

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre des Finances, le 30 mars 1998, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté royal "fixant dans l'AR/CIR 92 les règles d'évaluation forfaitaire des avantages obtenus sous forme d'options sur actions, parts bénéficiaires ou parts sociales et de warrants permettant d'acquérir ces instruments financiers", a donné le 8 juin 1998 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 30 maart 1998 door de Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling in het KB/WIB 92 van de forfaitaire ramingsregels van de voordelen verkregen onder de vorm van opties op aandelen, winstbewijzen of deelbewijzen en van warranten die toelaten deze financiële instrumenten te verwerven", heeft op 8 juni 1998 het volgende advies gegeven :

I. Observation préliminaire

L'article 1er du projet introduit dans l'article 18, § 3, de l'arrêté d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992 une nouvelle section 10, qui comporte sept alinéas.

L'alinéa 3 comporte une lacune sub littera (a) : si l'on rapproche cette disposition de l'alinéa 6 et des explications données dans l'exposé des motifs, il faut sans doute lire :

- a) "le prix d'exercice de l'option ou du warrant est déterminé d'après la valeur de l'action au moment de l'octroi de l'option ou du warrant". (Le rapport au Roi, p. 5; in fine, reproduit d'ailleurs le texte avec des points de suspension).

Si, au contraire, le prix d'exercice de l'option comporte un rabais en faveur du travailleur, c'est-à-dire s'il est inférieur à la valeur de l'action au moment de l'octroi de l'option ou du warrant, il y a lieu d'appliquer l'alinéa 6 : l'avantage évalué à 7,5 % de la valeur de l'action doit être majoré du rabais (sauf dans le cas visé à l'alinéa 7).

.../...

II. Observations générales

Examen du projet

Article 1er

1. L'article 36 du Code des impôts sur les revenus 1992 donne au Roi le pouvoir "de fixer des règles d'évaluation forfaitaire" des avantages obtenus autrement qu'en espèces par des travailleurs ou des dirigeants d'entreprises.

C'est dans le cadre de cette attribution de pouvoirs que le projet d'arrêté royal introduit dans l'article 18, § 3, de l'arrêté d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992 une nouvelle section 10 qui évalue forfaitairement l'avantage résultant pour un travailleur (et pour un dirigeant d'entreprises ?) du fait que la société qui l'emploie (ou une société liée) lui octroie gratuitement le droit d'acquérir des actions ou parts de la société, par achat ou apport en espèces, pour un prix déterminé.

En résumé, si le prix d'exercice de l'option est égal à la valeur actuelle de l'action (cf. supra, I), l'avantage résultant de l'octroi d'un tel droit d'acquisition est, à certaines conditions, évalué à 7,5 % de la valeur des actions déterminée :

- d'après le cours de bourse s'il s'agit de titres cotés,

.../...

- ou par le conseil d'administration dans le cas contraire, sans que cette valeur puisse être inférieure à la valeur comptable.

Cette évaluation n'est applicable que si les conditions prévues par l'alinéa 3 de la nouvelle section sont réunies : il faut notamment que le droit d'acquérir ne puisse être exercé qu'à partir de la quatrième année à dater de l'attribution et avant la fin de la cinquième année, et que le droit soit incessible.

2. On peut douter qu'un tel régime ait seulement pour but de déterminer forfaitairement le montant d'un avantage en nature.

Spécialement dans les sociétés non cotées, où la base de calcul de l'avantage, d'après le texte du projet, peut être la valeur comptable de la société, le mode de détermination forfaitaire de l'avantage pourrait s'avérer sans commune mesure avec la valeur réelle de celui-ci. La mesure paraît, dès lors, s'inscrire davantage dans le cadre d'une politique d'encouragement fiscal de l'intéressement du personnel que dans le cadre de la simple évaluation d'un avantage en nature.

