

Voorafgaand akkoord - Statuut van beleggingsonderneming

Overeenkomstig artikel 11 van het koninklijk besluit van 23 augustus 2004 tot uitvoering van artikel 63, §§ 1 en 3, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna het "KB Ruling" genoemd), publiceert de FSMA een samenvatting van een aanvraag tot voorafgaand akkoord alsook van de beslissing die haar directiecomité ter zake heeft genomen, na weglating van de nominatieve en vertrouwelijke gegevens.

De aanvrager wenste te vernemen of de activiteiten die hij voornemens was te verrichten:

- onder de definitie vielen van beleggingsonderneming als vastgesteld in artikel 44 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen (hierna de "wet van 6 april 1995" genoemd) (artikel 1, § 1, tweede lid, 5° van het KB Ruling) ;
- onder de definitie vielen van beleggingsdienst of nevendienst als vastgesteld in artikel 46, 1° en 2° van de wet van 6 april 1995 (artikel 1, § 1, tweede lid, 7° van het KB Ruling).

In essentie komen de voorgenen activiteiten neer op de commercialisering van een product dat volgens de aanvrager een oplossing biedt voor de vergoeding van de leiders(-aandeelhouders) van Belgische vennootschappen. Dit product zou toelaten hen te vergoeden via de toekenning van *stock options*, waarvoor de wettelijke regeling gebaseerd is op de wet van 26 maart 1999. Het product is erop gericht het verschil te verkleinen tussen de totale kostprijs die betaald wordt door de vennootschap van de leider(-aandeelhouder) (hierna de "Vennootschap-Cliënt" genoemd) en de nettovergoeding die de leider(-aandeelhouder) (hierna de "Begunstigde" genoemd) ontvangt.

De FSMA heeft deze aanvraag ontvankelijk verklaard, met uitzondering van de vraag of de voorgenen activiteiten onder de definitie vallen van nevendienst als vastgesteld in artikel 46, 2° van de wet van 6 april 1995. De FSMA heeft immers geoordeeld dat de aanvrager geen belang heeft bij een antwoord op deze vraag aangezien het louter verrichten van nevendiensten niet leidt tot een kwalificatie als beleggingsonderneming (zodat er geen vergunning als beleggingsonderneming is vereist) (artikelen 44 en 47, § 3 van de wet van 6 april 1995). Behoudens deze beperking heeft het directiecomité van de FSMA, om de hieronder uiteengezette redenen, besloten het gevraagde voorafgaand akkoord verleend.

De voorgenen activiteiten behelzen vier transacties tussen verschillende actoren die in de onderstaande chronologische volgorde worden uitgevoerd:

- De eerste verrichting houdt in dat de Vennootschap-Cliënt kosteloos aankoopopties uitdeelt en toekent aan de Begunstigde. Deze aankoopopties hebben een looptijd van tien jaar en rechten van deelneming in een bevek als onderliggende waarde. Conform artikel 2, 1°, d) van de wet van 2 augustus 2002 worden opties die betrekking hebben op effecten beschouwd als "financiële instrumenten".

De rol van de aanvrager zou beperkt blijven tot het verlenen van hulp bij het opstellen van de wettelijke documenten en het verzorgen van de vereiste correspondentie met de Begunstigde en de Vennootschap-Cliënt voor de waardering van de opties en het vaststellen van het voordeel van alle aard dat de Begunstigde toekomt. Het product zou worden

voorgesteld aan de Begunstigden zonder een voorafgaand onderzoek van de specifieke situatie van deze leiders.

- Bij de tweede verrichting, die plaatsvindt na een blokkeringsperiode van ten minste één jaar, koopt de Vennootschap-Cliënt dekkingsopties van de aanvrager die deze opties uitgeeft. De onderliggende waarde van deze dekkingsopties is een financiële index. Conform artikel 2, 1°, d) van de wet van 2 augustus 2002 worden opties die betrekking hebben op financiële indexen beschouwd als "financiële instrumenten".

De rol van de aanvrager zou beperkt blijven tot, enerzijds, het uitgeven van de dekkingsopties en de verkoop ervan aan de Vennootschap-Cliënt en, anderzijds, het verzorgen van de vereiste correspondentie met de Vennootschap-Cliënt voor de waardering van de betrokken opties alsook van het operationele beheer ingevolge de aankoop van de opties. Het operationele beheer houdt hoofdzakelijk het opstellen in van alle wettelijk vereiste documenten voor de transactie, inclusief de waardering van de betrokken OTC-opties op grond van marktparameters en -prijzen.

