

Numéro du rôle : 6681
Arrêt n° 149/2018 du 8 novembre 2018

ARRÊT

En cause : le recours en annulation des articles 122 et 123 de la loi-programme du 25 décembre 2016 (modification des articles 120 et 126² du Code des droits et taxes divers), introduit par la SNC « Anton van Zantbeek ».

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents A. Alen et F. Daoût, et des juges L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, T. Giet et R. Leysen, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Alen,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet du recours et procédure*

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 20 juin 2017 et parvenue au greffe le 21 juin 2017, la SNC « Anton van Zantbeek », assistée et représentée par Me A. Maelfait, avocat au barreau de Gand, a introduit un recours en annulation des articles 122 et 123 de la loi-programme du 25 décembre 2016 (modification des articles 120 et 126² du Code des droits et taxes divers), publiée au *Moniteur belge* du 29 décembre 2016, deuxième édition.

Le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me C. Decordier, avocat au barreau de Gand, a introduit un mémoire, la partie requérante a introduit un mémoire en réponse et le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réplique.

Par ordonnance du 16 mai 2018, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs E. Derycke et P. Nihoul, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 6 juin 2018 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 6 juin 2018.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

A.1. La partie requérante, la SNC « Anton van Zantbeek », demande l'annulation des articles 122 et 123 de la loi-programme du 25 décembre 2016.

Par suite des dispositions attaquées, les intermédiaires professionnels ne sont plus les seuls redevables de la taxe supportée par leur client qui donne un ordre de bourse et, à ce titre, de la taxe sur les opérations de bourse (ci-après : la TOB), le donneur d'ordre lui-même peut aussi, dans certains cas, en être redevable.

L'article 120 du Code des droits et taxes divers, tel qu'il a été modifié par l'article 122 attaqué, est complété en ce sens que les opérations effectuées par des intermédiaires professionnels étrangers sont actuellement également réputées être conclues ou exécutées en Belgique lorsque l'ordre y relatif est donné à des intermédiaires établis 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.

Étant donné que les intermédiaires établis à l'étranger ne peuvent être contraints de respecter les dispositions fiscales belges, il est prévu que lorsqu'ils ne se conforment pas à l'article 125 du Code des droits et taxes divers, le donneur d'ordre devient redevable de la taxe (article 126² du Code des droits et taxes divers, tel qu'il a été modifié par l'article 123 attaqué).

Selon la partie requérante, les dispositions attaquées signifient concrètement que lorsqu'une personne qui réside en Belgique et qui est un intermédiaire financier non professionnel fait appel à un intermédiaire

professionnel établi à l'étranger, elle est soumise à des obligations et sanctions administratives quasi identiques à celles auxquelles sont soumis les intermédiaires professionnels belges.

A.2.1. Dans le premier moyen, la partie requérante invoque la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution, au motif que les articles attaqués établissent une différence de traitement injustifiée entre Belges, selon qu'ils font appel à un intermédiaire professionnel belge ou non belge pour leurs placements à l'étranger. Si une personne résidant en Belgique fait appel à un intermédiaire professionnel non belge, elle est elle-même traitée comme un intermédiaire professionnel, du fait qu'elle devient redevable de la TOB.

A.2.2.1. En ce qui concerne le premier moyen, le Conseil des ministres invoque la non-comparabilité des situations respectives. En effet, les dispositions attaquées désignent uniquement le donneur d'ordre belge comme étant le débiteur de la TOB s'il choisit de ne pas faire appel à un intermédiaire professionnel belge et qu'il n'est pas en mesure de prouver que la TOB a été acquittée. Par conséquent, la situation du donneur d'ordre belge est fondamentalement différente lorsqu'il fait appel à un intermédiaire professionnel étranger, alors que seuls les intermédiaires professionnels établis en Belgique sont tenus de prélever la TOB.