3. Comme l'indique le projet de rapport au Roi, in fine, le projet ne porte pas atteinte à l'article 45 de la loi du 27 décembre 1984 "portant des dispositions fiscales", qui exonère, à certaines conditions, l'avantage résultant de l'octroi aux travailleurs d'options sur actions.

.../...

Selon le paragraphe 3 de cette disposition,

"... si, en raison ou à l'occasion de la levée d'une option sur actions, un avantage imposable au sens de l'article 26, alinéa 2, 2°, du même Code (lire : article 31, alinéa 2, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992), est obtenu par un travailleur, cet avantage est exonéré de l'impôt des personnes physiques ... à concurrence du montant constitué par l'excédent que présente la valeur des actions ou parts revenant au travailleur lors de la levée de l'option "par rapport au prix de l'option".".

A la différence de l'arrêté royal en projet, cette loi situe donc l'avantage en nature au moment de la levée de l'option, ce qui est jusqu'à présent la thèse de l'administration (voir circulaires des 28 mars 1988, bulletin des contributions, 1988, p. 812 et 16 juillet 1990, bulletin des contributions, 1990, p. 2136).

Toutefois, l'article 45, § 3, de ladite loi ne se prononce pas sur le point de savoir si cette thèse administrative est fondée, ce qui explique la forme conditionnelle du texte précité.

L'exonération de cet hypothétique avantage taxable est, en outre, subordonnée à des conditions telles que cette mesure destinée à encourager l'intéressement du personnel "ne connaît en pratique qu'une application limitée" (pour reprendre les termes du projet de rapport au Roi du présent projet) : une des conditions est, en effet, que les actions

.../...

acquises par le travailleur en vertu de l'option restent bloquées pendant deux ans (1).

Article 2

1. L'article 360 du Code des impôts sur les revenus 1992 dispose :

"L'impôt dû pour un exercice d'imposition est établi sur les revenus que le contribuable a recueillis pendant la période imposable.

Le Roi détermine la période imposable et les revenus qui s'y rapportent."

2. C'est en vertu de cette délégation de pouvoirs que l'article 2 du projet complète l'article 205 de l'arrêté d'exécution par un nouveau 3° qui se lit comme suit :

"Pour l'application ... 3° de l'article 204, 3°, a et b (il semble que la référence au "a" soit une erreur), les avantages recueillis d'options ou de warrants (lire : les avantages résultant de l'octroi d'options ou de warrants) sont considérés comme étant obtenus à la date de leur attribution."

Selon cette disposition du projet, en cas d'octroi à un travailleur d'une option sur actions, l'avantage doit

(1) Pour une critique de cette disposition légale, voir Dassesse et Minne, Droit fiscal, éd. 1995, p. 855.

être déterminé à ce moment-là et ne consiste donc pas dans la plus-value qu'il réalisera le jour où il lève l'option.

Cette règle, justifiée dans le projet de rapport au Roi (p. 3, in fine), paraît assurément exacte, mais elle est inconciliable avec l'article 45, § 3, précité, de la loi du 27 décembre 1984.

3. Indépendamment même de cette loi, la mesure excède les pouvoirs que l'article 360 du Code des impôts sur les revenus 1992 confère au Roi : il ne s'agit pas seulement de déterminer la période imposable et les revenus qui s'y rapportent, mais de trancher une question de fond qui porte sur la définition même de la rémunération imposable résultant d'une option sur actions : l'avantage résulte-t-il de l'octroi de l'option, ce qui impose de le déterminer indépendamment du point de savoir si l'option sera levée ultérieurement et si le travailleur réalisera une plus-value à ce moment ? Ou bien cet avantage n'existe-t-il qu'en cas de levée de l'option et consiste-t-il en la différence entre la valeur des actions au moment de la levée de l'option et le prix d'exercice de l'option ?

III. Conclusion

En conclusion et quelle que soit la pertinence des considérations de fait émises par le fonctionnaire délégué, tant l'article 1er que l'article 2 du projet d'arrêté royal excèdent les pouvoirs du Roi et, si le Gouvernement entend

.../...

faire entrer en vigueur les dispositions en projet, il doit déposer un projet de loi.

