



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.268/3
van 6 november 2017

avis 62.268/3
du 6 novembre 2017

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende fiscale bepalingen
inzake de aanvullende
pensioenen voor de
zelfstandigen'

un avant-projet de loi 'portant
des dispositions fiscales
relatives aux pensions
complémentaires pour les
travailleurs indépendants'

Op 10 oktober 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende fiscale bepalingen inzake de aanvullende pensioenen voor de zelfstandigen’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 oktober 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 november 2017.

*

Le 10 octobre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi ‘portant des dispositions fiscales relatives aux pensions complémentaires pour les travailleurs indépendants’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 24 octobre 2017. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Jan VELAERS et Bruno PEETERS, assesseurs, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 6 novembre 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet bevat het fiscale luik van de regeling voor de tweede pensioenpijler voor zelfstandigen. Met betrekking tot het instellen van een dergelijke nieuwe pensioenregeling is reeds eerder een voorontwerp van wet om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegd.² Dat wetsontwerp is nog niet bij de Kamer van volksvertegenwoordigers ingediend, vermits het de bedoeling is beide ontwerpen te bundelen tot een globaal wetsontwerp.

Het ontwerp omvat bepalingen inzake de inkomstenbelastingen (zie hoofdstuk 2 van het ontwerp) en bepalingen inzake de jaarlijkse taks op de verzekeringsverrichtingen (hoofdstuk 3).

In het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (hierna: WIB 92) worden bepalingen ingevoegd waarbij een belastingvoordeel wordt verleend voor de bijdragen en premies voor een aanvullend pensioen voor zelfstandigen en wordt bepaald welke voorwaarden daarbij gelden en welke grenzen worden gehanteerd (artikelen 2 tot 11 en 15). Het belastingvoordeel geldt in zekere mate ook voor niet-inwoners (artikelen 12 tot 14).

In het Wetboek Diverse Rechten en Taksen worden bepalingen opgenomen teneinde de pensioenovereenkomsten die in het kader van de nieuwe regeling worden gesloten te onderwerpen aan het verminderde tarief van 4,40% van de jaarlijkse taks op de verzekeringsverrichtingen (artikelen 16 en 17).

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. In de tekst van het ontwerp, maar ook van de memorie van toelichting, komen onderdelen voor die tussen vierkante haakjes zijn geplaatst. Kennelijk gaat het om onderdelen waarvoor de stellers nog moeten uitmaken of ze die opnemen, dan wel schrappen. Het ontwerp bevat zelfs twee versies voor artikel 12.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Adv.RvS 59.970/1 van 27 september 2016 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioen voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers’; adv.RvS 61.353/1 van 15 mei 2017 over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioen voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers’.

Er wordt aan herinnerd dat de teksten die aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, om advies worden voorgelegd, een meer definitief karakter dienen te hebben. Zo staat het niet ontwerpen voor te leggen waarin bepaalde inhoudelijke elementen nog ontbreken of waarin diverse alternatieve formuleringen voorkomen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

4.1. Het belastingvoordeel wordt slechts toegekend voor bijdragen en premies voor het aanvullend pensioen voor de zelfstandigen die “definitief gestort [zijn] aan een in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte (EER) gevestigde verzekeringsonderneming of instelling voor bedrijfspensioenvoorzieningen” (ontworpen artikel 145^{3/1}, § 1, eerste lid, 1°, van het WIB 92). De ontworpen bepaling garandeert derhalve het vrije verkeer slechts binnen de EER.

In het licht van die ontworpen bepaling is het van belang te weten of het al dan niet gaat om een regeling die betrekking heeft op kapitaalverkeer en die derhalve onder artikel 63, lid 1, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (VWEU) valt, dan wel om een regeling die betrekking heeft op het dienstenverkeer. De voormelde bepaling inzake het vrije verkeer van kapitaal luidt:

“In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.”

Het vrije verkeer van kapitaal is derhalve niet beperkt tot de lidstaten van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte, maar strekt zich ook uit tot derde landen.³ In dit opzicht wijkt die vrijheid af van het vrije verkeer van diensten, dat door het VWEU slechts wordt gegarandeerd binnen de Europese Unie (en door EER-overeenkomst binnen de EER).

