

ix fonds d'investis- EEM.....	259
de l'imposition dans .....	277
as imposables non ote d'observations .....	280
ffiance légitime. — le droit de l'Union t note d'observa- .....	280
i-abus du droit de fet rétroactif d'une mbre 2023 et note .....	280
capital social. — de l'Union euro- l'Union. (Cour de line Docclo).....	280
réenne. — Quotité onnée à la percep- telles, 20 juin 2023 .....	301
exposés en vue de ire d'impôt étran- 2023 et note d'ob- .....	301

## ÉTUDE

### LA TAXE SUR LES OPÉRATIONS DE BOURSE ET SON APPLICATION AUX FONDS D'INVESTISSEMENT

#### TABLE DES MATIÈRES

CHAMP D'APPLICATION.....	260
DÉFINITION DES ACTIONS DE CAPITALISATION VISÉES.....	268
EXONÉRATIONS.....	270
ASSIETTE DE LA TAXE.....	272
TARIF.....	273
REDEVABLE ET DÉLAIS.....	274
INTERMÉDIAIRE PROFESSIONNEL.....	275
SANCTIONS.....	275

La taxe sur les opérations de bourse ou TOB, régie aujourd'hui par les articles 120 à 136 du Code des droits et taxes diverses (ci-après « CDTD ») (1), est bien antérieure à l'introduction en droit belge des fonds d'investissement. Elle trouve son origine dans la loi du 30 août 1913 qui fut introduite pour soumettre à un impôt indirect les cessions de valeurs mobilières, nouvel objet de richesse, comme les cessions de biens immobiliers étaient soumises aux droits d'enregistrement (2). Cette loi, dont la date est significative, faisait partie d'un ensemble de lois « portant création de ressources financières en vue de nouvelles dépenses militaires », préoccupation qui pourrait se répéter aujourd'hui. Le législateur avait initialement opté pour un droit d'enregistrement

(1) Cf. en général J. OTTEN, « Les Taxes assimilées au timbre », in *Les Nouvelles, Droit fiscal*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1960, p. 601, n° 3667 ; A. DAYEZ, M. VAN OVEREEM, *Manuel de la taxe sur les opérations de bourse*, Limal, Anthemis, 2017.

(2) Loi du 30 août 1913 apportant des modifications aux lois sur les droits d'enregistrement, d'hypothèque, de timbre et de succession, *Pasin.*, 1913, p. 493, art. 11 à 26.

applicable aux opérations faites sur des « valeurs de bourse (3) ». Il y substitue une taxe à percevoir pour sauvegarder l'application du droit d'enregistrement prévu à l'époque par la loi de Frimaire An VII sur les actes constatant la vente d'actions (4). La taxe fut ensuite insérée dans le Code des taxes assimilées au timbre en 1927, puis modifiée à diverses reprises. En particulier, son champ d'application fut étendu aux opérations réalisées auprès d'intermédiaires professionnels établis à l'étranger lorsque la loi soumit toutes opérations effectuées par des résidents belges depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, sans distinction selon qu'elles ont lieu en Belgique ou à l'étranger.

#### CHAMP D'APPLICATION

1. L'opération doit avoir pour objet des fonds publics, c'est-à-dire des valeurs qui sont susceptibles d'être cotées en bourse sans qu'elles doivent nécessairement l'être : actions, obligations, bons de caisse, certificats d'obligations, d'actions (5) et warrants et même certificats fonciers.

Ne sont pas visées les opérations portant sur des actions de sociétés qui ne sont pas librement cessibles (sociétés en nom collectif, commandites simples, coopératives).

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et associations, les parts d'une société à responsabilité limitée peuvent être considérées comme des fonds publics si les statuts de cette société dérogent au principe selon lequel les cessions d'actions sont soumises à agrément des actionnaires (6). En ce cas, la SRL peut donc être cotée (7).

(3) Projet de loi apportant des modifications aux lois sur les droits d'enregistrement, d'hypothèque, de timbre et de succession, Exposé des motifs, *Pasin*, 1913, p. 514.

(4) Rapport sur le projet de loi apportant des modifications aux lois sur les droits d'enregistrement, d'hypothèque, de timbre et de succession fait au nom de la section centrale de la Chambre des représentants par M. Wauvermans, *Pasin*, 1913, p. 542.

(5) J. OTTEN, *op. cit.*, p. 604, n° 3688.

(6) CSA, art. 5:63.

(7) CSA, art. 5:2 ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia, 2020, p. 83, n° 139 ; M. F'YON et V. POKORNY, « La société à responsabilité limitée cotée dans le Code des sociétés et associations », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (éds), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 331.

Les produits dérivés (options, « futures », « swaps », « contrats for differences » ou CFD) (8), les monnaies (physiques ou virtuelles), les matières premières, les métaux et pierres précieuses non représentés par des titres ne sont pas davantage visés.

Les certificats des fonds d'investissement constituent des fonds publics. En ce qui concerne les fonds d'investissement, les parts sont considérées comme des fonds publics en tant que telles, sans prise en considération des investissements sous-jacents.