Ce projet doit prévoir l'abrogation de l'article 45, de la loi du 27 décembre 1984, qui paraît s'être avéré sans application pratique et dont le paragraphe 3 est inconciliable avec le système du projet quant à la définition même de l'avantage en nature résultant de l'octroi d'options sur actions.

Observations finales

En ce qui concerne le texte néerlandais du projet, il y a lieu de tenir compte des observations figurant à titre d'exemple dans le texte néerlandais du présent avis.

I. Voorafgaande opmerking

Bij artikel 1 van het ontwerp wordt in artikel 18, § 3, van het besluit tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 een nieuwe onderverdeling 10 ingevoegd, bestaande uit zeven leden.

Het derde lid bevat een leemte onder a) : indien deze bepaling vergeleken wordt met het zesde lid en met de uitleg in de memorie van toelichting, dient er wellicht het volgende te staan :

- a) "De uitoefenprijs van de optie of de warrant wordt bepaald op basis van de waarde van het aandeel op het tijdstip waarop de optie of warrant wordt toegekend.". (In het verslag aan de Koning wordt trouwens op blz. 5, in fine, de tekst overgenomen met gedachtepuntjes).

Indien de uitoefenprijs van de optie echter een korting inhoudt ten voordele van de werknemer, dat wil zeggen, indien hij lager is dan de waarde van het aandeel op het tijdstip waarop de optie of warrant wordt toegekend, dient het zesde lid te worden toegepast : het voordeel dat geraamd wordt op 7,5 % van de waarde van het aandeel moet verhoogd worden met de korting (behalve in de gevallen bedoeld in het zevende lid).

.../...

II. Algemene opmerkingen

Onderzoek van het ontwerp

Artikel 1

1. Artikel 36 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 verleent de Koning de bevoegdheid om "regels te stellen" om de voordelen die anders dan in geld verkregen zijn door werknemers of bedrijfsleiders "op een vast bedrag te ramen".

Het is in het kader van die bevoegdheidsverlening dat bij het ontwerp van koninklijk besluit in artikel 18, § 3, van het besluit tot uitvoering van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 een nieuwe onderverdeling 10 wordt ingevoegd, waarin het voordeel voor een werknemer (en een bedrijfsleider ?), dat voortvloeit uit het feit dat de vennootschap die hem tewerkstelt (of een verbonden vennootschap) hem gratis het recht verleent om voor een welbepaalde prijs aandelen of delen van de vennootschap te verwerven door aankoop of inbreng in contanten, op een vast bedrag wordt geraamd.

Kortom, indien de uitoefenprijs van de optie gelijk is aan de huidige waarde van het aandeel (cf. supra, I), wordt het voordeel dat voortvloeit uit de toekenning van zulk een verwervingsrecht, onder bepaalde voorwaarden op 7,5 % van de waarde van de aandelen geraamd, waarbij die waarde wordt vastgesteld :

.../...

- ofwel op basis van de beurskoers, wanneer het gaat om op de beurs genoteerde effecten,
- of door de raad van bestuur, in het tegenovergestelde geval, zonder dat die waarde lager mag zijn dan de boekwaarde.

Deze raming geldt alleen indien de voorwaarden gesteld in het derde lid van de nieuwe onderverdeling vervuld zijn : vereist is onder meer dat het verwervingsrecht pas uitgeoefend kan worden vanaf het vierde jaar na de toekenning en vóór het einde van het vijfde jaar, en dat het recht niet overdraagbaar is.

2. Dat zulk een regeling slechts tot doel heeft het bedrag van een voordeel in natura forfaitair vast te stellen, valt te betwijfelen.

