lesquels il existe un risque réel de sous-financement en raison du financement minimum (faible), l'application de la méthode *Unit Credit* semble également être celle qui s'accorde le mieux avec les principes généraux de comptabilité relevant des normes comptables (GAAP) belges. Cette approche s'inscrit dans le cadre de la méthodologie prévue par la norme IAS 19 mais sans tenir compte des augmentations salariales futures.

En ce qui concerne la valorisation des actifs du plan de pension et la fixation du taux d'actualisation, il semble pratique d'appliquer les principes prévus par la norme IAS 19.

Les entreprises qui appliquent déjà la norme IAS 19 devraient pouvoir choisir d'appliquer également les dispositions de la norme IAS 19 dans le cadre des normes comptables belges afin d'éviter des calculs supplémentaires.

REVUE DES AVIS DE LA COMMISSION DES NORMES COMPTABLES DE 2017 (I)

YVAN STEMPNIERWSKY

*Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Luxembourg
(Arentd & Medernach)
Maître de Conférences à l'Université Catholique de Louvain*



Introduction

La présente contribution vise à présenter, de manière nécessairement succincte, différents avis émis par la Commission des normes comptables (ci-après « CNC ») au cours de l'année 2017. Les autres avis ainsi que la note technique émis en 2017 feront l'objet d'une prochaine chronique.¹

En préambule à cette présentation, il convient de rappeler que la CNC a pour mission légale de donner tout avis au Gouvernement et au Parlement à la demande de ceux-ci ou d'initiative, ainsi que de développer la doctrine comptable et de formuler les principes d'une comptabilité régulière par la voie d'avis ou de recommandations (art. III.93 Code de droit économique).

S'agissant par ailleurs de la portée de ses avis, la CNC a été amenée à préciser dans son avis 14-1 de février 1993 qu'ils n'ont par eux-mêmes

aucune force obligatoire. Ceci étant, il n'est pas moins vrai, ainsi que l'indique la CNC dans cet avis, que ces avis constituent une source de droit importante pour l'interprétation par les diverses personnes et instances concernées, et notamment par le juge, des dispositions légales et réglementaires relatives au droit comptable et pour la confrontation à ces règles des situations concrètes et des cas spéciaux. Ils constituent également une source de droit supplétive importante dans les domaines qui ne sont pas, souvent en vertu d'une décision délibérée du Gouvernement, couverts par des dispositions à caractère légal ou réglementaire. A ce titre, ils remplissent la même fonction juridique que la doctrine. Ces avis tirent, tout comme la doctrine, leur autorité de leur acceptation par le corps social comme source de droit, complémentaire aux dispositions légales et réglementaires. Cette acceptation est à son tour essentiellement tributaire de la validité du raisonnement qui sous-tend ces avis. Par ailleurs, leur autorité s'attache, dans le domaine du droit comptable, à la volonté du législateur rappelée ci-dessus, de créer une telle commission ayant pour mission légale de contribuer au développement de la doctrine comptable. Il convient de souligner que nombreux sont les avis rendus par la Commission qui ont été traduits par la suite en normes légales ou réglementaires.

¹ Il est précisé, pour autant que de besoin, que cette contribution ne reflète que l'opinion personnelle de l'auteur et non l'opinion des entités avec lesquelles l'auteur collabore. Pour un autre commentaire de ces avis, accompagné dans certains cas de considérations fiscales, voy. la chronique de droit comptable de notre estimé collègue, le professeur S. VAN CROMBRUGGE dans *TRV-RPS*, 2017, p. 847 pour la période courant de mai 2016 à avril 2017. La chronique couvrant la période mai 2017 à avril 2018 est en cours de publication au moment de la rédaction de la présente contribution.

Dans cette mesure, il y a donc lieu de considérer les avis émis par l'organisme normalisateur comptable comme la doctrine comptable la plus autorisée.

Droit des comptes annuels et des comptes consolidés – avis relatifs aux critères de taille

La taille d'une société ou d'un groupe est déterminante de ses obligations en matière de comptes annuels (cf. art. 15 et 15/1 C. Soc.) ou de comptes consolidés (art. 16 C. Soc.).

Au cours de l'année 2017, la CNC a été amenée à préciser l'application des articles 15 et 16 du Code des sociétés en cas de contrôle conjoint (avis 2017/02), lorsque l'exercice est inférieur ou supérieur à douze mois (avis 2017/03) et dans le cas de sociétés liées (avis 2017/10).

Avis 2017/02 – Contrôle conjoint – critères de taille

La CNC entame cet avis en rappelant que le contrôle conjoint est le contrôle exercé ensemble par un nombre limité d'associés, lorsque ceux-ci ont convenu que les décisions relatives à l'orientation de la gestion ne pourraient être prises que de leur commun accord, la filiale commune étant la société à l'égard de laquelle ce contrôle conjoint existe (art. 9 C. Soc.).