2. Les opérations visées par la TOB sont celles qui sont « conclues ou exécutées en Belgique » (article 120 CDTD). Il était considéré, déjà avant l'adoption de la loi-programme du 25 décembre 2016, que, quel que soit le lieu d'établissement de l'intermédiaire professionnel qui intervient, une opération était réputée « conclue » en Belgique dès lors qu'elle se nouait sur le marché belge. Il était en outre généralement considéré par l'administration que les opérations effectuées via des intermédiaires professionnels établis à l'étranger et sans établissement en Belgique mais y exerçant sous le couvert de la « Libre Prestation de Services » (LPS) et repris en tant que tels sur le site de la FSMA devaient être considérées comme conclues sur le territoire belge. Des opérations conclues via des services financiers transfrontaliers offerts sur un site internet par un intermédiaire étranger opérant en LPS étaient donc considérées comme « conclues en Belgique (9) ».

L'alinéa 2 de l'article 120 CDTD, introduit par la loi-programme du 25 décembre 2016, ajoute que les opérations visées sont désormais également réputées être conclues en Belgique : « lorsque l'ordre relatif aux opérations est donné directement ou indirectement à un intermédiaire établi à l'étranger » :

— soit par une personne physique ayant sa résidence habituelle en Belgique ;

— soit par une personne morale pour le compte d'un siège ou d'un établissement de celle-ci en Belgique ».

Il suffit donc que le donneur d'ordre d'une opération visée ait en Belgique sa résidence pour rendre la TOB applicable. Pour la

(8) FAQ 3, Taxe sur les opérations de bourse, 4 mai 2018.

(9) D. GHERET, *Fiscalité indirecte des produits financiers*, École de commerce Solvay, ULB, 1999-2000, pp. 16-17 ; voy. aussi la question parlementaire n° 2178 de Mme Nyssens du 17 juin 2002, *Bull. Q.R.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-62, p. 3493.

personne physique, le facteur de rattachement est la « résidence habituelle », concept non défini par le CDTD qui paraît différer de celui d'« habitant du Royaume » déterminant la résidence fiscale au sens de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, du Code des impôts sur les revenus (ci-après « CIR1992 »). L'administration fiscale utilise les critères de ce dernier article pour appréhender la résidence d'un assujéti à la TOB.

Pour la personne morale, il faut un siège ou un établissement en Belgique et une opération « pour le compte » de ce siège (10).

Le texte légal semble exiger un « ordre donné » pour que l'opération réalisée via un intermédiaire établi à l'étranger soit imposable. Selon l'administration, en cas de mandat de gestion discrétionnaire, le donneur d'ordre est le client et la TOB est due (11). Pour les opérations effectuées à l'étranger, cette position a été critiquée par une partie de la doctrine (12). Le client ne donne en effet pas dans ce cas d'ordre puisque la gestion est discrétionnaire. Il convient malgré tout de souligner que dans ce cadre, le mandataire agit bien au nom et pour le compte du mandant et donc c'est bien le client/mandant qui « réalise » les opérations. L'interprétation de l'administration n'entraîne pas non plus de différence de traitement qui ne serait pas justifiée entre les opérations réalisées via un intermédiaire établi en Belgique (où l'exigence d'un ordre n'est pas requise) et celles réalisées via un intermédiaire établi à l'étranger (où l'exigence d'un ordre semble nécessaire).

Cette extension de TOB due pour les opérations réalisées via des intermédiaires étrangers crée incontestablement un risque de double imposition, puisque l'opération peut éventuellement être soumise à un impôt analogue à l'étranger ; elle crée en outre une lourdeur administrative probablement dissuasive pour le donneur

(10) Art. 4, § 3, du Code belge de droit international privé. Lorsqu'il abordait la notion d'intermédiaire établi à l'étranger, le ministre des Finances considérait qu'il y avait lieu de se référer au critère de « domicile fiscal » qui est utilisé dans le droit international privé (*Rapport*, n° 54-2208/008, p. 22, réponse du Ministre à M. Deseyn). En l'absence du moins d'une définition inhérente et autonome comprise dans un traité international, il convient d'emprunter le sens du concept au système du for, à savoir par hypothèse la Belgique (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Larcier, Bruxelles, 3<sup>e</sup> éd., p. 210).

(11) FAQ, n° 19.

(12) K. HELLINCKX, « De Belgische beurstaks, Anno 208 », *A.F.T.*, 2018/09, p. 12, n° 56.

d'ordre. Elle a toutefois passé le texte de conformité au droit européen (13) et à la Constitution (14).

3. L'opération doit être conclue ou exécutée en Belgique.

Depuis 2017 sont réputées conclues ou exécutées en Belgique, les opérations imposables lorsque l'ordre y relatif est donné directement ou indirectement à un intermédiaire établi à l'étranger soit par une personne physique ayant sa résidence habituelle en Belgique, soit par une personne morale pour le compte d'un siège ou établissement en Belgique. L'ordre donné indirectement comprend par exemple celui qui est transmis par un courtier introducteur à un courtier étranger. Il ne comprend pas, en revanche, les ordres qui seraient transmis à l'intervention d'une entité soumise en tant que construction juridique à la taxe Caiman, ce malgré une indication en ce sens dans les travaux préparatoires (15). Le doute a été levé à cet égard (16). À l'heure actuelle, seule une simulation démontrée pourrait aboutir à ce que la TOB soit éventuellement due dans le chef d'un donneur d'ordre résident belge sur des opérations réalisées sur des fonds publics détenus au travers d'une « entité étrangère » simulée.