A.2.2.2. Subsidiairement, le Conseil des ministres estime que la différence de traitement repose sur un critère objectif, qu'elle poursuit un but légitime et n'est pas disproportionnée. Il ressort clairement des travaux préparatoires que le législateur belge poursuit un but précis, à savoir éviter la concurrence déloyale entre les intermédiaires professionnels nationaux et les intermédiaires professionnels étrangers et rendre la réglementation plus claire. Les dispositions attaquées servent en premier lieu la sécurité juridique, étant donné qu'elles ont pour objet de rendre le contenu du droit prévisible pour tout donneur d'ordre d'une opération de bourse, après qu'il a été constaté que les critères d'assujettissement à la TOB n'étaient pas clairs. Les dispositions attaquées servent en outre la sauvegarde du bien-être économique du pays, dès lors que le législateur a constaté que les intermédiaires professionnels belges subissaient la concurrence déloyale d'intermédiaires professionnels établis à l'étranger, et ce en raison du fait que ces intermédiaires professionnels établis à l'étranger n'opéraient pas de retenue de la TOB sur les opérations de bourse exécutées, alors que les intermédiaires professionnels établis en Belgique étaient obligés de le faire.

Par ailleurs, selon le Conseil des ministres, la mesure attaquée est pertinente et proportionnée, puisqu'elle n'est imposée que lorsque le donneur d'ordre belge a contourné la législation fiscale belge, en faisant appel à un intermédiaire professionnel établi à l'étranger, parce que l'exécution de l'opération de bourse n'a pas fait l'objet d'une retenue de la TOB. Ce faisant, le législateur a expressément tenté de faciliter l'administration de la preuve quant au paiement de la TOB (article 126² du Code des droits et taxes divers).

A.2.3.1. La partie requérante répond que la motivation avancée par le Conseil des ministres concernant la prétendue non-comparabilité n'est pas pertinente. En effet, la non-comparabilité est motivée par la circonstance que, pour l'État belge, il s'agit d'une situation différente selon qu'une personne fait appel à un intermédiaire professionnel belge ou non belge. Ce n'est toutefois pas cette comparabilité qui est visée, mais bien la comparabilité du point de vue de la personne belge, à savoir la personne qui fait appel à un intermédiaire professionnel afin de placer des éléments patrimoniaux dans une Europe unifiée. Le fait que cette personne soit belge ou non belge est sans incidence sur la comparabilité.

A.2.3.2. Quant au fond, la partie requérante relève que le but invoqué ne peut être considéré comme légitime. Le Conseil des ministres prétend qu'il y aurait une concurrence déloyale entre les intermédiaires professionnels établis à l'étranger et les intermédiaires professionnels établis en Belgique, étant donné que seuls ces derniers sont soumis à la TOB. C'est toutefois l'impôt belge lui-même qui crée la différence de traitement. En outre, cette différence s'applique à toute imposition belge, par exemple les accises et la TVA. Si ces opérations sont effectuées à l'étranger, l'impôt belge n'est pas applicable; seul est applicable l'impôt étranger. Ce n'est que pour la taxe boursière que le législateur aperçoit un but légitime pour taxer également les transactions étrangères en Belgique.

L'observation du Conseil des ministres selon laquelle le donneur d'ordre belge, s'il veut néanmoins faire appel à un intermédiaire professionnel non belge, doit recourir à un intermédiaire professionnel qui a désigné un représentant responsable belge n'est pas pertinente, étant donné que le donneur d'ordre belge ne maîtrise pas lui-même cet élément. Le donneur d'ordre belge peut préférer un intermédiaire professionnel non belge à un belge

pour une multitude de motifs économiques et financiers. Il n'est ni pertinent ni proportionné de punir le donneur d'ordre belge en raison de son choix économique et financier en traitant ce profane belge comme s'il était un intermédiaire professionnel belge.