Ce n'est donc pas la détention par les associés de pouvoirs votaux se situant au même niveau qui est déterminante du contrôle conjoint mais bien l'existence d'une convention - écrite ou non - par laquelle lesdits associés ont convenu de prendre de commun accord les décisions relatives à l'orientation de la gestion de la filiale commune.²

A juste titre, la CNC rappelle en outre d'une part, et suivant en cela l'enseignement de la Commission Bancaire et Financière,³ que l'existence d'une convention d'actionnaires ne suffit donc pas à créer un contrôle conjoint et que d'autre part la présomption légale et irréfragable de contrôle existant en cas de contrôle conjoint (art. 5, § 2, 5^o C. Soc.) a pour conséquence que les sociétés mères et la filiale commune sont des sociétés liées par application de l'article 11 du Code des sociétés.

S'agissant par contre des sociétés mères exerçant le contrôle conjoint, elles ne sont pas liées au sens de cette disposition. Cette conclusion de la CNC doit être approuvée tant au regard du Code des sociétés que de la directive comptable 2013/34/UE⁴ (art. 2.12 et 2.13). Il n'existe en effet aucune relation de contrôle entre les deux sociétés mères.

Dans la seconde partie de son avis, la CNC développe différents exemples afin d'illustrer comment effectuer le calcul des critères de taille prévus à l'article 15 du Code des sociétés⁵ selon qu'il y a ou non contrôle conjoint.

La CNC démontre notamment, au moyen de ces exemples, qu'en cas de contrôle conjoint, il y a nécessité d'intégrer, de manière proportionnelle, le chiffre d'affaires et le total du bilan de la filiale commune dans le calcul de la

³ Commission Bancaire et Financière, Rapport annuel, 1989-1990, p. 114.

⁴ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁵ L'article 15, § 6 du Code des sociétés exige en effet que dans le cas d'une société liée à une ou plusieurs autres, au sens de l'article 11, les critères en matière de chiffre d'affaires et de total du bilan, visés au paragraphe 1^{er}, soient déterminés sur une base consolidée. Quant au critère en matière de travailleurs occupés, le nombre de travailleurs, calculé selon les dispositions du paragraphe 5, occupés en moyenne annuelle par chacune des sociétés liées est additionné. Si, lors du calcul des seuils indiqués au paragraphe 1^{er}, les calculs définis par arrêté royal pris en exécution de l'article 117, § 1^{er}, et toute élimination qui en découle ne sont pas effectués, ces seuils relatifs au total du bilan et au chiffre d'affaires net sont augmentés de vingt pour cent.

² Dans le même sens, voy. IFRS 11 *Joint Arrangements..*

taille de chacune des sociétés mères, déduction faite des transactions entre la filiale commune et l'une ou l'autre des sociétés mères.

Ces conclusions peuvent être partagées.

Il nous paraît par contre beaucoup plus discutable de considérer, comme le fait la CNC (point 19), que doit être intégrée au calcul de la taille de la société, selon la méthode de la mise en équivalence, l'entreprise associée dans laquelle la société détient une participation lui conférant une influence notable.

Il ressort en effet des termes de la directive comptable unique 2013/34/UE (art. 2.13 et 21) et du Code des sociétés (art. 16) qu'une entreprise associée, contrairement à la société mère ou à la filiale, ne fait pas partie du groupe et n'est donc pas consolidée, la mise en équivalence ne constituant d'ailleurs pas une méthode de consolidation.

Cet avis confirme donc, pour autant que de besoin, tout l'intérêt du calcul selon la méthode agrégée qui se traduit par une augmentation de vingt pour cent des seuils relatifs au total du bilan et au total du chiffre d'affaires.

Avis 2017/03 – Critères de taille – Exercice inférieur ou supérieur à 12 mois

L'article 15 du Code des sociétés prévoit depuis sa modification par la loi du 18 décembre 2015 que lorsque l'exercice a exceptionnellement une durée inférieure ou supérieure à douze mois, cette durée ne pouvant pas dépasser vingt-quatre mois moins un jour calendrier, le montant du chiffre d'affaires à l'exclusion de la taxe sur la valeur ajoutée, visé au paragraphe 1^{er}, est multiplié par une fraction dont le dénominateur est douze et le numérateur le nombre de mois compris dans l'exercice considéré, tout mois commencé étant compté pour un mois complet.

La question a été posée à la CNC de savoir de quelle manière doit être déterminé le nombre

de mois placé en numérateur de la fraction susmentionnée.

La CNC estime dans son avis que lorsque le nombre de mois d'un exercice n'équivaut pas à douze mois, le nombre de mois à placer en numérateur doit correspondre au nombre de mois couverts par l'exercice concerné. Il convient également de compter tout mois entamé comme étant entier, conformément aux dispositions légales. Le calcul du nombre de mois couverts par un exercice lorsque celui-ci est inférieur ou supérieur à douze mois se fait, en l'absence de dispositions contraires du Code des sociétés, en fonction du nombre de mois effectivement écoulés et non en fonction du nombre de mois calendrier contenant un jour de l'exercice. La méthode de calcul est illustrée par deux exemples.

La CNC ne paraît pas avoir détecté l'erreur qui figure dans cette disposition du Code des sociétés et l'exemple figurant au point 5 de l'avis semble confirmer cette intuition.

Un exemple simple permet d'illustrer l'erreur.