4. Les opérations doivent être conclues à l'intervention d'un intermédiaire professionnel (17), c'est-à-dire toute personne dont l'activité habituelle consiste dans l'accomplissement professionnel de services d'investissement. Par « intermédiaires », il est généralement renvoyé vers les intermédiaires financiers et les intermédiaires qualifiés définis à l'article 2, 9<sup>o</sup> et 10<sup>o</sup> de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. La société de gestion d'un fonds d'investissement ou d'une société d'investissement n'est pas considérée comme un intermédiaire professionnel sauf si elle peut recevoir et

(13) CJUE, 30 janvier 2020, C-725/18, *Anton van Zantbeek VOF c. Ministerraad*.

(14) C. const., 4 juin 2020, n° 79/2020. Voy. aussi A. DAYEZ et M. VAN OVEREEM, « Arrêts de la C.J.U.E. du 30 janvier 2020 et de la Cour constitutionnelle du 4 juin 2020 : L'application de la TOB aux opérations effectuées via des comptes étrangers ne viole ni le droit européen ni le droit belge », *D.B.F.*, 2020/2, pp. 124-126.

(15) *Doc.*, Chambre, sess. 2016-2017, n° 2208/8, p. 4 ; il est à noter que la taxe annuelle sur les comptes-titres a introduit de manière expresse les notions de « fondateurs » et de « constructions juridiques » dans son régime pour appliquer cet impôt « par transparence » (art. 201/3, 9<sup>o</sup> et 10<sup>o</sup>).

(16) Rép. Quest. 26929, Vanvelthoven, 18 avril 2017 ; K. HELLINCKX, *op. cit.*, p. 14.

(17) CDTD, art. 126.1, 1<sup>o</sup>.



transmettre des ordres (18). Un organisme de placement collectif (ci-après « OPC ») n'est pas davantage un intermédiaire professionnel sauf si elle est titulaire de droits qui sont inscrits directement dans le registre des parts nominatives (19). Lorsque le distributeur est inscrit comme « nommée » dans le registre, c'est lui qui est l'intermédiaire professionnel (20).

La délivrance gratuite d'actions nouvelles à la suite d'une augmentation de capital par incorporation des réserves n'est pas imposable même si la délivrance a lieu à l'intervention d'un banquier. L'attribution des actions est en effet définitive par la décision de l'assemblée générale, qui n'est suivie que d'une simple remise matérielle de titres (21).

Dans le cadre d'une intervention pour compte propre, l'intermédiaire professionnel est lui-même une contrepartie dans l'opération et cette opération est en principe exonérée dans son chef uniquement en vertu de l'article 126/1, 2° CDTD.

Dans le cadre d'une intervention pour compte de tiers, l'intermédiaire professionnel intervient sur ordre et pour compte d'une ou plusieurs parties à l'opération. À ce titre, il agit à titre de mandataire pour compte d'un donneur d'ordre ou de commissionnaire s'il agit en nom propre.

L'intervention de l'intermédiaire professionnel s'interprète actuellement de la manière suivante :

— intervenir dans la *conclusion* d'une opération signifie que l'intermédiaire agit pour son compte propre en qualité de co-contractant ou pour le compte du donneur d'ordre en qualité de commissionnaire ou de mandataire ; est donc visée la négociation des opérations en bourse ou hors bourse, de gré à gré ou en vente publique, c'est-à-dire l'échange de consentement entre les parties sur les titres et le prix qui opère le transfert de propriété pour les titres nominatifs si le contrat est soumis au droit belge, mais pas forcément s'il est soumis à un droit étranger ; pour les titres dématérialisés, conformément à l'article 7 :135, alinéa 6, du Code des sociétés et associations, le transfert de propriété requiert

(18) M. CORDIER, « Taxe sur les opérations de bourse : l'intervention d'un intermédiaire professionnel comme condition essentielle de l'exigibilité du droit », *R.F.P.*, n° 9, p. 14.

(19) M. CORDIER, *op. cit.*, *ibid.*, p. 15.

(20) *Ibid.*

(21) J. OTTEN, *op. cit.*, p. 603, n° 3681.

l'inscription en compte : « L'inscription de titres en compte confère un droit de copropriété, de nature incorporelle, sur l'universalité des titres de même catégorie inscrits au nom du dépositaire central de titres ou, le cas échéant, du teneur de comptes agréé en cas d'application de l'article 7 :44, dans le registre des titres nominatifs visé à l'alinéa 3 » ou des formalités équivalentes de droit étranger ;

— intervenir dans l'*exécution* d'une opération signifie que l'intermédiaire professionnel réalise les mouvements (des comptes espèces et/ou des comptes-titres d'une ou des parties contractante(s) en ayant la connaissance de la nature de l'opération (p. ex. donation ou cession à titre onéreux (22)), comme par exemple l'inscription des titres achetés sur un compte de l'acheteur, le débit du prix d'achat des titres d'un compte de l'acheteur, le retrait des titres vendus du compte du vendeur, le crédit du prix de vente sur le compte du vendeur, etc.

En tout état de cause, il nous paraît toutefois que pour pouvoir être qualifié d'intermédiaire professionnel, l'institution financière doit, au minimum, être informée de la nature de l'opération (23).