Indien het vrije verkeer van kapitaal met derde landen door de ontworpen regeling zou worden beperkt, is die beperking enkel aanvaardbaar vanuit het oogpunt van het Unierecht indien daarvoor een aanvaardbare verantwoording kan worden gegeven.⁴

De gemachtigde is echter van oordeel dat niet moet worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal:

“De maatregel is in eerste instantie gerelateerd aan het vrij verkeer van diensten en eventueel ook de vrijheid van vestiging. Deze vrijheden worden door de maatregel niet belemmerd.”

³ Zie in dit verband o.m.: HvJ grote kamer 18 december 2007, C-101/05, *Skatteverket v. A*, punten 20 e.v.; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, 286 (“Article 63 TFEU (...) also liberalised in principle capital movements with third countries”).

⁴ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 288 e.v.

4.2. De EU-verdragen bevatten geen definitie van het begrip “kapitaalverkeer”, maar volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de nomenclatuur van het kapitaalverkeer opgenomen in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 ‘voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag’ indicatieve waarde voor wat als kapitaalverkeer dient te worden beschouwd, terwijl de lijst die deze bijlage bevat geenszins uitputtend is.⁵ Die nomenclatuur omvat onder meer de volgende “overmakingen ter uitvoering van verzekeringsovereenkomsten”:

“A. Premies en uitkeringen uit hoofde van levensverzekeringsovereenkomsten

1. Door binnenlandse levensverzekeringsmaatschappijen met niet-ingezetenen gesloten overeenkomsten

2. Door buitenlandse levensverzekeringsmaatschappijen met ingezetenen gesloten overeenkomsten

B. Premies en uitkeringen uit hoofde van kredietverzekeringsovereenkomsten

1. Door binnenlandse kredietverzekeringsmaatschappijen met niet-ingezetenen gesloten overeenkomsten

2. Door buitenlandse kredietverzekeringsmaatschappijen met ingezetenen gesloten overeenkomsten

C. Andere overmakingen van kapitaal verband houdende met verzekeringsovereenkomsten.”

Over de afbakening tussen de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van dienstverrichting en die inzake het vrije verkeer van kapitaal oordeelde het Hof van Justitie het volgende:

“30 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat uit de bewoordingen van de artikelen 56 VWEU en 63 VWEU alsmede uit de plaats ervan in twee verschillende hoofdstukken van titel IV van het Verdrag blijkt dat zij weliswaar nauw met elkaar verband houden, maar verschillende situaties beogen te regelen en elk een eigen werkingssfeer hebben (zie in die zin arrest *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, punt 28).

31 Met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden valt, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (zie in die zin arresten *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak; *Dijkman en Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, punt 26, en *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 90).

32 Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, is een nationale wettelijke regeling die in hoofdzaak het verrichten van financiële diensten betreft, onderworpen aan de bepalingen van het Verdrag inzake de vrijheid van dienstverrichting, ook al kan zij kapitaalverkeer met zich brengen of verband houden met kapitaalverkeer.

33 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat een nationale regeling van een lidstaat op grond waarvan voor het bedrijfsmatig verstrekken van kredieten op zijn grondgebied door een vennootschap met zetel in een derde land is vereist dat vooraf een

⁵ Zie o.m. HvJ 23 februari 2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, punt 39.

vergunning wordt afgegeven en die derhalve tot gevolg heeft dat die vennootschap moeilijker toegang krijgt tot de financiële markt, hoofdzakelijk inbreuk maakt op de uitoefening van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van de artikelen 56 VWEU en volgende (arrest *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, punten 49 en 50).

34 Nationale maatregelen waarvan het voorwerp op zijn minst in hoofdzaak kapitaalverkeer is, vallen daarentegen binnen de werkingssfeer van artikel 64, lid 1, VWEU.

35 De stelling dat alleen maatregelen die rechtstreeks betrekking hebben op verrichters van financiële diensten als zodanig en die de uitvoering van en het toezicht op hun financiële transacties alsook hun vergunning of hun liquidatie regelen, onder artikel 64, lid 1, VWEU vallen, komt bijgevolg erop neer dat afbreuk wordt gedaan aan de afbakening tussen de bepalingen van het Verdrag inzake de vrijheid van dienstverrichting en die inzake het vrije verkeer van kapitaal.