Inzonderheid bij niet op de beurs genoteerde vennootschappen, waar de berekeningsgrondslag van het voordeel volgens het ontwerp de boekwaarde van de vennootschap kan zijn, zou wel eens kunnen blijken dat de wijze van forfaitair bepalen van het voordeel, niets te maken heeft met de werkelijke waarde ervan. De maatregel lijkt dan ook veeleer in de lijn te liggen van een beleid dat erop gericht is winstdeling van het personeel fiscaal aan te moedigen dan er louter toe te strekken een voordeel in natura te ramen.

.../...

3. Zoals wordt vermeld in het ontwerp van verslag aan de Koning, in fine, doet het ontwerp geen afbreuk aan artikel 45 van de wet van 27 december 1984 houdende fiscale bepalingen, dat het voordeel dat voortvloeit uit de toekenning van aandelenopties aan werknemers, op bepaalde voorwaarden vrijstelt van belasting.

In paragraaf 3 van deze bepaling staat het volgende :

"Wanneer, uit hoofde of ter gelegenheid van een lichting van een aandelenoptie, een belastbaar voordeel in de zin van artikel 26, tweede lid, 2°, van hetzelfde Wetboek (lees : van artikel 30, tweede lid, 2°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992), door een werknemer wordt behaald, wordt dit voordeel van personenbelasting (...) vrijgesteld voor het bedrag dat wordt gevormd door het verschil tussen de waarde van de aandelen of delen die bij de lichting van een aandelenoptie aan de werknemer toekomen en de optieprijs."

Anders dan volgens het ontworpen koninklijk besluit ontstaat het voordeel in natura volgens die wet op het tijdstip dat de optie wordt opgevraagd, wat tot op heden de stelling van de administratie was (zie de circulaires van 28 maart 1988, Bulletin der Belastingen, 1988, blz. 821 en van 16 juli 1990, Bulletin der Belastingen 1990, blz. 2227).

Artikel 45, § 3, van de genoemde wet laat in het midden of die stelling van de administratie gegrond is, wat verklaart waarom in de genoemde tekst in de voorwaardelijke vorm wordt gesproken.

.../...

De vrijstelling voor dit belastbare hypothetische voordeel geldt bovendien alleen onder bepaalde voorwaarden, zodat deze maatregel, bedoeld om de winstdeling van het personeel aan te moedigen, "in de praktijk evenwel slechts een beperkte toepassing kent" (volgens de bewoordingen van het ontwerp van verslag aan de Koning bij dit ontwerp) : één van de voorwaarden is immers dat de aandelen die de werknemer krachtens de optie heeft verworven, gedurende twee jaar geblokkeerd blijven (1).

Artikel 2

1. Artikel 360 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 bepaalt het volgende :

"De voor een aanslagjaar verschuldigde belasting wordt gevestigd op de inkomsten die de belastingplichtige in het belastbare tijdperk heeft verkregen.

De Koning bepaalt het belastbare tijdperk en de inkomsten die daartoe behoren."

2. Krachtens die bevoegdheidsopdracht vult artikel 2 van het ontwerp artikel 205 van het uitvoeringsbesluit aan met een nieuw punt 3°, luidende :

"Voor de toepassing ... 3° van artikel 204, 3°, a en b (de verwijzing naar "a" lijkt een vergissing te zijn), worden de voordelen verkregen uit opties of

(1) Voor commentaar bij die wetsbepaling, zie Dassel en Minne, *Droit fiscal*, uitg. 1995, blz. 855.

warranten (lees : de voordelen die voortvloeien uit de toekenning van opties of warranten) geacht te zijn verkregen op de datum waarop ze worden (lees : zijn) toegekend aan de begunstigden."

Luidens die bepaling van het ontwerp moet, wanneer een aandelenoptie wordt toegekend aan een werknemer, het voordeel op dat tijdstip worden bepaald, en bestaat het dus niet in de meerwaarde die de werknemer realiseert op de dag dat hij de optie opvraagt.

