

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

Avis 37.412/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 15 juin 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers", a donné le 7 juillet 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

#### Formalités préalables

Selon les informations fournies au Conseil d'État, la Banque centrale européenne est consultée sur l'avant-projet de loi. C'est sous le bénéfice de l'absence d'observations de sa part que le présent avis est donné.

#### Fondement juridique

##### Intitulé

L'intitulé de l'avant-projet de loi "relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers", parce qu'il est complet, est relativement long.

Pour la commodité des références aux articles 3 à 17 de l'avant-projet de loi, le dispositif en projet pourrait prévoir que lesdits articles peuvent être identifiés par une référence à un intitulé abrégé de la loi (par exemple : "loi relative aux sûretés financières").

### Observation générale

Afin de permettre aux Parlementaires d'exercer leur droit d'amendement en toute connaissance de cause, il conviendrait de joindre au projet un tableau décrivant, d'une part, les exigences de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, et, d'autre part, l'état du droit interne en vigueur ainsi que la mesure dans laquelle soit celui-ci satisfait au droit européen, soit il y est apporté une adaptation pour ce faire en ce compris par rapport à l'intention des auteurs de l'avant-projet, d'aller au-delà de la simple transposition de cette directive dans le cas où elle l'autorise.

### Observations particulières

#### Dispositif

#### Article 13

Il résulte du texte en projet, tel qu'il est soumis à la section de législation du Conseil d'État, que sont uniquement visées les opérations de cession-rétrocession. En revanche, le texte s'abstient de régler le transfert de propriété à titre de garantie (article 12 soumis à la relecture technique sur la base de la décision du Conseil des ministres du 9 juin 2004 et qui ne figure pas dans l'avant-projet soumis à l'avis du Conseil d'État).

Si le choix de ne pas régler le transfert de propriété à titre de garantie est maintenu, il y aurait lieu, pour les auteurs de l'avant-projet, de vérifier la conformité de cette option partielle par rapport à l'article 1<sup>er</sup>, § 3, de la directive 2002/47/CE, précitée, et aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Article 18

(Loi du 2 janvier 1991, article 3)

Dans l'article 3, § 2, 2°, en projet, il y a lieu de viser non pas les États membres de l'Union européenne mais ceux de l'Espace économique européen, comme l'a confirmé le délégué du ministre.

Article 47

À l'article 230, 2° et 2°bis en projet, du CIR, l'attribution au ministre du pouvoir de fixer des conditions n'est juridiquement admissible que si ces conditions portent sur des questions de détail ou de forme.

Article 58

(CIR, article 283)

Idéalement, le régime fiscal en projet devrait être conçu de telle façon qu'un "usage impropre" de celui-ci ne soit pas possible.

Si tel n'est pas le cas, des mesures "anti-abus" sont admissibles pour autant qu'elles puissent atteindre leur but sans que l'administration soit confrontée à des tâches administratives démesurées ou les contribuables, à l'insécurité juridique; il faut aussi que la mesure ne dépasse pas son objet en frappant des opérations normales.

Sur ce point, le délégué du ministre a expliqué ce qui suit.

"(...) cette disposition vise à combattre un abus potentiel mais de telle sorte que des opérations non-abusives soient également rendues impossibles.

Le volet fiscal fait, en droit fiscal, une analyse de droit civil (ou de droit commun) de la nature juridique d'une indemnité pour coupon manquant comme étant une véritable indemnité, à qualifier en droit fiscal comme un revenu divers (avant, la Belgique s'était singularisée dans un contexte international en dérogeant à cette analyse par une disposition la qualifiant comme un revenu mobilier). Partant, une personne pourra, dans l'hypothèse où il a prêté des actions (ou parts) à une autre personne, recevoir en lieu et place d'un dividende, soumis à un précompte mobilier, une indemnité pour coupon manquant, non-soumis à un

.../...