A.2.4.1. Le Conseil des ministres estime que l'observation de la partie requérante selon laquelle les situations seraient comparables n'est pas sérieuse. Dans ce raisonnement, la partie requérante fait en effet abstraction de la circonstance que, dans une telle hypothèse, l'intermédiaire financier paye la TOB, alors que, dans l'autre hypothèse, la TOB ne peut pas être perçue par le fisc belge. La partie requérante reconnaît elle-même qu'il s'agit d'une distinction fondamentale, puisque cela confirme qu'il existe une différence de traitement.

A.2.4.2. Le Conseil des ministres souligne que le législateur ne conteste pas qu'un Belge peut avoir plusieurs raisons de faire appel à un intermédiaire professionnel établi à l'étranger et que, ce faisant, il ne vise donc pas nécessairement ou exclusivement un avantage fiscal. En effet, les dispositions attaquées sont uniquement appliquées lorsque la TOB n'a pas été payée.

A.3.1. Dans les deuxième et troisième moyens, la partie requérante invoque la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et avec l'article 36 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (deuxième moyen - violation de la libre prestation des services) ou lus en combinaison avec l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et avec l'article 40 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (troisième moyen - violation de la libre circulation des capitaux). Du fait des articles attaqués, il est nettement plus risqué, plus coûteux et excessivement plus lourd sur le plan administratif pour un ressortissant belge de faire appel à un intermédiaire professionnel étranger. Or, les articles 56 (libre prestation des services) et 63 (libre circulation des capitaux) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdisent toute restriction à la libre circulation entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.

Selon la partie requérante, en cas de violation de la libre prestation des services et de la libre circulation des capitaux, ces atteintes portées au Traité ne peuvent être justifiées par des objectifs d'intérêt général. La différence de traitement en matière fiscale entre un résident faisant appel à un intermédiaire professionnel étranger et un résident faisant appel à un intermédiaire professionnel belge décourage les investissements effectués en dehors de la Belgique. Inversement, le régime attaqué incite fortement à ne faire des placements qu'en Belgique, ce qui donne lieu à une distorsion flagrante de la concurrence. Selon la partie requérante, ce découragement découle directement des dispositions attaquées, qui constituent dès lors une restriction à la libre prestation des services et à la libre circulation des capitaux en principe interdite par les articles 56 et 63, paragraphe 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

A.3.2. Le Conseil des ministres observe en premier lieu que lorsque des impôts nationaux sont en cause, le simple fait de lever un impôt aboutit déjà à une restriction. La perception de tout impôt entrave l'activité économique ou la rend moins attrayante. C'est pourquoi la Cour de justice choisit, selon le Conseil des ministres, une approche plus flexible en ce qui concerne les libertés du marché intérieur, plus particulièrement la libre prestation des services, la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Bien qu'il implique des frais supplémentaires pour les intermédiaires professionnels, le nouveau système fiscal s'applique indistinctement à tous les prestataires d'opérations de bourse, où qu'ils soient établis, qui proposent des opérations de bourse à des donneurs d'ordre établis en Belgique. En effet, tout intermédiaire professionnel établi en Belgique est tenu de prélever la TOB lors de l'exécution de l'opération de bourse. Lorsque la TOB est retenue par un intermédiaire professionnel établi dans un autre État membre, le donneur d'ordre belge est en effet traité de la même manière que s'il avait choisi de travailler avec un intermédiaire professionnel belge.

Selon le Conseil des ministres, ce n'est que si l'imposition d'une taxe avait des conséquences plus graves pour des situations transfrontalières que pour des situations purement nationales qu'il pourrait s'agir d'une violation de la libre prestation des services ou de la libre circulation des capitaux.

Par ailleurs, le Conseil des ministres répète que les dispositions attaquées servent la sécurité juridique et la sauvegarde du bien-être économique du pays. La Cour de justice a déjà reconnu que la nécessité de veiller au recouvrement de l'impôt établi peut constituer un motif impérieux d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la libre prestation des services et à la libre circulation des capitaux.