36 De uitlegging volgens welke artikel 64, lid 1, VWEU niet ziet op situaties die onder de vrijheid van dienstverrichting vallen, wordt eveneens bevestigd door het feit dat, in tegenstelling tot het hoofdstuk betreffende de vrijheid van kapitaalverkeer, het hoofdstuk betreffende de vrijheid van dienstverrichting geen enkele bepaling bevat op grond waarvan de voorschriften ervan ook gelden voor dienstverrichters uit derde landen die buiten de Europese Unie zijn gevestigd, aangezien met dit laatste hoofdstuk wordt beoogd de vrijheid van dienstverrichting te waarborgen aan onderdanen van lidstaten (arrest *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, punt 25).

37 Uit de artikelen 63 VWEU en 64, lid 1, VWEU volgt daarentegen dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer in verband met het verrichten van financiële diensten tussen lidstaten en derde landen in beginsel zijn verboden, tenzij een dergelijke beperking op 31 december 1993 of, in voorkomend geval, op 31 december 1999 bestond uit hoofde van het nationale recht of het Unierecht.

38 Door de verschillen tussen de bepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting en de bepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal met betrekking tot hun respectieve territoriale en personele werkingssfeer gaat het in artikel 64, lid 1, VWEU derhalve noodzakelijkerwijs om andere situaties dan de in de artikelen 56 VWEU en volgende bedoelde situaties.

39 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het doorslaggevende criterium voor de toepassing van artikel 64, lid 1, VWEU, zoals de advocaat-generaal in punt 74 van zijn conclusie heeft opgemerkt, betrekking heeft op het oorzakelijke verband tussen het kapitaalverkeer en het verrichten van financiële diensten en niet op de personele werkingssfeer van de litigieuze nationale maatregel of zijn verband met de verrichter, en niet de ontvanger, van dergelijke diensten. Zoals reeds in herinnering is gebracht in punt 21 van het onderhavige arrest, is de werkingssfeer van artikel 64, lid 1, VWEU immers omschreven onder verwijzing naar de categorieën kapitaalbewegingen die aan beperkingen kunnen worden onderworpen.

40 Dat een nationale maatregel op de eerste plaats betrekking heeft op de belegger en niet op de dienstverrichter, staat er derhalve niet aan in de weg dat die maatregel onder artikel 64, lid 1, VWEU valt.

41 Ten slotte volgt, anders dan de Commissie aanvoert, uit vaste rechtspraak van het Hof dat de belastingregelingen van de lidstaten onder artikel 64, lid 1, VWEU kunnen vallen (zie met name arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04,

EU:C:2006:774, punten 174-196; Holböck, C-157/05, EU:C:2007:297, punten 37-45, en Prunus en Polonium, C-384/09, EU:C:2011:276, punten 27-37).”⁶

De ontworpen bepalingen lijken veeleer betrekking te hebben op de vorming van een pensioenkapitaal dan op het reguleren van de dienstverrichting. In die zin lijkt het te gaan om een maatregel waarvan het voorwerp op zijn minst in hoofdzaak kapitaalverkeer is en niet om een maatregel die in hoofdzaak het verrichten van een financiële dienst betreft.

Indien dat effectief het geval is, dient een rechtvaardiging te kunnen worden geboden voor de beperking van het vrije kapitaalverkeer met derde landen die voortvloeit uit het ontworpen artikel 145^{3/1}, § 1, eerste lid, 1°, van het WIB 92.⁷

5. Het ontworpen artikel 145^{3/1}, 1°, van het WIB 92 wordt ingevoegd net na artikel 145³ van het WIB 92, waarin melding wordt gemaakt van “voorzorginstellingen”, terwijl in de ontworpen bepaling niet naar die instellingen wordt verwezen. Aan de gemachtigde werd gevraagd of dat bedoeld is en wat de reden hiervoor is.

De gemachtigde antwoordde:

“Het vormt geen probleem (...) om de voorzorginstellingen op te nemen, maar dit lijkt eigenlijk overbodig.

Er is namelijk gewerkt op grond van het 10° van het definitie-artikel in het sociale ontwerp (voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioen(...) voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers) waarin men ook verwijst naar verzekeringsondernemingen en instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening en op art. 3, § 1, van de wet van 27 oktober 2006.