5. Les opérations imposables à la TOB supposent un transfert de propriété. Les opérations qui n'ont pas pour objet le transfert de propriété, notamment le remboursement de titres, ne sont pas imposables (24). En cas de démembrement entre nue-propiété et usufruit, la taxe est due en principe, selon l'administration, par le nu-propiétaire, qui est titulaire du droit de disposer du bien, même si l'opération requiert l'accord de l'usufruitier (25). Cette position est critiquable dans certains cas, notamment lorsque le droit d'usufruit porte sur une universalité de biens. En effet, dans ce cas, l'usufruitier peut disposer des différents biens qui composent l'universalité, sans l'accord du nu-propiétaire (26). Dans cette hypothèse, c'est bien l'usufruitier qui réalise l'opération et qui devrait éventuellement supporter économiquement la TOB.

(22) M. CORDIER, « Taxe sur les opérations de bourse : l'intervention d'un intermédiaire professionnel comme condition essentielle de l'exigibilité du droit », *R.F.P.*, n° 9, pp. 7 et 8.

(23) FAQ sur la TOB publié par l'administration fiscale belge le 20 avril 2017, Q&R n° 7 ; par analogie, voy. Taxes Comm. C.120, § 9.

(24) J. OTTEN, *op. cit.*, p. 602, n° 3673.

(25) *Ibid.*

(26) Art. 3:165 C. civ.

L'usufruitier serait en outre redevable de la taxe dans le cas de la distribution d'un dividende en actions au moyen d'actions existantes que la société distributrice a en portefeuille (27). Si la distribution se fait au moyen d'actions nouvelles, la TOB n'est pas due puisqu'il s'agit d'une opération d'émission sur le marché primaire.

En cas d'indivision, les différents vendeurs ou acheteurs sont considérés comme des vendeurs ou acheteurs distincts par l'administration (28). Ainsi, en cas d'indivision entre résidents et non-résidents, l'exemption en faveur des non-résidents peut être appliquée en proportion de la partie qui revient aux non-résidents.

6. Les opérations imposables sont les cessions et acquisitions à titre onéreux de fonds publics ainsi que les rachats d'actions de capitalisation par un OPC visé à l'article 120bis, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> CDDTD.

a) « toute vente, tout achat et, plus généralement, toute cession et toute acquisition à titre onéreux » ; chacune des opérations est soumise à la taxe qui est donc due deux fois (29). Il s'agit donc d'une opération par laquelle on acquiert ou cède la propriété. Un échange sera également visé, la taxe étant dans ce cas due quatre fois.

b) Le rachat par une société de ses propres actions n'est en principe pas visé à condition que les actions rachetées soient annulées (cf. infra — point d) pour l'exception notable des rachats d'actions de capitalisation d'OPC dont les actions sont offertes au public en Belgique). À défaut d'annulation, il y a une acquisition et une cession (30).

À l'origine, les souscriptions étaient également visées par la loi. Cette extension a été condamnée par la Cour de Justice de l'Union européenne comme contraire à l'article 11 de la directive du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects sur le rassemblement de capitaux (31). Si la directive ne mentionnait pas les acquisitions de titres sur le marché primaire, il y a lieu de les assimiler à l'émission elle-même. « L'émission d'actions n'est pas une fin en soi et n'a

(27) K. HELLINCKX, *op. cit.*, p. 13.

(28) FAQ 21.

(29) Art. 122, 1<sup>o</sup> CDDTD ; FAQ 10.

(30) A. DAYEZ, « La métamorphose des taxes boursières », *Chronique 2004-2008, Forum financier- Droit bancaire et financier*, VI, Larquier, 2008, pp. 344-345, n<sup>o</sup> 14.

(31) CJCE, arrêt du 15 juillet 2004, *Commission c/ Belgique*, C-415/02, J.L.M.B., 2005, p. 92, obs. A. KOHL.

de sens que si ces actions trouvent des investisseurs (32) ». L'application de la taxe a donc été supprimée par le législateur belge en ce qui concerne les émissions nouvelles et les échanges de droits d'un compartiment à un autre d'une société d'investissement (33).

c) Le prêt d'actions n'est pas visé, même si, s'agissant de biens fongibles, il est translatif de propriété, à condition que l'obligation de restitution porte sur des instruments financiers de même qualité et quantité (34).

d) Depuis 1993, la taxe est également applicable au rachat de ses propres actions par un organisme de placement collectif ayant émis des actions de capitalisation (35). L'inclusion des actions de capitalisation dans le champ d'application de la taxe est justifiée par l'absence de perception du précompte mobilier lors du rachat par l'organisme de placement collectif de ses propres actions ou de sa liquidation (36). La taxe n'est due que par le vendeur (37).

Sont également visés les échanges entre compartiments ou au sein d'un même compartiment. Cette conversion s'analyse en un rachat suivi d'une souscription (38).

Le Service des décisions anticipées a considéré que la taxe n'était pas due lors d'une modification, automatique et sans l'accord des détenteurs de parts, des codes ISIN relatifs aux actions d'une SICAV et du système de rémunération des distributeurs en vue de se conformer aux dispositions européennes « MiFID II » et « MiFIR (39) ». Il en est de même en cas de suppression d'un compartiment avec paiement en

(32) J. KOKOTT, *EU Tax Law, A Handbook*, Munich, Beck, 2022, p. 722, n<sup>o</sup> 767, traduction libre et réf. citées.

(33) Loi-programme du 27 décembre 2004, M.B., 31 décembre 2004, art. 344 à 359.