précompte mobilier sauf dérogation expresse. La personne recevant l'indemnité pourra dès lors réaliser un gain fiscal en cas de substitution de l'indemnité sans précompte à un dividende avec précompte qui aurait été définitif dans son chef. Des dispositions anti-abus prévoient alors de soumettre à nouveau l'indemnité à un précompte équivalent au précompte du sous-jacent, p.e. la perception d'un précompte mobilier libératoire sur les indemnités pour coupon manquant pour les personnes physiques et morales. Seulement, dans le cas de figure de l'article 283 (le prêteur de ces instruments financiers est un résident d'un État avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition et n'a pas affecté ces instruments financiers à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique - un établissement fixe en Belgique), cette technique n'est pas possible à cause de clauses dans les conventions préventives de la double imposition qui disent que la seule partie qui puisse imposer ces indemnités, est l'état du domicile de la personne qui perçoit l'indemnité. Dès lors, vous voyez apparaître dans l'article 283 une autre technique, qui est de dire que le précompte ne sera plus imputable dans le chef de l'emprunteur d'actions de sociétés belges.

Par son application générale, cette disposition pose problème :

- tout d'abord, la situation d'abus présuppose une collusion entre le prêteur et l'emprunteur (il faut que les deux entrent dans une combine où l'un prend à charge des actions pour lequel il aura une imputation de précompte sur dividende à l'avantage de l'autre personne qui reçoit l'indemnité sans précompte). La disposition ne vise déjà pas maintenant des situations de transferts à titre de sûreté réelle parce que de telles conventions se font avec intermédiation d'un système centralisé dans lequel les parties ne se connaissent pas. Seulement, des prêts d'actions peuvent également se faire via un système centralisé - la question de son application se pose dès lors que le prêteur n'est pas connu par l'emprunteur visé par l'article ;
- il se peut également que des prêteurs pouvaient de toute façon bénéficier d'un avantage en terme de précompte mobilier et qu'il n'avaient dès lors pas de gain réel à chercher en entrant dans une telle combine :  
le prêteur peut être la société-mère au sens de la directive mère-fille de la société belge dont il prête les actions (il détenait plus que 25% des actions de sa fille) et un précompte n'était de toute façon pas dû dans son chef;  
les prêteurs dans des pays avec convention peuvent dans la plupart des cas bénéficier d'une réduction immédiate (avec certificat) ou ultérieure (avec réclamation) du précompte mobilier à la frontière; l'article rend non-imputable dans le chef de l'emprunteur un précompte d'en principe 25% alors que le gain potentiel du prêteur n'est que de 15% (à nouveau dans la plupart des cas);  
la question juridique du respect du principe d'égalité de traitement se pose puisque la disposition traite des opérations à caractère abusif et non-abusif sans aucune discrimination et applique (par) de surcroît une sanction plus grave que le gain fiscal qui pouvait être obtenu.  
La disposition est en quelque sorte inefficace puisque pour des emprunts par des sociétés belges d'actions belges, elle mène à deux conclusions :
- le surcoût fiscal aura comme effet que des opérations entre sociétés belges et résidents étrangers visés n'auront pas lieu; nous nous passons des avantages indirects d'un cadre légal adéquat pour ce type d'opérations : les marchés d'actions belges (Euronext) peuvent devenir beaucoup plus liquides en permettant à ces opérations d'avoir lieu (les mêmes actions font l'objet de plusieurs transactions);

- des sociétés belges qui seraient quand même encore visées par l'article, vont à leur tour prêter les actions à un non-résident et de (telle) sorte, elles aussi, (à) recevoir une indemnité ...