10° pensioeninstelling: een onderneming of instelling bedoeld in de Boeken II en III van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen, of in artikel 2, 1°, van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, die wordt belast met de opbouw van het ^{aanvullend} pensioen en/of de uitkering van de prestaties.”

De stellers zullen moeten nagaan of het ter wille van de eenvormigheid toch niet raadzaam is in de ontworpen bepaling ook te verwijzen naar de voorzorginstellingen.

6. In het ontworpen artikel 145^{3/1}, § 1, eerste lid, 2°, van het WIB 92 hanteert men de term “bovenwettelijke”, terwijl in artikel 145³ de term “extra-wettelijke” gebruikt wordt. De gemachtigde heeft aangegeven dat de term “bovenwettelijke” vervangen zal worden door de term “extra-wettelijke”.

7. In het ontworpen artikel 145^{3/1}, § 1, eerste lid, 2°, van het WIB 92 gebruikt men de term “uitkeringen”, terwijl in artikel 145³ de term “toekenningen” wordt gebruikt.

⁶ HvJ 21 mei 2015, C-560/13, *Wagner-Raith*.

⁷ Voor een beperking van het kapitaalverkeer ten aanzien van derde landen zijn de mogelijkheden voor rechtvaardiging van de beperking overigens ruimer dan bij beperkingen van het kapitaalverkeer met andere EU-lidstaten. Zie: K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, o.c., 291-292.

De gemachtigde inzake het voorontwerp van wet ‘houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioenen voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers’ argumenteerde dat het de voorkeur geniet om (in de Nederlandstalige versie) de term “prestaties” te gebruiken in plaats van de term “uitkeringen”.⁸

De gemachtigde bij dit ontwerp verklaarde in dit verband het volgende:

“De tekst is overgenomen van artikel 59, § 1, eerste lid, 2°, WIB 92, waar ook de term uitkeringen wordt gebruikt. Er zal worden nagegaan of doorheen het WIB 92 een eenvormige terminologie kan worden gebruikt.”

Een eenvormige terminologie is inderdaad aan te bevelen.

Artikel 12

8. Vermits het ontwerp twee versies van artikel 12 bevat, werd aan de gemachtigde gevraagd welke versie de juiste is. Uit het antwoord blijkt dat de eerste versie geschrapt dient te worden.⁹

Artikelen 13 en 14

9. In de Nederlandse tekst van de artikelen 13 en 14 ontbreekt telkens het woord “en”.¹⁰

*

⁸ Zie adv.RvS 59.970/1, opmerking 8.

⁹ In de Nederlandse tekst van artikel 12, a), moet het woord “worden” geschrapt worden net voor het zinsdeel “vervangen door de woorden”.

¹⁰ In te voegen voor de tweede vermelding van het zinsdeel “worden de woorden”.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DU PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis constitue le volet fiscal du régime relatif au second pilier de pension des travailleurs indépendants. Un avant-projet concernant l'instauration d'un nouveau régime de pension de cet ordre a déjà été soumis précédemment à l'avis du Conseil d'État, section de législation². Il n'a pas encore été déposé à la Chambre des représentants, l'intention étant de regrouper les deux projets pour en faire un projet de loi global.

Le projet comporte des dispositions relatives aux impôts sur les revenus (voir le chapitre 2 du projet) et à la taxe annuelle sur les opérations d'assurance (chapitre 3).

L'avant-projet insère dans le Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : CIR 92) des dispositions octroyant un avantage fiscal en faveur des cotisations et primes destinées à une pension complémentaire pour les travailleurs indépendants, et détermine les conditions qui s'y appliquent ainsi que les limites prévues (articles 2 à 11 et 15). L'avantage fiscal concerne dans une certaine mesure aussi les non-résidents (articles 12 à 14).

Il est inséré dans le Code des droits et taxes divers des dispositions visant à soumettre les conventions de pensions conclues dans le cadre du nouveau régime au tarif réduit de 4,40 % de la taxe annuelle sur les opérations d'assurance (articles 16 et 17).

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

3. Le texte du projet mais aussi l'exposé des motifs contiennent des éléments entre crochets. Il s'agit de toute évidence de segments dont le maintien ou non doit encore être décidé par les auteurs. Le projet comporte même deux versions pour l'article 12.