(34) Circulaire 12/2006 (AAF 9/2006) du 18 mai 2006.

(35) Loi du 22 juillet 1993 contenant des dispositions fiscales et financières, M.B., 31 décembre 1993 ; M. CORDIER, « Les organismes de placement collectif : illustrations de l'imbrication du droit financier et du droit fiscal belge », in A. DAYEZ et R. DE PIERPONT (coord.), *Liber Amicorum Daniel Mareels, Fiscalité bancaire et financière*, Actualisés et Perspectives, Limal, Anthemis, pp. 263-272. (36) CIR92, art. 21, 2<sup>o</sup>.

(37) Art. 122, 3<sup>o</sup> CDDTD ; FAQ 10.

(38) E. VERSTRAELEN, *De fiscale analyse van geregelende instellingen voor collectieve belegging naar Belgisch recht in Europese context*, Bruxelles, Larquier, Intersentia, 2020, p. 779, n<sup>o</sup> 134.

(39) Décision anticipée n<sup>o</sup> 2016.841 du 7 février 2017.



espèces ou sous forme d'actions nouvellement émises : c'est la créance de remboursement qui, dans ce dernier cas, est apportée en échange de l'émission d'actions. En revanche, si le remboursement a lieu au moyen de valeurs mobilières déjà détenues par la société d'investissement, il s'agit, selon l'administration, d'un achat-vente et donc d'une opération à titre onéreux (40).

Toutefois, si la liquidation d'un compartiment a lieu par rachat d'actions, l'administration considérera que cette liquidation n'est pas comparable à la liquidation d'une société qui donne lieu à une créance. La taxe sera due (41).

Les fusions de SICAV ou les fusions de compartiments au sein d'une même SICAV réalisées avec continuité de la personnalité juridique ne donnent en principe pas lieu à la taxe sauf si un rachat d'actions de capitalisation ou le paiement d'une soultte en espèces a lieu (42).

#### DÉFINITION DES ACTIONS DE CAPITALISATION VISÉES

Un OPC est défini pour l'application de la taxe comme :

- un fonds commun de placement ou une société d'investissement visée par la partie II de la loi du 3 août 2012 relative aux organismes de placement collectif qui répondent aux conditions de la directive 2009/65/CE ou un organisme de placement en créances (43) ;
- un fonds commun de placement ou une société d'investissement tels que visés par la partie III de la loi du 19 avril 2014 relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires (44) ;

(40) A. DAVEZ, « La métamorphose des taxes boursières », *op. cit.*, p. 354, n° 53 et décision administrative citée.

(41) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 782, n° 1140 ; C. KREMER et I. LEBBE, *Organismes de placement collectif et véhicules d'investissement apparentés en droit luxembourgeois*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 765, n° 2012.

(42) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 784, n° 1143 ; décision anticipée n° 2022.1046 du 7 février 2023.

(43) La partie II de la loi concerne les organismes de placement collectif belges répondant aux conditions de la directive et les organismes de placement collectif étrangers qui offrent publiquement leurs parts en Belgique (art. 4) et doivent donc être inscrits auprès de la FSMA (art. 149).

(44) La partie III de la loi contient les dispositions non harmonisées relatives aux organismes de placement collectif alternatifs. S'ils sont publics, les orga-

— un autre organisme considéré ou assimilé selon le droit d'un autre État membre de l'EEE comme un organisme de placement collectif en valeurs mobilières au sens de la directive 2009/65/CE du 13 juillet 2009 (UCIT) ou un fonds de placement alternatif au sens de la directive 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 ou y assimilé et qui est ainsi réglementé et fait l'objet d'une inscription, d'une immatriculation ou d'une notification auprès de l'autorité compétente d'un autre État membre de l'EEE (45) / (46).

Par action de capitalisation, on entend une action émise par une société d'investissement visée au 1<sup>o</sup>, premier ou deuxième tiret (47), pour laquelle les statuts de la société ne prévoient pas la distribution du produit net et qui n'est pas visée à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> CIR1992 visant les sociétés d'investissement autres que celles visées à l'article 19bis CIR1992 lorsque l'offre de leurs actions comporte des engagements déterminés quant à leur montant de remboursement ou à leur taux de rendement, portant sur une période inférieure ou égale à 8 ans. Pour rappel, l'article 19bis CIR1992 prévoit la taxation des plus-values réalisées en cas de cession ou de rachat de parts propres ou de liquidation des organismes de placement collectif dont plus de 10 % du patrimoine sont investis en créances.

N'est donc pas une action de capitalisation l'action d'une société dont les statuts permettent une distribution totale, même si l'assemblée générale peut en décider autrement. Le ministre des Finances, en réponse à une question parlementaire du 2 mai 2017 (48) a précisé que : « *La distinction entre "action de distribution" et "action de capitalisation" aux fins de la taxe sur les opérations de bourse correspond donc en principe à la qualification de*

nismes belges (art. 201) et étrangers (art. 259) sont tenus de s'inscrire auprès de la FSMA. Les organismes étrangers visés sont ceux qui offrent publiquement leurs parts en Belgique (art. 257). Ils investissent dans des placements autres que les placements classiques (par exemple, « private equity »).

(45) Sont également visées les sociétés immobilières réglementées.

(46) Les organismes étrangers « ainsi réglementés » sont donc ceux qui sont compris dans les deux catégories précédentes ; K. HELLINCKX, *op. cit.*, p. 22.