Dans l'hypothèse où une société aurait réalisé un chiffre d'affaire 15 000 000 EUR au cours d'un exercice de quinze mois (soit 1 000 000 EUR par mois), la mise en œuvre de la disposition la conduit à déterminer que son chiffre d'affaires est de 18 750 000 EUR (soit 1 562 500 EUR par mois) pour un exercice de 12 mois du fait de la multiplication de 5 000 000 EUR 1 par la fraction 15/12.

Avis CNC 2017/10 – Critères de taille de l'article 15 du Code des sociétés – Sociétés liées – Différentes dates de clôture – Modification du périmètre de consolidation

Cet avis complète l'avis 2016/03 et vise à préciser l'application des critères de taille de l'article 15 du Code des sociétés à une société lorsque celle-ci est liée à une ou plusieurs autres sociétés.

Il traite plus particulièrement, d'une part, des comptes annuels des sociétés liées qui doivent être pris en considération pour l'application des critères de taille, notamment lorsque les dates de clôture des sociétés liées diffèrent et, d'autre part, de la façon dont les critères de taille doivent être appliqués lorsque le lien avec une autre société est établi ou supprimé en cours d'exercice.

Après avoir judicieusement rappelé qu'aucune proratisation ne peut être faite sur la base de la durée d'appartenance de la société à un groupe en vue de déterminer le chiffre d'affaires consolidé ou agrégé, la CNC indique que :

- Lorsque les dates de clôture du bilan des sociétés liées diffèrent, l'application des critères de taille s'effectue sur la base des derniers comptes annuels des sociétés liées, c'est-à-dire les comptes annuels portant sur le dernier exercice clôturé ;
- Dans la mesure où la prise en considération du lien pour l'évaluation de la taille d'une société se fait à la date de clôture, une modification du lien opérant en cours d'exercice influencera la manière selon laquelle les critères de taille seront déterminés pour l'exercice concerné. Si une société n'est pas liée à la date de clôture du bilan, les critères de taille seront calculés sur une base individuelle. Si une société est une société mère à la date de clôture du bilan, les critères de taille seront calculés sur une base consolidée (ou agrégée).

Droit des comptes annuels – avis divers

Avis CNC 2017/04 – Cautionnements donnés en numéraire ou en titres

Interrogée d'une part au sujet du compte du PCMN que doit utiliser une entreprise qui donne un cautionnement en titres et d'autre part sur le traitement comptable des intérêts afférents au compte 288 *Cautionnements versés en numéraire* et 418 *Cautionnements versés en*

numéraire, la CNC a répondu par un bref avis dont il ressort que :

- Les cautionnements doivent être portés sous une rubrique des immobilisations financières (288 *Cautionnements versés en numéraire*) s'ils sont versés au titre de garantie permanente. Ceci implique qu'ils sont conservés durablement. Si le cautionnement vient à échéance dans les douze mois, il semble indiqué de le comptabiliser sous le compte 418 *Cautionnements versés en numéraire* ;
- Les comptes 288 *Cautionnements versés en numéraire* et 418 *Cautionnements versés en numéraire* ne peuvent regrouper, sur la base de leur description, que des cautionnements qui sont versés en numéraire (c'est-à-dire en espèces). Dans l'attente d'une nouvelle dénomination des comptes qui sera proposée par la CNC au Gouvernement, les entreprises peuvent se servir de ces comptes pour enregistrer des cautionnements donnés en titres ;
- Les comptes 750 *Produits des immobilisations financières* et 751 *Produits des actifs circulants* correspondent respectivement aux comptes 288 *Cautionnements versés en numéraire* et 418 *Cautionnements versés en numéraire* pour le traitement comptable d'éventuels produits financiers (intérêts ou dividendes).

Avis CNC 2017/08 – Montants de l'exercice précédent lors de l'établissement des comptes annuels selon le nouveau modèle

A la suite de la transposition de la directive comptable unique 2013/34/UE par la loi du 18 décembre 2015 et par l'arrêté royal du 18 décembre 2015, les schémas complet et abrégé de comptes annuels ont été modifiés et un microschéma a été introduit pour l'exercice prenant cours à partir du 1^{er} janvier 2016.

LA CNC NE PARAÎT PAS AVOIR DÉTECTÉ L'ERREUR QUI FIGURE DANS L'ARTICLE 15 DU CODE DES SOCIÉTÉS

En particulier, les produits et charges exceptionnels ont été omis en tant que rubriques distinctes – avec pour conséquence la disparition de la rubrique distincte des résultats exceptionnels – et ont été reclasés parmi les produits et charges d'exploitation ou les produits et charges financiers au titre d'éléments non récurrents. Par ailleurs, dans les schémas complet et abrégé du bilan, les provisions font l'objet d'une ventilation plus poussée

Les montants correspondants des comptes annuels déposés pour l'exercice prenant cours le 1^{er} janvier 2016 ou ultérieurement ne correspondront donc plus à la classification des rubriques des comptes annuels déposés pour l'exercice ayant pris cours avant le 1^{er} janvier 2016 et qui fonctionnera dès lors comme exercice comparatif pour les exercices prenant cours le 1^{er} janvier 2016 ou ensuite.