On rappellera que les textes soumis pour avis au Conseil d'État, section de législation, doivent avoir un caractère définitif. Ainsi, il n'est pas opportun de soumettre des projets dans lesquels certains éléments de fond font encore défaut ou qui comportent plusieurs formulations alternatives.

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

² Avis C.E. 59.970/1 du 27 septembre 2016 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière des pensions complémentaires et instaurant une pension complémentaire pour les travailleurs indépendants personnes physiques, pour les conjoints aidants et les aidants indépendants'; avis C.E. 61.353/1 du 15 mai 2017 sur un avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière de pensions complémentaires et instaurant une pension complémentaire pour les travailleurs indépendants personnes physiques, pour les conjoints aidants et pour les aidants indépendants'.

EXAMEN DU TEXTE

Article 8

4.1. L'avantage fiscal n'est octroyé que pour les cotisations et primes affectées à une pension complémentaire pour travailleurs indépendants et « versées à titre définitif à une entreprise d'assurance ou une institution de retraite professionnelle établie dans un État membre de l'Espace économique européen » (EEE) (article 145^{3/1}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, du CIR 92). La disposition en projet ne garantit donc la libre circulation que dans l'EEE.

Eu égard à cette disposition en projet, il importe de savoir s'il s'agit ou non d'un dispositif qui concerne les mouvements de capitaux et qui relève donc de l'article 63, paragraphe 1, du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' (TFUE), ou bien d'un dispositif qui touche à la circulation des services. La disposition précitée relative à la libre circulation des capitaux s'énonce comme suit :

« Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».

La libre circulation des capitaux ne se limite donc pas aux États membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, mais s'étend également aux pays tiers³. À cet égard, cette liberté s'écarte de la libre circulation des services, laquelle n'est garantie qu'au sein de l'Union européenne par le TFUE (et au sein de l'EEE par l'accord sur l'EEE).

Au cas où le dispositif en projet prévoirait une limitation de la libre circulation des capitaux avec les pays tiers, cette limitation serait uniquement admissible du point de vue du droit européen si une justification admissible peut être fournie⁴.

Le délégué estime cependant qu'il n'y a pas lieu d'aborder le projet sous l'angle de la libre circulation des capitaux :

« De maatregel is in eerste instantie gerelateerd aan het vrij verkeer van diensten en eventueel ook de vrijheid van vestiging. Deze vrijheden worden door de maatregel niet belemmerd ».

³ Voir à ce sujet notamment : C.J.U.E. grande chambre, 18 décembre 2007, C-101/05, *Skatteverket v. A*, points 20 et suiv.; K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, 286 (« Article 63 TFEU (...) also liberalised in principle capital movements with third countries »).

⁴ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 288 et suiv.

4.2. Les traités européens ne définissent pas la notion de « mouvements de capitaux », mais selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice, la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 'pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité' a une valeur indicative de ce qu'il faut entendre par mouvement de capitaux et la liste que cette annexe contient ne présente pas un caractère exhaustif⁵. Cette nomenclature comporte notamment les « transferts en exécution de contrats d'assurances » suivants :

« A. Primes et prestations au titre de l'assurance vie

1. Contrats conclus par des compagnies d'assurance vie nationales avec des non-résidents

2. Contrats conclus par des compagnies d'assurance vie étrangères avec des résidents

B. Primes et prestations au titre de l'assurance crédit

1. Contrats conclus par des compagnies d'assurance crédit nationales avec des non-résidents

2. Contrats conclus par des compagnies d'assurance crédit étrangères avec des résidents

C. Autres transferts de capitaux en relation avec des contrats d'assurances ».

En ce qui concerne la limite entre les dispositions du TFUE en matière de libre prestation de services et celles relatives à la libre circulation des capitaux, la Cour de justice a estimé ce qui suit :

« 30 La Cour a déjà jugé qu'il ressort du libellé des articles 56 TFUE et 63 TFUE ainsi que de la place qu'ils occupent dans deux chapitres différents du titre IV du traité que, tout en étant étroitement liées, ces dispositions ont été destinées à réglementer des situations différentes et qu'elles ont chacune un champ d'application distinct (voir, en ce sens, arrêt *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, point 28).

31 Il découle d'une jurisprudence bien établie de la Cour que, pour déterminer si une législation nationale relève de l'une ou de l'autre des libertés fondamentales garanties par le traité, il y a lieu de prendre en considération l'objet de la législation en cause (voir, en ce sens, arrêts *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, point 22 et jurisprudence citée; *Dijkman et Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, point 26, ainsi que *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, point 90).

