

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.408/1  
VAN 24 JUNI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING  
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 10 juni 2010 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot aanpassing van het KB/WIB 92 betreffende de aanduiding van een aansprakelijke vertegenwoordiger in het kader van gecentraliseerde systemen voor het lenen en ontfemen van financiële instrumenten", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

\*

\*   \*

### STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1.           Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe het koninklijk besluit van 27 augustus 1993 tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: KB/WIB 92) aan te passen, in hoofdzaak om tegemoet te komen aan bezwaren die de Europese Commissie heeft geuit.

Voor de erkenning als «gecentraliseerd systeem voor het lenen en ontlenden van financiële instrumenten» in de zin van artikel 261, derde lid, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna: WIB 92) <sup>1</sup> en voor zover de beheerder van het systeem in België niet zijn maatschappelijke zetel, noch zijn voornaamste inrichting, noch zijn zetel van bestuur of beheer heeft, is op grond van het thans geldende artikel 73<sup>7</sup> KB/WIB 92 vereist dat voorafgaand aan de aanvraag tot erkenning, een in België verblijvende aansprakelijke vertegenwoordiger wordt aangeduid die er zich persoonlijk toe verbindt te zullen voldoen aan alle verplichtingen die hem krachtens het KB/WIB 92 ten laste worden gelegd. De Europese Commissie acht deze regel in strijd met het vrije verkeer.

---

<sup>1</sup>Artikel 73<sup>11</sup>, eerste lid KB/WIB 92 stelt dat het gecentraliseerd systeem voor het lenen en ontlenden van financiële instrumenten moet toelaten per geleend financieel instrument het bedrag te bepalen van de diverse inkomsten bedoeld in artikel 90, 111/ WIB 92 en van de vergoedingen voor lening betaald door en aan iedere deelnemer gedurende vijf jaar na het jaar waarin deze inkomsten zijn betaald.

Artikel 2 van het ontwerp strekt ertoe de voormelde erkenningsvoorwaarde enkel nog te behouden voor beheerders die noch hun maatschappelijke zetel, noch hun voornaamste inrichting, noch hun zetel van bestuur of beheer hebben in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER). Artikel 73<sup>7</sup> KB/WIB 92 wordt in die zin aangepast.

De overige artikelen van het ontwerp betreffen technische aanpassingen aan hetzelfde besluit (artikelen 1 en 3), de regeling van de inwerkingtreding van artikel 2 van het ontwerp (artikel 4) en de uitvoeringsbepaling (artikel 5).

2. Voor de ontworpen wijzigingen is rechtsgrond voorhanden in artikel 261, derde lid WIB 92, zoals correct wordt aangegeven in de aanhef van het ontwerp.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Artikel 4

Volgens artikel 4 van het ontwerp is artikel 2 van toepassing "vanaf aanslagjaar 2011". Daardoor wordt de geldende regeling, die de Europese Commissie in strijd met het recht van de Europese Unie acht, nog korte tijd in stand gehouden, zij het als overgangsregeling. Het is de vraag of de Commissie hiermee genoeg zal nemen.

Meer in het algemeen rijst de vraag of de overheid een regeling die in strijd is met een hogere rechtsnorm<sup>2</sup>, als overgangsmaatregel in stand mag houden. Wegens die strijdigheid zou de lagere regeling in beginsel onverwijld aangepast moeten worden. Eventueel zou daarvan kunnen worden afgeweken voor zover de spoedige overgang naar de nieuwe regeling onevenredige moeilijkheden zou doen rijzen met betrekking tot de correcte heffing van de bedoelde roerende voorheffing. Maar ook in dat geval moet de strijdige regeling zo snel mogelijk worden aangepast.

---

<sup>2</sup>In het verslag aan de Koning dat bij het ontwerp is gevoegd, verklaart de bevoegde minister dat "België beslist (heeft) om zich aan te passen aan het advies van de Europese Commissie".

Over de vraag waarom voor die overgangsregeling is geopteerd, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

"L'entrée en vigueur «vanaf aanslagjaar 2011» offre deux avantages:

- 1/ Plus grande facilité de connaissance et d'application de la législation quand les modifications sont applicables à partir d'un nouvel exercice d'imposition que quand elles interviennent en cours d'exercice.
- 2/ Le délai avant la mise en application de la mesure va permettre à l'Administration de s'organiser pour le contrôle et la surveillance plus complexes qu'entraîne la suppression de représentants responsables résidant en Belgique pour les gestionnaires d'Etats membres de l'Espace économique européen".