Dans son avis, la CNC considère que le principe de cohérence qui requiert notamment que la présentation des comptes soit identique d'un exercice à l'autre (art. 86 A.R. C. Soc.) n'est cependant pas affecté par la transposition de la directive comptable unique 2013/34/UE et que dans la mesure où l'ajustement est purement structurel et ne consiste qu'en une subdivision, un regroupement ou une migration au sein du schéma des comptes annuels, la société devra présenter les montants de l'exercice précédent conformément aux exigences en matière de présentation applicables depuis le 1^{er} janvier 2016. Par conséquent, les montants de l'exercice en cours et de l'exercice précédent restent tout à fait comparables.

La question de savoir si une telle situation ne déclenche pas l'application de l'article 83, alinéa 2 de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés mérite selon nous d'être posée. Cette disposition prévoit en effet que: « *Si les chiffres relatifs à l'exercice ne sont pas comparables à ceux de l'exercice précédent, les chiffres de l'exercice précédent peuvent être redressés en vue de les rendre comparables; en ce cas, l'annexe doit mentionner et commenter, parmi les règles d'évaluation, avec renvoi aux rubriques concernées, les redressements opérés, si ceux-ci ne sont pas sans signification. Si les chiffres de l'exercice précédent ne sont pas redressés, l'annexe doit comporter les indications nécessaires pour permettre la comparaison.* »

La réponse donnée par la CNC sous la forme de la note infrapaginale 5⁶ nous semble à cet égard difficilement intelligible, eu égard notamment au contenu de l'avis 2016/24, et donc non totalement satisfaisante, voire erronée.⁷

Avis 2017/09 – Traitement comptable des intérêts moratoires

Par cet avis, la CNC clarifie la comptabilisation des intérêts moratoires octroyés par les pouvoirs publics en application du C.I.R. 1992, c'est-à-dire les intérêts moratoires alloués à une société dans le cadre d'un remboursement d'impôts sur les sociétés.

L'avis ne contient guère de développements théoriques et est structuré au départ d'un exemple accompagné d'écritures comptables dont les différentes étapes (réception de l'avertissement extrait de rôle, introduction d'une réclamation ou d'une demande de

⁶ « *A la suite de ceci, la Commission est de l'avis que l'article 83, al. 2 de l'AR C. Soc. n'est pas applicable parce que le schéma des comptes annuels pour l'exercice comparatif ne correspondra pas aux exigences en matière de présentation qui étaient applicables au moment de l'établissement des comptes annuels de l'exercice comparatif.* »

⁷ Voy. dans le même sens, S. VAN CROMBRUGGE, *op.cit.*, p. 868.

dégrèvement d'office, inscription au livre d'inventaire et écritures comptables à la suite du dégrèvement) permettent à la CNC de dégager ses recommandations en matière de comptabilisation.

On mettra en exergue le passage de l'avis dans lequel la CNC souligne que l'inscription à l'actif du bilan de la réclamation ou du recours introduit (en comptabilisant une créance ou éventuellement en débitant un compte de dettes, en l'espèce le sous-compte 4529 *Impôts contestés*) nécessite que cette créance soit évaluée de manière raisonnable, avec la prudence requise.

Avis CNC 2017/15 – Opérations de contrôle commun (*Common control transactions*)

La norme IFRS 3 *Business Combination* (regroupement d'entreprises) définit les regroupements d'entreprises relatifs à des entités sous contrôle commun comme des regroupements d'entreprises dans lesquels toutes les entités ou entreprises impliquées sont finalement contrôlées par la même partie ou les mêmes parties, tant avant qu'après le regroupement d'entreprises. Comme de telles transactions ne donnent pas lieu à un changement de contrôle, elles sont exclues du champ d'application de la norme IFRS 3 avec pour conséquence que le traitement comptable de ces transactions n'est pas déterminé par IFRS 3 qui prévoit qu'un regroupement d'entreprises est traité selon la méthode d'acquisition qui donne lieu le cas échéant à un goodwill.

Le traitement comptable de ces opérations n'est donc pas explicitement déterminé par les normes IFRS.

Il ressort néanmoins de la doctrine comptable internationale⁸ que les regroupements

**LA SOLUTION PRÉCONISÉE
PAR L'AVIS – EN MATIÈRE DE
REVERSE FACTORING – PEUT
ÊTRE APPROUVÉE POUR CE QUI
CONCERNE DU MOINS LE CAS
DE FIGURE PARTICULIER SUR
LEQUEL IL PORTE. D'AUTRES
CIRCONSTANCES POURRAIENT
EN EFFET CONDUIRE À
MAINTENIR LA DETTE PARMI
LES DETTES COMMERCIALES AU
BILAN DU DÉBITEUR (DONNEUR
D'ORDRE)**

d'entreprises sous contrôle commun sont souvent traités selon la méthode du *pooling of interest* (mise en commun d'intérêts) dont la caractéristique principale est qu'elle ne donne pas lieu à la comptabilisation d'un goodwill. Toutefois, n'étant pas formalisée dans une norme, l'application de cette méthode n'est pas uniforme et donne lieu à des variations ainsi que l'établit la doctrine comptable internationale des grands cabinets d'audit notamment, même si quelques principes de base semblent généralement acceptés.