32 Ainsi que l'a relevé en substance M. l'avocat général au point 67 de ses conclusions, une législation nationale dont l'objet porte principalement sur la prestation de services financiers relève des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, alors même qu'elle pourrait entraîner ou impliquer des mouvements de capitaux.

33 En effet, la Cour a déjà jugé qu'un régime national en vertu duquel un État membre soumet à un agrément préalable l'exercice de l'activité d'octroi de crédits à titre professionnel, sur son territoire, par une société établie dans un État tiers, et ayant ainsi pour effet d'entraver l'accès au marché financier de cette société, affecte de manière prépondérante l'exercice de la libre prestation de services au sens des articles 56 TFUE et suivants (arrêt *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, points 49 et 50).

⁵ Voir notamment C.J.U.E., 23 février 2006, C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, point 39.

34 En revanche, relèvent du champ d'application de l'article 64, paragraphe 1, TFUE, les mesures nationales dont l'objet porte, à tout le moins, principalement sur les mouvements de capitaux.

35 Dans ces conditions, exiger, pour que des mesures relèvent de l'article 64, paragraphe 1, TFUE, qu'elles visent directement les prestataires de services financiers en tant que tels et qu'elles régissent l'exécution et le contrôle de leurs opérations financières ainsi que leur agrément ou leur liquidation, reviendrait à remettre en cause la délimitation entre les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services et celles régissant la libre circulation des capitaux.

36 L'interprétation selon laquelle l'article 64, paragraphe 1, TFUE n'a pas pour objet de renvoyer aux situations relevant de la libre prestation de services est également confirmée par le fait que, contrairement au chapitre relatif à la libre circulation des capitaux, celui portant sur la libre prestation de services ne comporte aucune disposition qui étende le bénéfice de ses dispositions aux prestataires de services ressortissants d'États tiers et établis à l'extérieur de l'Union européenne, l'objectif de ce dernier chapitre étant d'assurer la libre prestation de services au profit des ressortissants d'États membres (arrêt *Fidium Finanz*, C-452/04, EU:C:2006:631, point 25).

37 En revanche, il découle des articles 63 TFUE et 64, paragraphe 1, TFUE que toute restriction aux mouvements de capitaux impliquant la prestation de services financiers est en principe interdite entre les États membres et les pays tiers, à moins qu'une telle restriction n'ait existé, en vertu du droit national ou du droit de l'Union, à la date du 31 décembre 1993 ou, le cas échéant, à celle du 31 décembre 1999.

38 Dès lors, du fait des différences existant entre les dispositions relatives à la libre prestation de services et celles relatives à la libre circulation de capitaux, s'agissant de leurs champs d'application territorial et personnel respectifs, les situations visées à l'article 64, paragraphe 1, TFUE sont nécessairement autres que celles visées aux articles 56 TFUE et suivants.

39 Il convient ensuite de rappeler, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 74 de ses conclusions, que le critère déterminant pour l'application de l'article 64, paragraphe 1, TFUE porte sur le lien de cause à effet qui existe entre les mouvements de capitaux et la prestation de services financiers et non sur le champ d'application personnel de la mesure nationale litigieuse ou son rapport avec le prestataire, plutôt qu'avec le destinataire, de tels services. En effet, comme il a déjà été rappelé au point 21 du présent arrêt, le champ d'application de l'article 64, paragraphe 1, TFUE est défini par référence aux catégories de mouvements de capitaux susceptibles de faire l'objet de restrictions.

40 Par conséquent, la circonstance qu'une mesure nationale concerne au premier chef l'investisseur et non le prestataire d'un service financier ne fait pas obstacle à ce que cette mesure relève de l'article 64, paragraphe 1, TFUE.

41 Enfin, contrairement à ce que fait valoir la Commission, il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que les réglementations fiscales des États membres sont susceptibles de relever de l'article 64, paragraphe 1, TFUE (voir, notamment, arrêts *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, points 174 à 196; *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, points 37 à 45, ainsi que *Prunus et Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, points 27 à 37) ». ⁶

⁶ C.J.U.E., 21 mai 2015, C-560/13, *Wagner-Raith*.