Dans une nouvelle rédaction de la disposition, il serait des lors souhaitable de mieux cibler les situations d'abus pour autant qu'elles puissent arriver. La technique de certification pourrait être utile à cet égard puisque :

- elle existe déjà et constitue dès lors un instrument connu par les intervenants; les conventions préventives de double imposition prévoient déjà maintenant qu'une réduction du précompte mobilier peut être obtenue moyennant certification de la part du bénéficiaire du dividende de se trouver dans le cas de figure visée par la convention; même remarque par ailleurs en ce qui concerne l'application de la directive mère-fille (certification de détenir au moins 25% des actions); ici la certification se fait par rapport à l'émetteur belge des actions : le contrôleur peut dans son chef vérifier s'il y a eu une retenue correcte du précompte mobilier;
- dans le cas de figure de l'emprunteur belge d'actions belges, ce dernier pourrait comme un préalable au paiement de l'indemnité pour coupon manquant, demander au bénéficiaire d'attester que celui se trouve dans une situation non-abusive. Ce certificat pourrait servir comme pièce comptable permettant l'imputation du précompte mobilier de l'action empruntée (éventuellement avec une rubrique spécifique dans la déclaration fiscale comme p.e. « imputations avec certificat »). Nous pourrions en plus prendre en considération la possibilité d'insérer une présomption réfragable de collusion en faux en écriture, s'il devait se découvrir par après que le certificat présenterait une situation fausse".

Il résulte des explications fournies au Conseil d'État que le texte en projet gagnerait à être reconsidéré sous cet angle puisque, de l'avis même de ses auteurs, sa portée dépasse leurs intentions, dans la mesure où la mesure anti-abus frapperait des opérations considérées comme normales.

-----

La chambre était composée de

|           |              |                       |
|-----------|--------------|-----------------------|
| Messieurs | Y. KREINS,   | président de chambre, |
|           | J. JAUMOTTE, | conseillers d'État,   |
| Mesdames  | M. BAGUET,   |                       |
|           | B. VIGNERON, | greffier.             |

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

B. VIGNERON

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

-----

ADVIES 37.412/2

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

-----

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 15 juni 2004 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten", heeft op 7 juli 2004 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

#### Voorafgaande vormvereisten

Volgens de uitleg verstrekt aan de Raad van State wordt over het voorontwerp van wet het advies ingewonnen van de Europese Centrale Bank. Het onderhavige advies wordt gegeven onder voorbehoud van opmerkingen vanwege die instantie.

#### Rechtsgrond

#### Opschrift

Het opschrift van het voorontwerp van wet "betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten", is vrij lang omdat het volledig is.

Om vlotter te kunnen verwijzen naar de artikelen 3 tot 17 van het voorontwerp van wet, zou in het ontworpen dispositief bepaald kunnen worden dat de genoemde artikelen aangeduid kunnen worden met een verwijzing naar een verkort opschrift van de wet (bijvoorbeeld : "financiëlezekerheidswet").

### Algemene opmerking

Om de parlementsleden in staat te stellen hun recht van amendering uit te oefenen met volle kennis van zaken, dient bij het ontwerp een tabel te worden gevoegd waarin enerzijds de vereisten van richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten beschreven worden, en anderzijds de stand van het geldende interne recht en de mate waarin dit ofwel voldoet aan het Europese recht, ofwel daartoe wordt aangepast, ook ten aanzien van de bedoeling van de stellers van het voorontwerp om verder te gaan dan de loutere omzetting van die richtlijn, daar waar zulks bij die richtlijn is toegestaan.

### Bijzondere opmerkingen

#### Dispositief

#### Artikel 13

Uit de ontworpen regeling, zoals die voorgelegd is aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State, blijkt dat deze alleen betrekking heeft op de cessie-retrocessie verrichtingen. De eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid daarentegen wordt niet geregeld (artikel 12 dat ingevolge een beslissing van de Ministerraad van 9 juni 2004 aan een technische herlezing wordt onderworpen, en niet is opgenomen in het voorontwerp dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd).

Indien de keuze gehandhaafd wordt om de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid niet te regelen, dienen de stellers van het voorontwerp na te gaan of die deelkeuze strookt met artikel 1, lid 3, van de genoemde richtlijn 2002/47/EG en met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

#### Artikel 18

(Wet van 2 januari 1991, artikel 3)

In het ontworpen artikel 3, § 2, 2°, hoeven niet de lidstaten van de Europese Unie genoemd te worden, maar die van de Europese Economische Ruimte, zoals de gemachtigde van de minister heeft bevestigd.