Dans son avis, la CNC, après avoir illustré une situation de contrôle commun au moyen d'un exemple, acquiesce à l'approche IFRS en soulignant qu'une telle transaction ne doit pas donner lieu à un goodwill. Dans la mesure cependant où la Belgique n'a pas fait usage de l'option prévue à l'article 25 de la directive comptable unique 2013/34/UE selon lequel les Etats Membres peuvent autoriser ou imposer

⁸ Voy. notamment les décisions EECS/058-04 et EECS/1209-14 figurant dans les 3^{ème} et 7^{ème} extraits de l'*EECS's Database of Enforcement* ainsi que les travaux de l'IASB en la matière

la mise en œuvre de la méthode du *pooling of interest* pour les opérations de contrôle commun, la CNC est d'avis qu'un amortissement immédiat de ce goodwill s'impose, dans la mesure où, d'un point de vue économique, son maintien au niveau des comptes consolidés ne se justifie pas.

De l'avis de la Commission, il s'indique de présenter le coût de cet amortissement sous le compte « *charges d'exploitation non récurrentes* » des comptes consolidés, et de préciser, dans l'annexe, le mode de traitement de l'opération de contrôle commun.

Avis CNC 2017/17 – Reverse factoring

Cet avis s'inscrit à la suite de l'avis 2011/23 relatif au traitement comptable des contrats de *factoring* mais traite d'une opération connaissant un intérêt croissant initiée non pas par le fournisseur mais par le débiteur (qualifié d'acheteur dans le schéma présenté dans l'avis).

Le *reverse factoring* ou affacturage inversé consiste en un accord entre une entreprise (le débiteur) et une institution financière spécialisée (le *factor*) en vertu duquel le fournisseur transmet ses factures au *factor*, lequel s'engage au paiement immédiat des factures au fournisseur en échange d'un escompte pour paiement comptant. En d'autres termes, l'entreprise (débiteur) sera invitée à valider la facture, ce qui permettra à l'institution financière (*factor*) de procéder au paiement de la facture après déduction d'un taux d'escompte. A terme, le débiteur remboursera la facture au *factor*.

La question spécifique se posant en matière de *reverse factoring* par rapport au *factoring* consiste dans la classification de la dette dans les états financiers du débiteur (donneur d'ordre).

Au terme d'une brève analyse juridique du *reverse factoring* mettant en exergue que le *factor* devient le créancier légitime du fait du

consentement explicite du débiteur, et sur la base de l'article 95, §2, VIII et IX de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés, la CNC est d'avis, d'une part, qu'au moment de l'inventaire, la dette faisant l'objet d'un *reverse factoring* doit être reclasée du compte 44 *Dettes commerciales* au compte 439 *Dettes financières – autres emprunts* et, d'autre part, que dans le cadre d'un programme de *reverse factoring*, l'organe d'administration est tenu d'évaluer la rubrique « *Droits et engagements hors bilan* » de l'annexe avec la diligence requise.

La solution préconisée par l'avis peut être approuvée pour ce qui concerne du moins le cas de figure particulier sur lequel il porte. D'autres circonstances pourraient en effet conduire à maintenir la dette parmi les dettes commerciales au bilan du débiteur (donneur d'ordre).⁹

On relèvera enfin que la question traitée par l'avis n'est pas réglée par le référentiel IFRS mais a fait l'objet de réflexions au sein de l'IASB, de l'ESMA,¹⁰ de l'AMF, de la SEC et de plusieurs cabinets d'audit. Il en ressort que la matière est complexe, fait appel au jugement professionnel des préparateurs des états financiers et peut appeler plusieurs solutions variables en fonction des circonstances de fait.¹¹

9 Voy. dans ce sens P. LONGERSTAEY, projet d'avis de la Commission des Normes Comptables sur le « *reverse factoring* », *Actualité comptable*, n° 15, 21 août au 27 août 2017, p. 5.

10 Voy. Decision EECS/0117-06 – *Disclosures on a reverse factoring transaction in Report 21st Extract from the EECS's Database of Enforcement*, ESMA32-63-334, 31/10/2017.

11 Pour de plus amples développements, voy. P. LONGERSTAEY, *Comptabilisation des opérations d'affacturage (« *factoring* ») et d'affacturage inversé (« *reverse factoring* »)*, ACE (Luxembourg), 2018/3, p. 2.

Samenvatting

Dit artikel heeft als doel om bepaalde adviezen die in 2017 werden verstrekt door de Commissie voor Boekhoudkundige Normen kort te becommentariëren. Andere adviezen die tijdens hetzelfde jaar werden verstrekt zullen in een volgende editie worden becommentarieerd.

Summary

This contribution aims to briefly comment some of the opinions issued by the Belgian Accounting Standards Board in 2017. Other opinions issued during the same year will be commented in a subsequent contribution.

Mot du Rédacteur en chef

DE « LA FAILLITE POUR TOUS » À L'IMPÔT DES SOCIÉTÉS À 20,4 % POUR LES PME : 2018, QUELLE ANNÉE, CETTE ANNÉE-LÀ!

Woord van de hoofdredacteur

VAN "FAILLISSEMENTSREGELS VOOR IEDEREEN" TOT DE VENNOOTSCHAPSBELASTING VAN 20,4 % VOOR KMO'S: 2018, WAT EEN INDRUKWEKKEND JAAR!