Les dispositions en projet semblent concerner davantage la constitution d'un capital de pension que la régulation des prestations de service. En ce sens, il paraît s'agir d'une mesure qui a, à tout le moins principalement, les mouvements de capitaux pour objet et non d'une mesure qui concerne en substance la fourniture d'un service financier.

Si tel est effectivement le cas, la limitation de la libre circulation des capitaux avec les pays tiers qui découle de l'article 145^{3/1}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, en projet, du CIR 92 doit pouvoir être justifiée⁷.

5. L'article 145^{3/1}, 1^o, en projet du CIR 92 est inséré immédiatement après l'article 145³ du CIR 92, lequel fait mention de l'« institution de prévoyance », alors que la disposition en projet ne se réfère pas à cette institution. La question du but ainsi poursuivi et du motif sous-jacent a été posée au délégué.

Le délégué a répondu comme suit :

« Het vormt geen probleem (...) om de voorzorgsinstellingen op te nemen, maar dit lijkt eigenlijk overbodig.

Er is namelijk gewerkt op grond van het 10^o van het definitie-artikel in het sociale ontwerp (voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake aanvullende pensioenen en tot instelling van een aanvullend pensioen(...) voor de zelfstandigen actief als natuurlijk persoon, voor de meewerkende echtgenoten en voor de zelfstandige helpers) waarin men ook verwijst naar verzekeringsondernemingen en instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening en op art. 3, § 1, van de wet van 27 oktober 2006.

10^o pensioeninstelling: een onderneming of instelling bedoeld in de Boeken II en III van de wet van 13 maart 2016 op het statuut van en het toezicht op de verzekerings- of herverzekeringsondernemingen, of in artikel 2, 1^o, van de wet van 27 oktober 2006 betreffende het toezicht op de instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, die wordt belast met de opbouw van het ^{aanvullend} pensioen en/of de uitkering van de prestaties. »

Les auteurs de l'avant-projet devront vérifier si, dans un souci d'uniformité, il ne serait pas judicieux de faire état des institutions de prévoyance également dans la disposition en projet.

6. L'article 145^{3/1}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet, du CIR 92 emploie dans sa version néerlandaise le terme « bovenwettelijke » alors que l'article 145³ fait usage du terme « extra-wettelijke ». Le délégué a indiqué que le terme « bovenwettelijke » sera remplacé par le terme « extra-wettelijke ».

7. L'article 145^{3/1}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet, du CIR 92 emploie dans le texte néerlandais le terme « uitkeringen » alors que l'article 145³ fait usage du terme « toekenningen ».

En ce qui concerne l'avant-projet de loi 'portant des dispositions diverses en matière des pensions complémentaires et instaurant une pension complémentaire pour les

⁷ Les possibilités de justification d'une limitation de la circulation des capitaux avec les pays tiers sont d'ailleurs plus vastes que celles existant pour les limitations de la circulation des capitaux avec d'autres États membres de l'UE. Voir : K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, o.c., 291-292.

travailleurs indépendants personnes physiques, pour les conjoints aidants et les aidants indépendants', le délégué a fait valoir qu'il est préférable d'employer (dans la version néerlandaise) le terme « prestaties » au lieu du terme « uitkeringen »⁸.

Le délégué désigné pour le présent projet a déclaré sur ce point ce qui suit :

« De tekst is overgenomen van artikel 59, § 1, eerste lid, 2°, WIB 92, waar ook de term uitkeringen wordt gebruikt. Er zal worden nagegaan of doorheen het WIB 92 een eenvormige terminologie kan worden gebruikt. »

Il est en effet recommandé de recourir à une terminologie uniforme.

Article 12

8. Le projet comportant deux versions de l'article 12, il a été demandé au délégué quelle est la version à conserver. Il ressort de la réponse donnée que la première version doit être supprimée⁹.

Articles 13 et 14

9. Dans le texte néerlandais des articles 13 et 14, le mot « en » fait chaque fois défaut¹⁰.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁸ Voir l'avis C.E. 59.970/1, observation 8.

⁹ Dans le texte néerlandais de l'article 12, a), il convient de supprimer le mot « worden » précédant immédiatement le segment de phrase « vervangen door de woorden ».

¹⁰ À insérer avant la seconde mention du segment de phrase « worden de woorden ».