A.3.3. Selon la partie requérante, le Conseil des ministres omet le fait qu'il n'y a que dans la situation transfrontalière que le donneur d'ordre, qui est profane en la matière, devient le débiteur de la TOB; il s'ensuit qu'il y a une discrimination entre un donneur d'ordre belge qui choisit un intermédiaire professionnel belge et un donneur d'ordre belge qui choisit un intermédiaire professionnel étranger. Le traitement générateur de restrictions et de discrimination découle de la qualité de débiteur de la taxe.

La partie requérante souligne qu'il est même matériellement impossible, dans certaines circonstances, de travailler avec certains intermédiaires professionnels non belges. En effet, il est clair qu'un intermédiaire professionnel suédois, portugais, polonais ou grec n'est pas en mesure de fournir un bordereau conformément à la législation belge.

La partie requérante estime que la justification tirée de la sauvegarde du bien-être économique du pays indique en réalité le contraire, à savoir que le régime est protectionniste et entend entraver la libre circulation.

A.3.4. Le Conseil des ministres répète que le législateur ne conteste pas qu'un Belge peut avoir plusieurs raisons de faire appel à un intermédiaire professionnel établi à l'étranger et que, ce faisant, il ne vise donc pas nécessairement ou exclusivement un avantage fiscal. En effet, les dispositions attaquées ne sont appliquées que lorsque la TOB n'a pas été payée et non lorsque le donneur d'ordre belge fait appel à un intermédiaire professionnel étranger tout en respectant les règles afférentes à la TOB.

- B -

Quant à l'objet du recours

B.1. La partie requérante, la SNC « Anton van Zantbeek », demande l'annulation des articles 122 et 123 de la loi-programme du 25 décembre 2016. Les dispositions précitées complètent les articles 120 et 126² du Code des droits et taxes divers par un alinéa 2, de sorte que le champ d'application de la taxe sur les opérations de bourse (ci-après : la TOB) est étendu.

Quant aux dispositions attaquées et à leur contexte

B.2.1. La TOB a été instaurée par la loi du 30 août 1913 et a été reprise ultérieurement, avec la taxe sur les reports, dans le livre II, titre Ier (« Taxe sur les opérations de bourse et les reports ») du Code des droits et taxes divers.

B.2.2. Sont soumises à la TOB les opérations qui sont conclues ou exécutées en Belgique et qui portent sur des fonds publics belges ou étrangers, dans la mesure où l'opération est effectuée grâce à un intermédiaire professionnel (article 126¹ du Code des droits et taxes divers).

Il s'agit en particulier de toute vente, de tout achat et de toute cession ainsi que de toute acquisition à titre onéreux et de tout rachat de ses actions par une société d'investissement, lorsque l'opération porte sur des actions de capitalisation (article 120, alinéa 1er, du Code des droits et taxes divers).

B.3.1. L'alinéa 2 de l'article 120 du Code des droits et taxes divers, inséré par l'article 122, attaqué, de la loi-programme du 25 décembre 2016, dispose :

« Les opérations visées à l'alinéa 1er sont également réputées être conclues ou exécutées 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 ».

L'alinéa 2 de l'article 126² du Code des droits et taxes divers, inséré par l'article 123, attaqué, de la loi-programme du 25 décembre 2016, dispose :

« Toutefois, lorsque l'intermédiaire professionnel est établi à l'étranger, le donneur d'ordre est redevable de la taxe et est assujéti aux obligations visées à l'article 125, sauf s'il peut établir que la taxe a été acquittée ».

B.3.2. Par les dispositions attaquées, le législateur entend étendre le champ d'application de la TOB, parce que « lorsqu'un donneur d'ordre établi en Belgique s'adresse directement ou indirectement à un intermédiaire établi à l'étranger qui n'est pas enregistré auprès de la FSMA, l'opération est généralement réalisée sur une place étrangère, ne rendant pas la taxe exigible » (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, DOC 54-2208/001, p. 80) :

« Pour cette raison, l'article 120 du Code est complété par un nouvel alinéa par lequel dorénavant les opérations réalisées par des intermédiaires établis à l'étranger sont considérées comme conclues ou exécutées en Belgique dès lors que l'ordre (achat ou vente) est donné à l'intermédiaire établi à l'étranger, soit par une personne physique qui a sa résidence habituelle en Belgique, soit par une personne morale à partir de son siège ou d'un établissement situé en Belgique.