Même si le Code des sociétés et des associations ne fait pas partie du lot, l'année 2018 aura été marquée par un ensemble d'œuvres législatives historiques pour la vie économique belge.

Des réformes historiques et révolutionnaires

Nous avons déjà eu l'occasion de présenter ici l'importance de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit de l'entreprise (TAA, n° 59, p. 96): il s'agit de cette loi, peu médiatisée pourtant, qui rassemble la généralité des indépendants personnes physiques, des personnes morales et d'autres organisations sans personnalité juridique, sous le concept générique d'*entreprise*, et qui leur applique un régime juridique largement commun.

Ainsi exprimé, c'est effectivement peu médiatique.

Cela n'en est pas moins révolutionnaire. Car qui aurait pu imaginer qu'on allait ainsi, par exemple, soumettre au risque de faillite toutes les professions libérales, les officiers ministériels (notaires, huissiers, avocats à la Cour de cassation), les ASBL, AISBL et fondations, les

Zelfs al maakt het Wetboek van vennootschappen en verenigingen er geen deel van uit, toch werd 2018 gekenmerkt door een geheel van voor het Belgisch bedrijfsleven historische wetgevingen.

Historische en revolutionaire her-vormingen

In een vorige uitgave van *TAA* (nr. 59, p. 96) hebben we al gewezen op het belang van de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht. Het betreft hier een nochtans weinig spraakmakende wet die de meeste zelfstandige natuurlijke personen, rechtspersonen en andere organisaties zonder rechtspersoonlijkheid bundelt in het algemeen *ondernemingsbegrip* en hen onderwerpt aan een grotendeels gemeenschappelijke rechtsregeling.

Aldus geformuleerd, is deze hervorming inderdaad weinig spraakmakend, maar niettemin revolutionair.

Want wie had kunnen denken dat, bijvoorbeeld, het faillissementsrisico voortaan ook zou gelden voor alle vrije beroepen, de ministeriële ambtenaren (notarissen, deurwaarders, advocaten bij het Hof van Cassatie), de vzw's, ivzw's en stichtingen, de ziekenfondsen en de

mutuelles et les unions professionnelles, les sociétés sans personnalité juridique, les artistes, les artisans, etc. Aucun d'entre eux n'était normalement considéré comme commerçant sous le régime antérieur, et tous échappaient ainsi au risque de faillite.

La logique de ce changement est l'abandon de la notion de commerçant, la fin de la distinction entre professions civiles et commerciales, et l'abrogation du Code de commerce de 1807. Dans la mesure où la notion de commerçant remonte au moyen âge, c'est une page millénaire qui s'est ainsi tournée.

Les conséquences de cette révolution sont nombreuses.

Non seulement, toutes les entreprises sont soumises au risque de faillite, et peuvent solliciter une réorganisation judiciaire, mais il y a aussi qu'elles deviennent toutes justiciables du tribunal de commerce – pardon, du tribunal de l'entreprise tel qu'il a été rebaptisé. On pourra donc désormais voir des avocats ou des notaires, des médecins, etc., jugés, pour leurs contentieux de droit privé, par un siège associant un magistrat professionnel et deux juges consulaires. Or on peut penser à propos de ces derniers, que pendant un certain temps encore, il s'agira surtout de *ci-devant* commerçants, en attendant l'élargissement du recrutement à des personnes issues d'autres types d'entreprises.

Et puis, tout le monde, ou presque, parmi les entreprises, devra désormais tenir une comptabilité, simplifiée pour les plus petites, complète et en partie double pour les autres. Et pour ces dernières, sous réserve du régime particulier pour les ASBL, AISBL et fondations, il s'agira en principe de la comptabilité des sociétés, telle que réglementée par l'A.R. du 30 janvier 2001. Certes, au sein des personnes physiques, les administrateurs de sociétés, les agriculteurs et les horticulteurs ne sont pas

beroepsverenigingen, de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de kunstenaars, de ambachtslieden, enz. Onder de vorige regeling werd geen van hen doorgaans als koopman of handelaar beschouwd en zo ontliepen ze allen het faillissementsrisico.

De logica achter deze verandering is het schrappen van de begrippen "koopman" en "handelaar" en het opheffen van het onderscheid tussen burgerlijke en handelsberoepen en van het Wetboek van koophandel van 1807. In de mate dat de begrippen "handelaar" en "koopman" dateren uit de Middeleeuwen, werd aldus een millennium bladzijde omgeslagen.

De gevolgen van deze revolutie zijn talrijk.

Niet alleen lopen alle ondernemingen het risico op faillissement en kunnen ze een gerechtelijke reorganisatie aanvragen, maar er is ook het feit dat ze allemaal onderworpen worden aan de rechtsmacht van de herdoopte rechtbank van koophandel, zijnde de "ondernemingsrechtbank". Voortaan kunnen advocaten of notarissen, geneesheren, enz. voor hun privaatrechtelijke geschillen worden berecht door een zetel samengesteld uit een beroepsrechter en twee rechters in ondernemingszaken. Er kan echter worden aangenomen dat de rechters in ondernemingszaken nog gedurende enige tijd vooral de vroegere handelaars zullen zijn in afwachting van de uitbreiding van de aanwerving tot personen uit andere soorten ondernemingen.