(47) Art. 120bis, 3<sup>o</sup> CDDT.

(48) Q.P. n° 1620 du 2 mai 2017 de M. P. Dedecker, Chambre, Q&R, 2016-2017, QRVA 54/118 du 23 mai 2017, p. 76.





*l'action dans le cadre des informations financières diffusées sous le contrôle de l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA), comme les prospectus ou le Key Investor Information Document (KIID). Les intermédiaires professionnels et les investisseurs peuvent se baser sur ces informations pour satisfaire à leurs obligations dans le cadre de la taxe sur les opérations de bourse ».*

Sont donc exclus de l'application de la taxe les rachats de parts de capitalisation d'un fonds d'investissement sans personnalité juridique, des actions de distribution d'une société d'investissement et des actions de capitalisation d'un compartiment étranger d'une société d'investissement étrangère qui ne sont pas offertes publiquement en Belgique et inscrites à ce titre sur une liste tenue par la FSMA (49).

La question a été soulevée de savoir si l'inclusion de l'opération de rachat d'actions n'est pas contraire à la directive actuellement en vigueur sur les rassemblements de capitaux (50). Par analogie avec des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne concernant les remboursements de prêts obligataires, la taxation du remboursement priverait la directive de son effet utile en ce qu'elle interdit la taxation de l'émission (51).

#### EXONÉRATIONS

1. Pour rappel, sont exonérées les opérations dans lesquelles n'intervient aucun intermédiaire professionnel (52).

2. Sont exonérées les opérations effectuées notamment par les intermédiaires professionnels visés à l'article 2, 9° et 10° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, par un organisme de placement collectif tel que défini par la loi (53) ou par un non-résident. On remarquera

(49) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 744, n° 1089 et p. 773, n° 1126.

(50) Directive 2008/7 du Conseil du 12 février 2008 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, *J.O.*, 2008, L 46/11, art. 5, al. 2, *sub a*), ancien art. 11, *sub a*) directive 69/335.

(51) CJCE, C-31/97 et C-32/97, *FEC SA et ACE SA* ; M. DASSESSE, « Taxation des produits d'assurance et SICAV obligataires de capitalisation-Aspects de droit européen », *R.G.F.*, 2006, n° 4, p. 27, n° 31 ; A. DAYEZ, « La métamorphose des taxes boursières », *op. cit.*, p. 345, n° 15.

(52) Art. 126, 1, 1°.

(53) Il est curieux que le texte y ajoute les sociétés immobilières réglementées alors qu'elles sont comprises par le Code des droits et taxes divers parmi les organismes de placement collectifs.

que les sociétés de gestion des fonds d'investissement ne sont pas reprises dans la liste des bénéficiaires de l'exonération lorsqu'elles acquièrent elles-mêmes des parts de fonds d'investissement.

La distinction entre sociétés d'investissement dont les parts sont ou ne sont pas offertes publiquement en Belgique, pertinente pour l'application de l'article 120bis, ne l'est pas ici lorsque la société acquiert des actions ou obligations pour compte propre puisqu'elle peut être qualifiée de non-résident.

Il en est de même des établissements belges ou des établissements stables d'une société étrangère (54). Les opérations conclues et exécutées par les non-résidents sont aussi exemptées de TOB. La notion de « résidence habituelle » au sens de la TOB s'apparente selon l'administration à la notion de résidence fiscale à l'impôt sur les revenus : cela aurait pour conséquence que les personnes physiques qui ont une adresse légale en Belgique mais qui sont assujetties à l'impôt des non-résidents bénéficient d'une exonération de TOB en cette qualité. Sont ici visés, entre autres, les fonctionnaires européens, les fonctionnaires de l'OTAN et les diplomates étrangers accrédités en Belgique, dont la résidence fiscale est établie sur la base d'instruments juridiques internationaux. Jusqu'au 31 décembre 2021, cela visait aussi les « cadres étrangers » qui bénéficiaient de la qualité de « non-habitant du Royaume » sur la base d'une circulaire de l'administration fiscale belge du 8 août 1983 (55) et, partant, d'une exonération de TOB sur leurs opérations réalisées tant via des intermédiaires belges qu'étrangers. Deux nouveaux régimes d'impositions ont été introduits pour ces travailleurs par la loi-programme du 27 décembre 2021 (56) :

— le régime spécial d'imposition pour les contribuables impatriés ;

— le régime spécial d'imposition pour les chercheurs impatriés.

En vertu de ces régimes spéciaux, ces contribuables peuvent faire imposer séparément leurs revenus provenant de prestations fournies en Belgique pendant la durée du régime dans le cadre de l'impôt des personnes physiques ou de l'impôt des non-résidents. Contrairement à ce que le régime antérieur de la circulaire de 1983 prévoyait, les règles ordinaires belges de détermination de la résidence fiscale (soit, en vertu du domicile fiscal ou du siège de la fortune) sont désormais applicables. Dès lors, un contribuable

(54) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 789, n° 1151.

(55) Circulaire R.H.624/325.294 du 8 août 1983.

(56) Loi-programme du 27 décembre 2021, *M.B.*, 31 décembre 2021.



impatrié ou un chercheur impatrié peut tomber dans le champ d'application de la TOB depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022.