[...] La pratique fait apparaître que l'application de [la] TOB n'était pas tout à fait évidente dans ce cas. Le gouvernement a ainsi choisi d'adapter la disposition légale relative aux critères d'assujettissement. La TOB vise dès lors également les entités qui, à l'étranger, offrent une plateforme pour des investisseurs belges » (*ibid.*).

Par ailleurs, les modifications législatives attaquées tendent à éviter toute concurrence déloyale entre les intermédiaires professionnels nationaux et étrangers :

« La non-imputation de la taxe boursière par un certain nombre de *brokers* étrangers sur des transactions qu'ils exécutent pour des clients belges engendre une concurrence déloyale par rapport aux *brokers* locaux qui, eux, prélèvent la taxe boursière » (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, DOC 54-2208/008, p. 8).

B.3.3. À la suite des modifications législatives attaquées, les opérations conclues ou exécutées en Belgique ne sont plus les seules à être soumises à la TOB. La TOB est désormais aussi due lorsque l'ordre d'achat ou de vente est donné à un intermédiaire professionnel établi à l'étranger et que l'ordre émane d'une « personne physique ayant sa résidence habituelle en Belgique » ou d'une « personne morale pour le compte d'un siège ou d'un établissement de celle-ci en Belgique ». Il faut entendre par « résidence habituelle » le domicile fiscal pour les impôts sur les revenus, ce qui signifie que lorsqu'un investisseur est soumis à l'impôt belge des personnes physiques, il est supposé avoir sa résidence habituelle en Belgique.

Lorsque l'ordre est conclu ou exécuté via un intermédiaire professionnel étranger, l'assujettissement à la taxe est déplacé vers la personne qui donne l'ordre, au lieu de l'intermédiaire professionnel. L'acheteur ou le vendeur doit déclarer la taxe et la payer dans les deux mois qui suivent le mois de l'opération (article 125, § 1er, du Code des droits et taxes divers). Ce n'est que si le donneur d'ordre peut établir que la taxe boursière a déjà été acquittée, par l'intermédiaire professionnel ou par son représentant responsable, qu'il est libéré de son obligation de déclaration et de paiement (article 126² du Code des droits et taxes divers).

Quant au fond

B.4. La partie requérante invoque trois moyens d'annulation. Le premier moyen est pris de la violation du principe d'égalité, garanti par les articles 10, 11 et 172 de la Constitution. Les deuxième et troisième moyens sont pris de la violation du principe d'égalité, lu en combinaison avec la libre prestation des services (deuxième moyen) et avec la libre circulation des capitaux (troisième moyen).

B.5. Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et avec l'article 36 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (violation de la libre prestation des services). Le troisième moyen est pris de la violation des articles 10, 11 et 172 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et avec l'article 40 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen (violation de la libre circulation des capitaux).

Par suite des articles attaqués, il serait nettement plus risqué, plus coûteux et excessivement plus lourd sur le plan administratif pour un ressortissant belge de faire appel à un intermédiaire professionnel étranger, alors que les articles 56 et 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE) interdiraient toute restriction à la libre circulation entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.

B.6.1. L'article 56, premier alinéa, du TFUE dispose :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

L'article 36, paragraphe 1, de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen dispose :

« Dans le cadre du présent accord, toute restriction à la libre prestation des services à l'intérieur du territoire des parties contractantes à l'égard des ressortissants des États membres

de la CE et des États de l'AELE établis dans un État membre de la CE ou dans un État de l'AELE, autre que celui du destinataire de la prestation, est interdite ».

B.6.2. L'article 63 du TFUE dispose :

« 1. 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.

2. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».