Verder zullen nagenoeg alle ondernemingen voortaan een boekhouding moeten voeren: een vereenvoudigde boekhouding voor de kleinste ondernemingen en een volledige dubbele boekhouding voor de anderen. Voor deze andere ondernemingen, onder voorbehoud van de bijzondere regeling voor vzw's, ivzw's en stichtingen, betreft het in principe de vennootschapsboekhouding zoals geregeld bij KB van 30 januari 2001. Voor de natuurlijke personen geldt deze "verplichte

visés par cette « comptabilité pour tous ». Et pour certaines institutions qui ne publiaient pas leurs comptes (comme les quatre universités complètes de droit privé), le chemin de la Centrale des bilans s'imposera dès l'exercice comptable 2020.

La notion même de personnalité juridique, plus ancienne encore que celle de commerçant, est aussi remise en cause. Certes, elle avait déjà subi des assauts antérieurs, sous l'influence du droit européen. Que ce soit en droit de la concurrence ou en TVA, l'Union européenne ne fait en effet pas dépendre l'assujettissement aux obligations qu'elle crée, de la présence ou non d'une personnalité juridique, conférée, ou non, par les Etats membres. Mais cette fois, c'est le droit belge qui, *motu proprio*, reprend parmi les entreprises titulaires des droits et obligations qu'il définit (à côté des personnes physiques qui exercent une activité professionnelle à titre indépendant et des personnes morales), « toute autre organisation sans personnalité juridique » (art. I.1, 1°, c, du Code de droit économique). Certes, n'est pas visée, « toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation » (*ibid.*), mais le principe demeure : sociétés et associations de fait sont susceptibles d'être des entreprises auxquelles s'appliquent, sauf exception, « la comptabilité pour tous » et « la faillite pour tous », notamment.

Mais aussi

On pourrait s'arrêter ici, mais nous ne pouvons pas nous empêcher de relever encore deux réformes importantes, entrées toutes deux en application le 1^{er} janvier 2018.

boekhouding voor iedereen” weliswaar niet voor de bestuurders van vennootschappen en evenmin voor de land- en tuinbouwers. En bepaalde instellingen die hun jaarrekening niet openbaar maakten (zoals de vier volledige privaatrechtelijke universiteiten), zullen vanaf boekjaar 2020 een jaarrekening bij de Balanscentrale moeten neerleggen.

Het begrip “rechtspersoonlijkheid”, dat nog ouder is dan de begrippen “handelaar” en “koopman”, wordt ook in vraag gesteld. Dit begrip werd weliswaar reeds eerder onder vuur genomen, onder invloed van het Europees recht. Zowel in het mededingings- als in het BTW-recht, laat de Europese Unie immers de onderwerping aan de door haar opgelegde verplichtingen niet afhangen van de aan- of afwezigheid van een al dan niet door de lidstaten verleende rechtspersoonlijkheid. Maar deze keer is het het Belgisch recht dat, uit eigen beweging, “iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid” opneemt onder de ondernemingen die de door dit recht vastgelegde rechten en verplichtingen dragen (naast de natuurlijke personen die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefenen en de rechtspersonen) (art. I.1, 1°, (c) van het Wetboek van economisch recht). Hieronder valt niet “iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie” (*ibid.*), maar het uitgangspunt blijft: feitelijke vennootschappen en verenigingen kunnen ondernemingen zijn waarop, behoudens uitzondering, meer bepaald “de verplichte boekhouding voor iedereen” en “de faillissementsregels voor iedereen” van toepassing zijn.

Andere belangrijke hervormingen

We zouden ons kunnen beperken tot voormelde hervormingen, maar we kunnen niet nalaten te wijzen op twee andere grote hervormingen die in werking zijn getreden op 1 januari 2018.

D'une part, en matière d'impôt des sociétés, les petites et moyennes entreprises (dont la définition s'est rapprochée de celle du Code des sociétés) ne paient plus que 20,4 % sur leurs premiers 100 000 EUR de revenu imposable, pour autant que certaines conditions soient réunies. On n'a plus souvenir, de mémoire d'homme, d'un taux plus bas.

D'autre part, les nouvelles dispositions du Code civil en matière de sûretés réelles mobilières (le fameux titre 17 du livre III) sont entrées en vigueur ; elles sont importantes en matière de crédit aux entreprises. Et ici aussi, les changements sont loin de constituer de simples nuances : ainsi, un gage sans dépossession est organisé au-delà du seul gage sur fonds de commerce, ce dernier est élargi (notamment en ce qu'il n'est plus réservé aux créanciers banquiers), et une publicité est organisée par un registre national des gages, plus accessible que ne le sont en matière immobilière les registres des conservateurs des hypothèques.

Enerzijds betalen kleine en middelgrote ondernemingen (waarvan de definitie dichter aanleunt bij die van het Wetboek van vennootschappen) nu slechts nog 20,4 % vennootschapsbelasting op hun eerste schijf van 100 000 EUR van het belastbaar inkomen, mits naleving van bepaalde voorwaarden. Sinds mensenheugenis kunnen we ons geen lager belastingtarief herinneren.