3. Sont également exonérées les opérations ayant pour objet des droits de participation d'un organisme de placement collectif réservés aux investisseurs institutionnels ou professionnels ou des sociétés immobilières réglementées institutionnelles (57). Il est maintenant clair que l'exonération s'applique aussi aux fonds étrangers (58).

4. Sont également exonérées les opérations ayant pour objet des parts d'organismes privés de placement collectif. Faut-il considérer que les fonds privés étrangers sont visés dès lors que leurs parts ne sont pas offertes publiquement en Belgique ? L'exonération ne leur a pas été expressément étendue par la loi du 25 décembre 2017 comme l'a été l'exonération des opérations visant les parts d'organismes réservées aux investisseurs institutionnels ou professionnels. Qu'en serait-il par exemple d'une SICAR luxembourgeoise (59) ?

#### ASSIETTE DE LA TAXE

Pour les achats ou acquisitions, la taxe s'applique au prix, commission de courtage exclue. Pour un rachat d'actions de capitalisation, il s'agira de la valeur nette d'inventaire. Pour les ventes, il s'agira de même du prix à recevoir par le vendeur, courtage exclu.

Pour les rachats d'actions de capitalisation, l'assiette est diminuée du précompte mobilier qui serait dû en application de l'article 19bis CIR1992 sur la composante obligatoire de la plus-value réalisée (60) lorsqu'il s'agit d'un organisme de placement collectif agréé conformément à la directive 2009/65/CE ou d'un organisme de placement collectif établi en dehors du territoire européen.

L'exonération ne s'applique pas aux cessions sur le marché secondaire bien que l'article 19bis CIR1992 leur soit, depuis le

(57) Art. 126, 1, 3<sup>e</sup> ; loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 décembre 2006 ; G. GALÉA, *Act. Fisc.*, 2013, n° 25, p. 6.

(58) Exposé des motifs du projet de loi portant des dispositions fiscales diverses IV, 24 novembre 2017, Chambre, Doc. n° 54-2792/001, p. 21 ; loi du 27 décembre 2017, art. 23 modifiant l'art. 126/1, 3<sup>e</sup> CDTD ; P.O. VAN CAUBERGH, *La fiscalité des fonds d'investissement en Belgique*, Limal, Anthemis, 2019, p. 346.

(59) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, pp. 792-793, n° 1158.

(60) Art. 123, 4<sup>e</sup>.

1<sup>er</sup> juillet 2013, également applicable (61). En principe, l'exonération ne s'appliquerait pas davantage lorsque la taxe est due sur déclaration et non par retenue du précompte mobilier. En pratique, une assimilation est prévue (62).

#### TARIF

Pour les acquisitions ou cessions à titre onéreux, la taxe est fixée à :

- a) 1,20/1000 pour
  - les obligations, y compris les produits structurés avec garantie de capital à 100 % (63) ;
  - les certificats d'obligations belges ;
  - les actions ou parts d'OPC et d'organismes de placement collectif alternatif (OPCA) belges et étrangers (société d'investissement ou fonds commun de placement (FCP) de distribution faisant l'objet d'une offre publique en Belgique, d'OPC et OPCA étrangers (société d'investissement ou FCP) de capitalisation, non publique en Belgique mais publique dans un autre État de l'EEE ; d'OPC et OPCA belges et étrangers de capitalisation ayant la forme d'un FCP et faisant l'objet d'une offre publique en Belgique.
- les actions émises par une société immobilière réglementée ;
- les actions et certificats d'actions belges (64) ;
- les droits d'inscription, par exemple les warrants ;
- les produits structurés non représentatifs de prêts, c'est-à-dire qui n'offrent pas de garantie de capital à 100 % ;
- b) 3,50/1000 si l'opération a pour objet tout autre titre, entre autres (on citera notamment les certificats d'actions et d'obligation non belges ; les certificats fonciers ; les actions et parts de SICA(F)V ou FCP étrangers qui ne sont pas offertes publiquement en Belgique ou dans un État membre de l'EEE) ;
- c) 1,32 % pour les acquisitions, les cessions à titre onéreux et les rachats d'actions de capitalisation émises par des

(61) E. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 795, n° 1161.

(62) FAQ 10.

(63) Sur les produits structurés, K. HELLINCKX, *op. cit.*, p. 31.

(64) Discrimination à l'égard des émetteurs de l'EEE, par exemple des STAK néerlandaises ?



sociétés d'investissement belges ou des sociétés d'investissement étrangers dont les parts sont émises publiquement en Belgique(65).

Le taux plus élevé est justifié par l'absence de perception du précompte mobilier (66).

Le maximum par opération est fixé à :

- d) 1.300 € en général ;
- e) 1.600 € pour les opérations soumises au tarif de 3,50/1000 ;
- f) 4.000 € pour les opérations portant sur des actions de capitalisation de SICAFV publiques belges et étrangères inscrites sur la liste FSMA (67).

Le plafond s'applique selon nous par ordre/opération. Si une banque belge place un ordre groupé pour une valeur déterminée, le plafond concernera l'ordre entier, même placé pour différentes personnes(68). Si l'ordre est trop important et ne peut être exécuté en une séance de bourse, les opérations successives seront considérées comme une seule opération. Cette pratique est contredite par la position de l'administration selon laquelle, en cas d'indivision, le montant de la TOB s'applique séparément à la part de chaque indivisaire(69).