- De derde verrichting houdt in dat de Begunstigde alle of een deel van de opties die hij heeft ontvangen van de Vennootschap-Cliënt kan verkopen aan om het even welke koper, onder wie de aanvrager. Deze laatste verbindt zich ertoe de opties terug te kopen mits de fiscale voorwaarden worden nageleefd als opgelegd door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in Fiscale Zaken.

De aanvrager zou instaan voor alle nodige correspondentie met de Begunstigde en met de Vennootschap-Cliënt met het oog op de waardering van de opties en het vereiste operationele beheer voor hun verkoop. Het operationele beheer behelst dezelfde activiteiten als in het kader van de tweede transactie, met name het opstellen van alle wettelijk vereiste documenten voor de transactie, inclusief de waardering van de betrokken OTC-opties op grond van marktparameters en -prijzen.

Wat de verkoop van de opties zelf betreft, zou de aanvrager geen rol spelen in de verkoop als de opties gekocht worden door een derde. De aanvrager zou niet optreden als de opties worden uitgeoefend.

- In het kader van de vierde verrichting kan de aanvrager, ten vroegste dertig dagen na de vorige verrichting, de opties die hij heeft gekocht van de Begunstigde doorverkopen aan de Vennootschap-Cliënt. De Vennootschap-Cliënt verbindt zich ertoe om alle opties die de aanvrager heeft gekocht van de Begunstigde terug te kopen in ruil voor de dekkingsopties.

Onder die voorwaarden (en meer bepaald mits dit "operationele beheer" daadwerkelijk beperkt blijft tot dergelijke activiteiten) was de FSMA van oordeel dat de aanvrager geen beleggingsdiensten of -activiteiten gaat verrichten *behoudens* het handelen voor eigen rekening (zie artikel 46, eerste lid, 1°, 3 van de wet van 6 april 1995).

In artikel 46, eerste lid, 7° van de wet van 6 april 1995 wordt handelen voor eigen rekening als volgt gedefinieerd: *"met eigen kapitaal handelen in één of meer financiële instrumenten, hetgeen resulteert in het uitvoeren van transacties"*. Voor het kopen en verkopen van opties gaat de aanvrager inderdaad zijn eigen kapitaal aanwenden om financiële instrumenten te verhandelen. Met het begrip "transactie" dat in de voormelde bepaling wordt gehanteerd, worden evenwel niet louter transacties bedoeld die op gereguleerde markten worden uitgevoerd, zodat het feit dat de verrichtingen "over the counter" zouden plaatsvinden in casu geen relevant criterium vormt.

Aangezien de aanvrager, overeenkomstig artikel 45, §1, 5° van de wet van 6 april 1995, geen enkele beleggingsdienst of -activiteit gaat verrichten *behoudens* het handelen voor eigen rekening, en hij noch als market maker, noch als systematische internaliseerder gaat optreden, heeft de FSMA geoordeeld dat de activiteiten die hij voornemens is uit te voeren niet onder de definitie vallen van beleggingsonderneming als vastgelegd in artikel 44 van de wet van 6 april 1995 (zie artikel 45, § 1, 5° van de wet van 6 april 1995).

* * *

Dit voorafgaand akkoord geldt uitsluitend voor de voorgenomen activiteiten als beschreven in de aanvraag. Voorts heeft het enkel betrekking op de voormelde vragen (zie artikel 1, § 1, tweede lid, 5° en 7° van het KB Ruling). De FSMA spreekt zich met name niet uit over de toepassing van de overige financiële regelgeving, noch over het fiscale aspect van de activiteiten die de aanvrager voornemens is uit te voeren.

Dit voorafgaand akkoord is enkel bindend voor de FSMA. In dit verband vestigt de FSMA de aandacht op de bevoegdheidsverdeling als geregeld door de wet van 6 april 1995 die enerzijds de FSMA heeft aangesteld als toezichthouder voor de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, en anderzijds de Nationale Bank van België heeft aangeduid als toezichthouder voor de beursvennootschappen (artikel 46, 43°).