Deze regel, die verantwoord wordt in het ontwerp van verslag aan de Koning (blz. 3, in fine), lijkt weliswaar correct, maar is onverenigbaar met bovenvermeld artikel 45, § 3, van de wet van 27 december 1984.

3. Zelfs los van deze wet overschrijdt de maatregel de bevoegdheden die bij artikel 360 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 aan de Koning zijn toegekend : het gaat niet alleen om het vaststellen van het belastbare tijdperk en de inkomsten die daartoe behoren, maar om het beslechten van een fundamentele kwestie, die betrekking heeft op de definitie zelf van de belastbare vergoeding die voortvloeit uit een aandelenoptie : vloeit het voordeel voort uit de toekenning van de optie, wat betekent dat het bepaald moet worden los van de vraag of de optie later zal worden opgevraagd en of de werknemer dan een meerwaarde zal realiseren ? Of bestaat dat voordeel pas wanneer de optie wordt opgevraagd en bestaat het in het verschil tussen de waarde van de aandelen op het tijdstip waarop de optie wordt opgevraagd en de uitoefenprijs van de optie ?

.../...

III. Besluit

Het besluit is dat, hoe pertinent ook de feitelijke overwegingen van de gemachtigde ambtenaar moge zijn, zowel in artikel 1 als in artikel 2 van het ontwerp van koninklijk besluit de bevoegdheden van de Koning overschreden worden en de Regering, wil zij de ontworpen bepalingen in werking stellen, een wetsontwerp moet indienen.

In dat ontwerp moet artikel 45 van de wet van 27 december 1984 worden opgeheven, dat blijkbaar niet wordt toegepast in de praktijk en waarvan paragraaf 3 onverenigbaar is met de regeling van het ontwerp wat betreft de definitie zelf van het voordeel in natura dat voortvloeit uit de toekenning van aandelenopties.

Slotopmerkingen

Onder voorbehoud van de zo-even in het advies gemaakte inhoudelijke opmerkingen, inzonderheid van de opmerkingen gemaakt in "III.Besluit", wordt erop gewezen dat de Nederlandse tekst van het ontwerp op verschillende punten niet-correct is. Bij wijze van voorbeeld wordt op het volgende gewezen :

.../...

Opschrift

De gallicistische wendingen "onder de vorm van" en "die toelaten deze financiële instrumenten te verwerven", zouden respectievelijk vervangen moeten worden door de wendingen "in de vorm van" en "waarmee die financiële instrumenten kunnen worden verworven". De laatste opmerking geldt bijvoorbeeld ook voor het ontworpen onderdeel 10, eerste lid.

Artikel 1

In het tweede lid van het ontworpen onderdeel 10 moet het adjectief "onderliggend" een buigings-e krijgen. Een soortgelijke opmerking geldt onder meer voor het derde lid, het vierde lid, g), en het zesde lid.

In het derde lid schrijve men : "die aan de toekenning voorafgaat" in plaats van "die de toekenning voorafgaat".

In het vierde lid, c), schrijve men : "pas vanaf het vierde jaar" en niet "slechts vanaf het vierde jaar" en in g) "namelijk" in plaats van "met name" en "ten opzichte van" in plaats van "ten overstaan van". Met betrekking tot het zesde en het zevende lid wordt erop gewezen dat blijkens Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal en de Woordenlijst Nederlandse Taal het meervoud van "warrant" steeds "warrants" is. In het achtste lid zou het correcter en meer in overeenstemming met het taalgebruik in de regelgeving zijn "geschieden" te schrijven in plaats van "gebeuren".

.../...

Artikel 2

In de inleidende zin is het bepaald lidwoord "de" vóór "3°" ongebruikelijk en is het woord "terug" in de betekenis van "weer" verkeerd gebruikt.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

président,
voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J. KIRKPATRICK,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme G. JOTTRAND, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur afdelingshoofd. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. G. JOTTRAND, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN, président de chambre.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN, kamervoorzitter.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

J.-J. STRYCKMANS