L'article 40 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen dispose :

« Dans le cadre du présent accord, les restrictions entre les parties contractantes aux mouvements des capitaux appartenant à des personnes résidant dans les États membres de la CE ou dans les États de l'AELE, ainsi que les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou sur la localisation du placement, sont interdites. Les dispositions nécessaires à l'application du présent article figurent à l'annexe XII ».

B.7.1. Il résulte des articles précités du TFUE et de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen que les restrictions à la libre prestation des services au sein de l'Union européenne et les restrictions à la libre circulation des capitaux et des paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont en principe interdites.

B.7.2. Un État membre peut toutefois apporter des restrictions à la libre prestation des services en vertu des articles 51 (autorité publique) et 52 (ordre public, sécurité publique et santé publique) du TFUE ou pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Par ailleurs, des restrictions à la libre circulation des capitaux peuvent être justifiées par des motifs d'intérêt général (article 65 du TFUE) et, sous certaines conditions, des restrictions peuvent être imposées à la libre circulation des capitaux (articles 64 et 66 du TFUE) ou à la libre circulation des capitaux et des paiements (article 75 du TFUE) vers des pays tiers ou à partir de ceux-ci.

Les restrictions visées par les articles 56 et 63 du TFUE et les articles 36 et 40 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen sont des mesures adoptées par un

État membre de l'Union européenne qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de la libre prestation des services ou de la libre circulation des capitaux et des paiements (CJCE, grande chambre, 28 avril 2009, C-518/06, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, point 62; CJUE, grande chambre, 1er juin 2010, C-570/07 et C-571/07, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, point 53; 7 octobre 2010, C-515/08, *dos Santos Palhota e.a.*, point 29; 4 mai 2017, C-339/15, *Vanderborght*, point 61). La notion de « restriction » couvre en particulier les mesures prises par un État membre qui, quoique indistinctement applicables, peuvent affecter la libre circulation de services dans les autres États membres (CJUE, 4 mai 2017, C-339/15, *Vanderborght*, point 62).

B.7.3. Une restriction à la libre prestation des services ou à la libre circulation des capitaux et des paiements n'est autorisée que si elle poursuit un objectif d'intérêt général, est propre à garantir la réalisation de celui-ci et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (CJCE, 1er juin 1999, C-302/97, *Konle*, points 36-49; 6 juin 2000, C-35/98, *Verkooijen*, point 43; 25 janvier 2007, C-370/05, *Festersen*, point 28; 17 janvier 2008, C-256/06, *Jäger*, point 50; CJUE, 4 mai 2017, C-339/15, *Vanderborght*, point 65; 31 mai 2018, C-190/17, *Lu Zheng c. Ministerio de Economía y Competitividad*, point 37).

Une restriction à la libre circulation des services ou à celle des capitaux et des paiements n'est toutefois pas proportionnée si le but poursuivi peut être atteint par une mesure moins radicale (CJCE, 5 mars 2002, C-515/99, *Reisch et autres*, points 35-39).

B.8.1. Le donneur d'ordre qui fait appel à un intermédiaire professionnel étranger devient redevable de la TOB et est assujéti aux obligations qui en sont le corollaire, s'il ne peut établir que la TOB a été acquittée. Bien que le législateur ait tenté de faciliter l'administration de la preuve du paiement de la TOB en permettant aux intermédiaires professionnels étrangers de faire agréer un représentant responsable par le ministre des Finances ou par son délégué, il convient de constater que ni le donneur d'ordre belge, ni l'État belge ne peuvent, eu égard au principe de territorialité, obliger un intermédiaire professionnel

étranger à désigner un représentant responsable. Sans représentant responsable, le résident belge reste redevable de la TOB.

En outre, le donneur d'ordre a la possibilité de désigner un mandataire afin de satisfaire à ses obligations relatives à la TOB, mais le donneur d'ordre demeure responsable à l'égard de l'État belge de l'exécution du mandat qu'il a donné à l'intermédiaire professionnel étranger.