Anderzijds betreft het de nieuwe bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende zakelijke zekerheden op roerende goederen (de beroemde Titel XVII van Boek III) die van groot belang zijn in het kader van de kredietverstrekking aan ondernemingen. En ook hier gaat het niet louter om nuances. Zo werd een pandrecht zonder buitenbezitstelling ingevoerd dat verder reikt dan het louter pand op de handelszaak – dat wordt uitgebreid (meer bepaald in die zin dat het niet langer is voorbehouden aan de schuldeisers-bankiers) – dat dient te worden geregistreerd in het Nationaal Pandregister, dat toegankelijker is dan de registers van de hypothekbewaarders voor onroerende goederen.

Ceci dit, les convoyeurs attendent

Un wagon est cependant resté en gare, et l'on peut même se demander s'il n'a pas déraillé. Le Code des sociétés et associations, l'enfant préféré du professeur ministre Koen GEENS, n'a en effet pas pu être adopté avant la démission du premier ministre Charles MICHEL. Il avait été voté définitivement en commission, mais en séance plénière, l'opposition a déposé une série d'amendements fondamentaux en matière de coopératives, et recueilli les cinquante signatures nécessaires au renvoi de ceux-ci pour avis au Conseil d'Etat – ce qui gèle la suite du processus pour plusieurs semaines. L'avenir nous dira si ce projet trouvera encore une majorité pour être adopté avant les élections législatives, ou si au contraire il tombera en caducité sans en être ultérieurement relevé. Rappelons que le nouveau projet de Code contient, ou contenait, lui aussi des changements radicaux, comme

Niettemin wachten de begeleiders

Er is echter een achtergebleven wagon en we kunnen ons zelfs afvragen of die niet is ontspoord. Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, de oogappel van professor minister Koen GEENS, kon immers niet worden goedgekeurd vóór het ontslag van premier Charles MICHEL. Het ontwerp van Wetboek werd definitief gestemd in de commissie, maar de oppositie heeft in plenaire vergadering een aantal fundamentele amendementen met betrekking tot coöperatieve vennootschappen ingediend en de vijftig handtekeningen verzameld die vereist zijn om deze amendementen ter advies voor te leggen aan de Raad van State, met als gevolg de bevriezing van de goedkeuringsprocedure gedurende enkele weken. De toekomst zal uitwijzen of dit ontwerp nog vóór de parlementsverkiezingen bij meerderheid kan worden aangenomen of,

l'abandon de la notion même de capital (et de réserve légale) dans les sociétés autres que la société anonyme, la société européenne et la société coopérative européenne.

Et puis, sauf surprise, le premier trimestre 2019 devrait aussi livrer son verdict quant aux modalités de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne : par étapes comme prévu dans l'accord de Bruxelles du 25 novembre 2018, ou brutales et désordonnées en cas de brexit dit dur. Mais peu importe la méthode, cette sortie devrait logiquement modifier le statut de la *common law* d'origine anglaise en tant que source d'inspiration de la réglementation économique européenne. Soit que cette dernière veuille désormais s'en affranchir et retrouver un consensus de tradition romano-germanique, soit qu'au contraire la concurrence entre l'Union et la grande île voisine n'amène la première à déréguler à tout va.

Décidément, l'époque est passionnante, en droit des affaires aussi.

Prof. Dr. Michel DE WOLF,
Doyen honoraire de la *Louvain School of Management*
Président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises.



Votre avis nous intéresse : n'hésitez pas à nous faire part de vos suggestions à l'adresse info@icci.be.

in tegendeel, zal vervallen zonder naderhand te worden hernomen. Wij herinneren eraan dat ook het nieuw ontwerp van Wetboek een aantal drastische veranderingen bevat, of bevatte, zoals het schrappen van het begrip "kapitaal" (en "wettelijke reserve") in vennootschapen andere dan de naamloze vennootschap, de Europese vennootschap en de Europese coöperatieve vennootschap.

Verder zou, normaal gezien, in het eerste kwartaal van 2019 een akkoord moeten worden bereikt over de modaliteiten van het uittreden van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie: ofwel in fasen zoals voorzien in het akkoord van Brussel van 25 november 2018, ofwel abrupt en chaotisch in geval van de zogenaamde harde brexit. Maar ongeacht de toegepaste methode zou deze uittreding logischerwijs de status van het van oorsprong Engelse *common law*-stelsel als inspiratiebron voor de Europese economische regelgeving, moeten wijzigen. Ofwel zal deze Europese regelgeving zich voortaan willen onttrekken aan het *common law*-stelsel en een consensus van Romeins-Germaanse traditie willen bereiken, ofwel zal de mededinging tussen de Europese Unie en het grote naburig eiland daarentegen leiden tot een ongecontroleerde deregulering.

Het is zonder twijfel een boeiende tijd, ook in ondernemingsrecht.

Prof. Dr. Michel DE WOLF,
Eredecaan van de *Louvain School of Management*
Erevoorzitter van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren

Uw advies interesseert ons: aarzel niet ons uw suggesties mee te delen op het adres info@icci.be.