Die toelichting overtuigt niet.

Dat de rechtszekerheid gebaat is met een uitgestelde inwerkingtreding, valt sterk te betwijfelen. Door de aanpassing van artikel 73<sup>7</sup> KB/WIB 92 valt in de meeste gevallen een voorafgaande voorwaarde voor (het doen van een aanvraag tot) erkenning weg. De mededeling van de in artikel 73<sup>9</sup> KB/WIB 92 vermelde parameters die van belang zijn voor het berekenen van de verschuldigde roerende voorheffing moeten overigens niet per aanslagjaar worden meegedeeld, doch voor de periode die loopt van 1 september van het vorig jaar tot 31 augustus van het lopend jaar. Die mededeling dient te gebeuren vóór 15 december van ieder kalenderjaar. De nieuwe regeling brengt mee dat de erkende beheerder die niet in België doch binnen de EER gevestigd is, zelf de parameters zal moeten meedelen, en niet langer zijn aansprakelijke vertegenwoordiger. Ingeval die mededeling toch nog door de aansprakelijke vertegenwoordiger zou worden gedaan, kan dat zonder juridisch bezwaar worden beschouwd als een mededeling door de beheerder zelf.

Dat de uitgestelde inwerkingtreding noodzakelijk zou zijn om de fiscale administratie toe te laten zich met het oog op de controle en het toezicht te organiseren, lijkt evenmin een valabel argument. De administratie beschikt immers over een voldoende termijn om die gegevens, voor zover ze niet zouden zijn medegedeeld op grond van artikel 73<sup>9</sup> KB/WIB 92, op te vragen via de bevoegde buitenlandse fiscale administraties op grond van de Europese richtlijnen betreffende wederzijdse bijstand.

.../...

De Raad van State, afdeling Wetgeving, beveelt daarom aan om ook voor artikel 2 van het ontworpen besluit, de normale regels van inwerkingtreding te laten gelden.

-----

De kamer was samengesteld uit

|          |                                  |                                          |
|----------|----------------------------------|------------------------------------------|
| de Heren | M. VAN DAMME,                    | kamervoorzitter,                         |
|          | J. BAERT,<br>W. VAN VAERENBERGH, | staatsraden,                             |
|          | M. RIGAUX,<br>L. DENYS,          | assessoren van de<br>afdeling Wetgeving, |
| Mevrouw  | A. BECKERS,                      | griffier.                                |

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. VAN CALENBERGH, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 48.408/1  
DU 24 JUIN 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION  
DU CONSEIL D'ÉTAT

-----

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 10 juin 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "adaptant l'AR/CIR 92 quant à la désignation d'un représentant responsable dans le cadre des systèmes centralisés de prêts d'instruments financiers", a donné l'avis suivant:

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

\*

\*   \*

### PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Le projet soumis pour avis a pour objet d'adapter l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : AR/CIR 92), principalement en vue de donner suite aux objections exprimées par la Commission européenne.

Conformément à l'article 73<sup>7</sup> de l'AR/CIR 92 actuellement en vigueur, pour être agréé en tant que «système centralisé de prêt d'instruments financiers» au sens de l'article 261, alinéa 3, du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après: CIR 92) <sup>1</sup>, le gestionnaire du système, qui n'a en Belgique ni son siège social, ni son principal établissement, ni son siège de direction ou d'administration doit, préalablement à la demande d'agrément, désigner un représentant responsable résidant en Belgique qui s'engage personnellement à répondre à toutes les obligations qui sont mises à sa charge en vertu de l'AR/CIR 92. La Commission européenne estime que cette règle ne se concilie pas avec la libre circulation.

---

<sup>1</sup>L'article 73<sup>11</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AR/CIR 1992 précise que le système centralisé de prêts d'instruments financiers doit permettre de déterminer le montant des revenus visés à l'article 90, 11/, du CIR 92 et des rémunérations de prêt payées par et à chaque participant par instrument financier prêté pendant cinq ans après l'année au cours de laquelle ces revenus ont été payés.

L'article 2 du projet vise à ne maintenir cette condition d'agrément que pour les gestionnaires qui n'ont ni leur siège social, ni leur principal établissement, ni leur siège de direction ou d'administration dans un État membre de l'Espace économique européen (EEE). L'article 73<sup>7</sup> de l'AR/CIR est adapté en ce sens.