B.8.2. Conformément à l'article 123, attaqué, de la loi-programme du 25 décembre 2016, en tant que redevable de la TOB, le résident belge n'est exonéré de la déclaration et du paiement de la TOB que s'il peut établir que celle-ci a déjà été acquittée. À cet effet, le donneur d'ordre peut fournir la preuve nécessaire en produisant un bordereau (article 127 du Code des droits et taxes divers) indiquant le nom de l'intermédiaire professionnel étranger, le type d'opération, la valeur de l'opération et le montant de la TOB due ainsi qu'en fournissant la preuve qu'il a payé la taxe à son intermédiaire professionnel au moyen, par exemple, d'un extrait de compte.

B.8.3. La circonstance que l'intermédiaire professionnel étranger ne peut être tenu de désigner un représentant responsable et le constat qu'il est souvent difficile dans la pratique pour un résident belge de fournir la preuve du paiement éventuel de la TOB, ou de fournir la preuve, requise par l'administration fiscale, au moyen d'un bordereau, établissant la valeur de l'opération sur la base de laquelle la TOB doit être calculée, lorsqu'il fait appel à un intermédiaire étranger, ont pour conséquence que le résident belge qui souhaiterait donner un ordre à un intermédiaire professionnel étranger, eu égard notamment à la responsabilité qui en découle pour le donneur d'ordre en cas d'absence de déclaration et de paiement de la TOB ou en cas de déclaration ou de paiement tardifs de celle-ci, pourrait être limité dans son choix d'un intermédiaire.

Par conséquent, il n'est pas exclu que les résidents belges puissent être amenés à ne pas recourir aux intermédiaires professionnels étrangers pour effectuer leurs opérations de bourse, étant donné qu'ils deviennent ainsi eux-mêmes redevables de la TOB et sont soumis aux obligations correspondantes.

B.9. Par conséquent, la question se pose de savoir si la libre prestation des services ou la libre circulation des capitaux s'opposent à une réglementation nationale par laquelle le donneur d'ordre belge devient redevable de la TOB lorsque l'intermédiaire professionnel est établi à l'étranger. L'article 267 du TFUE habilite la Cour de justice à statuer, à titre préjudiciel, aussi bien sur l'interprétation des traités et des actes des institutions de l'Union européenne que sur la validité de ces actes. En vertu du troisième alinéa de cette disposition, une juridiction nationale est tenue de saisir la Cour de justice lorsque ses décisions - comme celles de la Cour constitutionnelle - ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. En cas de doute sur l'interprétation ou sur la validité d'une disposition du droit de l'Union européenne importante pour la solution d'un litige pendant devant une telle juridiction nationale, celle-ci doit, même d'office, poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

Avant de statuer quant au fond, il convient dès lors de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles figurant dans le dispositif.

Par ces motifs,

la Cour

pose, avant de statuer quant au fond, les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne :

1. L'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 36 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui instaure une taxe sur les opérations de bourse, comme celle visée aux articles 120 et 126² du Code belge des droits et taxes divers, et qui a pour conséquence que le donneur d'ordre belge est redevable de cette taxe lorsque l'intermédiaire professionnel est établi à l'étranger ?

2. L'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 40 de l'Accord du 2 mai 1992 sur l'Espace économique européen doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui instaure une taxe sur les opérations de bourse, comme celle visée aux articles 120 et 126² du Code belge des droits et taxes divers, et qui a pour conséquence que le donneur d'ordre belge est redevable de cette taxe lorsque l'intermédiaire professionnel est établi à l'étranger ?

3. Si, sur la base des réponses données à la première ou à la deuxième question préjudicielle, la Cour constitutionnelle devait parvenir à la conclusion que les articles attaqués méconnaissent une ou plusieurs des obligations découlant des dispositions mentionnées dans ces questions, pourrait-elle maintenir provisoirement les effets des articles 120 et 126² du Code belge des droits et taxes divers afin d'éviter une insécurité juridique et afin de permettre au législateur de les mettre en conformité avec ces obligations ?

Ainsi rendu en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 8 novembre 2018.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Alen