.../...

Artikel 47

Het toewijzen van de bevoegdheid om de voorwaarden vast te stellen aan de minister in het ontworpen artikel 230, 2° en 2°*bis*, van het WIB, is alleen juridisch aanvaardbaar indien die voorwaarden betrekking hebben op detail- of vormkwesties.

Artikel 58

(WIB, artikel 283)

Idealiter zou het ontworpen belastingstelsel zo moeten worden uitgewerkt dat een "oneigenlijk gebruik" ervan onmogelijk is.

Indien dat niet het geval is, zijn "anti-misbruikmaatregelen" aanvaardbaar voorzover daarmee de doelstelling ervan kan worden bereikt zonder dat het bestuur te maken krijgt met buitensporige administratieve taken, of de belastingplichtigen met rechtsonzekerheid; de maatregel mag evenmin het doel ervan voorbijschieten doordat ze gevolgen zou teweegbrengen voor de normale verrichtingen.

Wat dat betreft heeft de gemachtigde van de minister het volgende verklaard.

"(...) cette disposition vise à combattre un abus potentiel mais de telle sorte que des opérations non-abusives soient également rendues impossibles.

Le volet fiscal fait, en droit fiscal, une analyse de droit civil (ou de droit commun) de la nature juridique d'une indemnité pour coupon manquant comme étant une véritable indemnité, à qualifier en droit fiscal comme un revenu divers (avant, la Belgique s'était singularisée dans un contexte international en dérogeant à cette analyse par une disposition la qualifiant comme un revenu mobilier). Partant, une personne pourra, dans l'hypothèse où il a prêté des actions (ou parts) à une autre personne, recevoir en lieu et place d'un dividende, soumis à un précompte mobilier, une indemnité pour coupon manquant, non-soumis à un précompte mobilier sauf dérogation expresse. La personne recevant l'indemnité pourra dès lors réaliser un gain fiscal en cas de substitution de l'indemnité sans précompte à un dividende avec précompte qui aurait été définitif dans son chef. Des dispositions anti-abus prévoient alors de soumettre à nouveau l'indemnité à un précompte équivalent au précompte du sous-jacent, p.e. la perception d'un précompte mobilier libératoire sur les indemnités pour coupon manquant pour les personnes physiques et morales. Seulement, dans le cas de figure de l'article 283 (le prêteur de ces instruments financiers est un résident d'un État avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition et n'a pas

.../...

affecté ces instruments financiers à l'exercice d'une activité professionnelle en Belgique - un établissement fixe en Belgique), cette technique n'est pas possible à cause de clauses dans les conventions préventives de la double imposition qui disent que la seule partie qui puisse imposer ces indemnités, est l'état du domicile de la personne qui perçoit l'indemnité. Dès lors, vous voyez apparaître dans l'article 283 une autre technique, qui est de dire que le précompte ne sera plus imputable dans le chef de l'emprunteur d'actions de sociétés belges.

Par son application générale, cette disposition pose problème :