#### REDEVABLE ET DÉLAIS

En principe c'est l'intermédiaire professionnel qui est redevable de la taxe.

Si l'intermédiaire belge est obligé de déposer la déclaration, l'intermédiaire étranger ne l'est pas. Il peut choisir de le faire, soit lui-même, soit en désignant en Belgique un représentant responsable(70), soit

(65) Art. 121 CDTD.

(66) Loi-programme du 24 décembre 1993, *M.B.*, 31 décembre 1993, art. 37 ; Amendement n° 38 du Gouvernement au Projet de loi-programme, *Doc.*, Ch., sess. 1993-1994, n° 1211, *Pasim.*, 1993, p. 4126 ; Rapport fait au nom de la Commission des Finances par M. Poncelet, *Doc.*, Ch., sess. 1993-1994, n° 1211/11, *Pasim.*, p. 4135.

(67) Art. 124 CDTD.

(68) K. HELINCKX, *op. cit.*, p. 38.

(69) FAQ 21.

(70) Arrêté royal du 16 février 2017 modifiant l'arrêté d'exécution du code des droits et taxes divers en ce qui concerne le bureau compétent et la déclaration relative à la taxe sur les opérations de bourse et la possibilité pour les professionnels étrangers de nommer un représentant responsable dans le cadre de cette taxe (*M.B.*, 22 février 2017).

en agissant comme mandataire(71). Il peut aussi envoyer l'information à son client, la taxe étant payée par ordre permanent. À défaut, le client d'un intermédiaire étranger doit déclarer et payer la taxe lui-même. En pratique, s'il s'agit d'un intermédiaire étranger, le redevable sera généralement le donneur d'ordre/investisseur.

La taxe est payable le dernier jour ouvrable :

- a) du 2<sup>e</sup> mois suivant le mois de conclusion ou d'exécution de l'opération lorsque le donneur d'ordre est le redevable de la taxe ;
  - b) du mois suivant celui au cours duquel l'opération a été conclue ou exécutée dans les autres cas.
- Une déclaration doit être déposée. À partir de 2027, elle serait à déposer sur une plateforme électronique sécurisée(72).

#### INTERMÉDIAIRE PROFESSIONNEL

L'intermédiaire belge est tenu de délivrer au donneur d'ordre un bordereau indiquant le nom du bénéficiaire et de l'intermédiaire, la spécification des opérations, le montant ou la valeur de celle-ci et le montant de la taxe due(73). Les bordereaux sont numérotés et dressés en double exemplaire. Le double peut être remplacé par un listing(74).

#### SANCTIONS

Si la déclaration n'est pas déposée dans le délai, il est encouru une amende de 50 € par semaine de retard, ne pouvant dépasser le montant dû après 52 semaines de retard.

Les inexactitudes ou omissions sont punies d'une amende égale à cinq fois le droit élué sans qu'elle puisse être inférieure à 250 €. L'absence de délivrance d'un bordereau par l'intermédiaire est punie d'une amende égale à cinq fois le droit élué sans qu'elle

(71) La loi suisse, par exemple, interdit aux banques suisses de retenir et de payer une taxe étrangère (art. 271, al. 1<sup>er</sup>, Code pénal).

(72) Art. 125, § 1<sup>er</sup>. Celui-ci prévoit une entrée en vigueur de la plateforme au 1<sup>er</sup> janvier 2025 mais l'administration aurait indiqué que ladite plateforme ne serait pas mise en service avant 2027.

(73) Art. 127 et 128.

(74) Art. 128 et 131.



puisse être inférieure à 1.000 € (75). Les amendes fiscales relatives à la contravention à l'obligation de tenir et de conserver les doubles des bordereaux ou les listings en tenant lieu prévue à l'article 128 du CDTD sont limitées à un accroissement de 20 % de la taxe étudiée l'amende fiscale (76).

Il convient de noter que l'article 240/10 de l'arrêté d'exécution du CDTD prévoit que l'amende fiscale est remise entièrement :

- lorsque le montant de l'amende réduite est inférieur à 2,50 EUR ;
- lorsque le redevable régularise spontanément sa situation, avant toute intervention d'une administration fiscale.

JACQUES MALHERBE

MATHIEU VAN OVEREEM

## JURISPRUDENCE

### COUR DE CASSATION, 24 MARS 2023

*Creative Construction and Renovation*

**Procédure. — Délais d'imposition.** — Fraude. — Base de l'imposition dans le délai prolongé.

*Lorsque les conditions d'application du délai d'imposition de cinq ans de l'article 354, al. 2, CIR92 (exercice d'imposition 2006) sont réunies, l'impôt ne peut être établi dans le délai prolongé que sur les revenus soustraits à l'impôt sans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, et non sur la totalité des revenus imposables.*

#### I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 16 maart 2021.

[...]

#### II. CASSATIEMIDDELEN

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

#### III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

*Eerste middel*

1. Krachtens artikel 354, eerste lid, WIB92, in de versie zoals van toepassing op het geding, mag, bij niet-aangifte, bij laat-tijdige overlegging van aangifte, of wanneer de verschuldigde

(75) Art. 125, § 2.

(76) Art. 240/8 de l'A.E./CDTD et Annexe I<sup>re</sup> de l'Arrêté d'exécution du CDTD — échelle de réduction des amendes fiscales proportionnelles en matière de taxes divers.