Les autres articles du projet concernent des adaptations techniques au même arrêté (articles 1<sup>er</sup> et 3), le régime d'entrée en vigueur de l'article 2 du projet (article 4) et la formule exécutoire (article 5).

2. Comme l'indique justement le préambule du projet, les modifications en projet trouvent un fondement juridique à l'article 261, alinéa 3, du CIR 92.

## EXAMEN DU TEXTE

### Article 4

L'article 4 du projet indique que l'article 2 est applicable "à partir de l'exercice d'imposition 2011". Il s'ensuit que le régime en vigueur, que la Commission européenne juge contraire au droit de l'Union européenne, est encore momentanément conservé, fût-ce en tant que régime transitoire. On peut se demander si la Commission n'y verra pas d'objection.

D'une manière plus générale, la question se pose de savoir si une autorité peut maintenir en vigueur, en tant que mesure transitoire, un régime qui méconnaît une norme supérieure<sup>2</sup>. En principe, pour remédier à cette incompatibilité, il faut adapter sans délai les règles hiérarchiquement inférieures. Il pourrait éventuellement être justifié de ne pas le faire si le passage instantané au nouveau régime entraînait des difficultés disproportionnées pour l'exacte perception du précompte mobilier visé. Mais même dans cette hypothèse, les mesures incompatibles doivent être adaptées aussi rapidement que possible.

---

<sup>2</sup>Dans le rapport au Roi joint au projet, le ministre compétent déclare que "la Belgique a décidé de se conformer à l'avis de la Commission européenne".

À la question de savoir pourquoi on a opté pour ce régime transitoire, le délégué a répondu ce qui suit:

"L'entrée en vigueur «vanaf aanslagjaar 2011» offre deux avantages:

- 1/ Plus grande facilité de connaissance et d'application de la législation quand les modifications sont applicables à partir d'un nouvel exercice d'imposition que quand elles interviennent en cours d'exercice.
- 2/ Le délai avant la mise en application de la mesure va permettre à l'Administration de s'organiser pour le contrôle et la surveillance plus complexes qu'entraîne la suppression de représentants responsables résidant en Belgique pour les gestionnaires d'Etats membres de l'Espace économique européen".

Cette justification ne convainc pas.

Il n'est pas du tout certain qu'une entrée en vigueur différée assure une meilleure sécurité juridique. Dans la plupart des cas, l'adaptation de l'article 73<sup>7</sup> de l'AR/CIR 92 entraîne la disparition d'une condition préalable à (l'introduction d'une demande d') un agrément. Par ailleurs, les informations visées à l'article 73<sup>9</sup> de l'AR/CIR 92, qui sont nécessaires au calcul du précompte mobilier dû, ne sont pas communiquées par exercice d'imposition, mais par période s'écoulant du 1<sup>er</sup> septembre de l'année précédente au 31 août de l'année en cours. Cette communication doit avoir lieu avant le 15 décembre de chaque année civile. Dans le nouveau régime, c'est le gestionnaire agréé qui est établi en dehors de la Belgique mais dans l'EEE qui devra lui-même communiquer les informations et non plus son représentant responsable. Si le représentant responsable procéderait néanmoins à cette communication, aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'elle soit considérée comme émanant du gestionnaire lui-même.

L'argument selon lequel il serait nécessaire de différer l'entrée en vigueur pour permettre à l'administration fiscale de s'organiser pour le contrôle et la surveillance ne paraît pas non plus pertinent. Dans l'hypothèse où ces informations n'auraient pas été communiquées en application de l'article 73<sup>9</sup> de l'AR/ CIR 92, l'administration dispose en effet d'un délai suffisant pour les demander par l'entremise des administrations fiscales étrangères compétentes, conformément aux directives européennes relatives à l'assistance mutuelle.

Il s'ensuit que le Conseil d'État, section de législation, recommande d'également soumettre l'article 2 de l'arrêté en projet aux règles usuelles d'entrée en vigueur.

-----

La chambre était composée de

|           |                                  |                                             |
|-----------|----------------------------------|---------------------------------------------|
| Messieurs | M. VAN DAMME,                    | président de chambre,                       |
|           | J. BAERT,<br>W. VAN VAERENBERGH, | conseillers d'État,                         |
|           | M. RIGAUX,<br>L. DENYS,          | assesseurs de la<br>section de législation, |
| Madame    | A. BECKERS,                      | greffier.                                   |

Le rapport a été présenté par M. L. VAN CALENBERGH, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. J. BAERT.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

M. VAN DAMME