- tout d'abord, la situation d'abus présuppose une collusion entre le prêteur et l'emprunteur (il faut que les deux entrent dans une combine où l'un prend à charge des actions pour lequel il aura une imputation de précompte sur dividende à l'avantage de l'autre personne qui reçoit l'indemnité sans précompte). La disposition ne vise déjà pas maintenant des situations de transferts à titre de sûreté réelle parce que de telles conventions se font avec intermédiation d'un système centralisé dans lequel les parties ne se connaissent pas. Seulement, des prêts d'actions peuvent également se faire via un système centralisé - la question de son application se pose dès lors que le prêteur n'est pas connu par l'emprunteur visé par l'article ;
- il se peut également que des prêteurs pouvaient de toute façon bénéficier d'un avantage en terme de précompte mobilier et qu'il n'avaient dès lors pas de gain réel à chercher en entrant dans une telle combine :  
le prêteur peut être la société-mère au sens de la directive mère-fille de la société belge dont il prête les actions (il détenait plus que 25% des actions de sa fille) et un précompte n'était de toute façon pas dû dans son chef;  
les prêteurs dans des pays avec convention peuvent dans la plupart des cas bénéficier d'une réduction immédiate (avec certificat) ou ultérieure (avec réclamation) du précompte mobilier à la frontière; l'article rend non-imputable dans le chef de l'emprunteur un précompte d'en principe 25% alors que le gain potentiel du prêteur n'est que de 15% (à nouveau dans la plupart des cas);  
la question juridique du respect du principe d'égalité de traitement se pose puisque la disposition traite des opérations à caractère abusif et non-abusif sans aucune discrimination et applique (par) de surcroît une sanction plus grave que le gain fiscal qui pouvait être obtenu.  
La disposition est en quelque sorte inefficace puisque pour des emprunts par des sociétés belges d'actions belges, elle mène à deux conclusions :
- le surcoût fiscal aura comme effet que des opérations entre sociétés belges et résidents étrangers visés n'auront pas lieu; nous nous passons des avantages indirects d'un cadre légal adéquat pour ce type d'opérations : les marchés d'actions belges (Euronext) peuvent devenir beaucoup plus liquides en permettant à ces opérations d'avoir lieu (les mêmes actions font l'objet de plusieurs transactions);
- des sociétés belges qui seraient quand même encore visées par l'article, vont à leur tour prêter les actions à un non-résident et de (telle) sorte, elles aussi, (à) recevoir une indemnité ...

.../...

Dans une nouvelle rédaction de la disposition, il serait des lors souhaitable de mieux cibler les situations d'abus pour autant qu'elles puissent arriver. La technique de certification pourrait être utile à cet égard puisque :

- elle existe déjà et constitue dès lors un instrument connu par les intervenants; les conventions préventives de double imposition prévoient déjà maintenant qu'une réduction du précompte mobilier peut être obtenue moyennant certification de la part du bénéficiaire du dividende de se trouver dans le cas de figure visée par la convention; même remarque par ailleurs en ce qui concerne l'application de la directive mère-fille (certification de détenir au moins 25% des actions); ici la certification se fait par rapport à l'émetteur belge des actions : le contrôleur peut dans son chef vérifier s'il y a eu une retenue correcte du précompte mobilier;
- dans le cas de figure de l'emprunteur belge d'actions belges, ce dernier pourrait comme un préalable au paiement de l'indemnité pour coupon manquant, demander au bénéficiaire d'attester que celui se trouve dans une situation non-abusive. Ce certificat pourrait servir comme pièce comptable permettant l'imputation du précompte mobilier de l'action empruntée (éventuellement avec une rubrique spécifique dans la déclaration fiscale comme p.e. « imputations avec certificat »). Nous pourrions en plus prendre en considération la possibilité d'insérer une présomption réfragable de collusion en faux en écriture, s'il devait se découvrir par après que le certificat présenterait une situation fausse".

Uit de uitleg verstrekt aan de Raad van State blijkt dat de ontworpen regeling beter uit dat oogpunt wordt herzien, aangezien, en de stellers ervan zijn het daarmee eens, de strekking ervan hun bedoelingen voorbijschiet, voorzover de anti-misbruikmaatregel ook gevolgen zou hebben voor verrichtingen die als normaal worden beschouwd.

-----

De kamer was samengesteld uit

|           |              |                  |
|-----------|--------------|------------------|
| de Heren  | Y. KREINS,   | kamervoorzitter, |
|           | J. JAUMOTTE, | staatsraden,     |
| Mevrouwen | M. BAGUET,   |                  |
|           | B. VIGNERON, | griffier.        |

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS