

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 38.425/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 12 mai 2005, d'une demande d'avis sur une proposition de loi "modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en matière d'assimilation des parts bénéficiaires à du capital libéré" (Doc. parl., Chambre, session 2004-2005, n° 51 1661/001), a donné le 21 septembre 2005 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 38.425/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 12 mei 2005 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem van advies te dienen over een voorstel van wet "tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 inzake gelijkstelling van winstbewijzen met gestort kapitaal" (Parl. St., Kamer, zitting 2004-2005, nr. 51 1661/001), heeft op 21 september 2005 het volgende advies gegeven :

Observations générales

La proposition de loi tend à compléter le Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 92) en vue d'organiser spécialement le régime fiscal de ce qu'on appelle dans la pratique les certificats de participation (en abrégé CPC), c'est-à-dire les parts bénéficiaires de sociétés par actions émises contre apport d'espèces.

La possibilité de souscrire en numéraire des parts bénéficiaires est expressément prévue par le Code des sociétés (article 484).

L'émission de CPC sans droit de vote a été imaginée par la pratique en 1990, à une époque où la loi sur les sociétés ne permettait pas encore l'émission d'actions de capital sans droit de vote ⁽¹⁾.

Selon un avis publié dans son bulletin de mars 1991 ⁽²⁾, la Commission des Normes Comptables recommande que la contrepartie des CPC soit comptabilisée sous une rubrique des fonds propres distincte du capital.

Cet avis, pas plus que la loi, ne prescrit que la résolution de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui crée les CPC stipule que le montant de l'apport soit porté à un compte indisponible qui constitue, à l'égal du capital, la garantie des tiers et ne peut être réduit que moyennant une décision de l'assemblée générale des actionnaires statuant dans les formes et aux majorités requises pour la modification des statuts. Néanmoins, cette clause s'impose dans la pratique, à l'instar de celle en usage en matière de primes d'émission, pour éviter que la somme apportée ne soit considérée comme un bénéfice imposable : les primes d'émission qui doivent être portées au passif du bilan au compte "primes d'émission" (rubrique II du passif), ne sont assimilées à du capital libéré qu'à la même condition et dans la même mesure que le capital social" (CIR 92, art. 184, modifié par la loi du 22 décembre 1998 portant des dispositions fiscales et autres).

⁽¹⁾ J. P. Blumberg, "Over participatiecertificaten (CPC) ...", TRV, 1991, pp. 325 et s.

⁽²⁾ Bulletin CNC, n° 26, mars 1991, n° 164, p. 28.

Sous l'empire des dispositions actuellement en vigueur, il paraît certain que les apports souscrits à l'occasion de l'émission de CPC ne peuvent être considérés comme des bénéfices de la société, pour autant que la clause usuelle en matière de primes d'émission figure dans la résolution de l'assemblée générale extraordinaire qui crée les CPC.

De même, les auteurs admettent, sous le régime actuel, que, moyennant cette clause, les apports faits à l'occasion de l'émission de CPC doivent être traités fiscalement comme du capital libéré ⁽³⁾.

Néanmoins, les dispositions du CIR 92 qui définissent le capital libéré et les sommes y assimilées ne visent pas l'hypothèse où des parts représentatives du capital, telles les CPC, sont émises contre espèces.

Dans cette mesure, l'adaptation du CIR 92 se justifie.

Observations particulières

Dispositif

Article 2

(article 2, § 1^{er}, 6°, proposé, du CIR 92)

La modification proposée de l'article 2, § 1^{er}, 6°, du CIR 92 est inutile : il suffit de compléter l'article 184 du CIR 92 (voir infra l'observation faite sous l'article 4).

⁽³⁾ Voir en ce sens, Chr. Cheruy, Le régime fiscal des sociétés holdings en Belgique, Kluwer 2000, n° 551; J. Kirkpatrick et D. Garabedian, Le régime fiscal des sociétés en Belgique, Bruylant, 2003, n° 3.6, in fine.

Article 3

(article 18, alinéa 1^{er}, proposé, du CIR 92)

La disposition à l'examen propose en premier lieu de modifier la rédaction du paragraphe 2°*bis* du texte en vigueur qui concerne les remboursements de primes d'émission.

Le texte actuel est en effet fort peu clair.

Pour éviter d'alourdir à l'excès l'article 18 du CIR 92, il est suggéré de régir par un nouveau paragraphe 2°*bis* tant les remboursements de primes d'émission que les remboursements de CPC.

Le texte suivant est proposé à la place des paragraphes 2°*bis* et 2°*quater*, proposés.

"2°*bis*. Les remboursements totaux ou partiels de primes d'émission et de sommes souscrites à l'occasion de l'émission de parts bénéficiaires, à l'exception des remboursements de sommes assimilées à du capital libéré opérés en exécution d'une décision régulière de l'assemblée générale prise conformément aux dispositions du Code des sociétés applicables aux modifications des statuts."

La proposition prévoit en outre de modifier le paragraphe 2°*ter* pour viser, outre les actions ou parts, les parts bénéficiaires. Cette modification est inutile, puisque les parts bénéficiaires sont des "parts" sociales.

Article 4

(article 184, alinéa 2, proposé, du CIR 92)

1. La modification de l'article 184 serait l'occasion d'améliorer la rédaction de l'alinéa 1^{er} de cet article, qui est tautologique ("le capital libéré est la partie du capital social qui est réellement libérée ...").

.../...

La définition du capital libéré dans le CIR 92 est utile pour indiquer en quoi cette notion diffère du capital libéré au sens du droit des sociétés : en droit des sociétés, le capital formé par incorporation de bénéfices constitue du capital libéré. Il en est autrement en droit fiscal.

L'alinéa 1^{er} du texte actuellement en vigueur serait dès lors mieux rédigé comme suit :

"Le capital libéré est le capital statutaire dans la mesure où celui-ci est formé par des apports réellement libérés et où il n'a fait l'objet d'aucune réduction".

En visant la réduction, on vise aussi implicitement le remboursement prévu par le texte actuel.

Cette définition rend inutile la seconde phrase de l'alinéa 1^{er} : celle-ci vise notamment l'hypothèse où l'assemblée générale décrète un dividende qui peut, au choix de l'actionnaire, être encaissé en espèces ou affecté à une augmentation de capital par émission d'actions nouvelles. Lorsque l'actionnaire affecte son dividende à une augmentation de capital, il s'agit évidemment d'un apport.

2. Quant à l'alinéa 2, proposé, il serait plus simplement rédigé comme suit :

"Les primes d'émission et les sommes souscrites à l'occasion de l'émission de parts bénéficiaires sont assimilées au capital à la condition qu'elles soient portées dans les capitaux propres au passif du bilan, à un compte qui, au même titre que le capital social, constitue la garantie des tiers et ne peut être réduit qu'en exécution d'une décision régulière de l'assemblée générale prise conformément aux dispositions du Code des sociétés applicables aux modifications des statuts."

Le texte proposé suffit pour assimiler les primes d'émission et les sommes souscrites à l'occasion de l'émission de CPC au capital pour leur rendre applicable l'alinéa 1^{er}, qui définit le capital libéré.

3. Ces adaptations rendent inutile l'article 2, § 1^{er}, 6°, proposé (voir supra l'observation formulée sous l'article 2 de la proposition).

Articles 5, 6 et 8

(articles 186, 188 et 269, proposés)

Ces articles de la proposition tendent à compléter, dans diverses dispositions du CIR 92, l'expression "actions ou parts" en ajoutant les mots "ou parts bénéficiaires".

Comme il a été indiqué à propos de l'article 18, alinéa 1^{er}, 2^oter, proposé, les parts bénéficiaires sont des "parts" sociales, de sorte que cet ajout est superflu et que les articles 5, 6 et 8 doivent donc être omis.

Article 7

(article 202, proposé)

Les 1° et 2° du texte proposé doivent être omis, pour la raison qui a été indiquée à propos des articles 5, 6 et 8 de la proposition.

Les 3° et 4° tendent à régler l'application aux CPC de la première condition de déduction des dividendes au titre de revenus définitivement taxés, édictée par l'article 202, § 2, 1° : il faut qu'"à la date d'attribution ou de mise en paiement (des dividendes), la société qui en bénéficie, détienne dans le capital de la société qui les distribue une participation de 10 % au moins ou dont la valeur d'investissement atteint au moins 1.200.000 EUR".

Du moment que les sommes apportées à l'occasion de la souscription de CPC sont assimilées au capital (en vertu de l'article 184, proposé, modifié comme indiqué plus haut), et que les CPC constituent "une participation", la condition prévue à l'article 202, § 2, 1°, sera applicable aux CPC. Cette application n'est pas susceptible de donner lieu à "un recours non souhaitable à l'émission de parts bénéficiaires plutôt qu'à l'augmentation de capital social" (développement de la proposition de loi, à propos de l'article 7).

Il y a donc lieu d'omettre tout l'article 7, y compris les points 3° et 4°.

Algemene opmerkingen

Het wetsvoorstel strekt ertoe het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 92) aan te vullen teneinde inzonderheid het fiscaal stelsel uit te werken van wat in de praktijk participatiecertificaten (afgekort als CPC) wordt genoemd, dat wil zeggen winstbewijzen van vennootschappen op aandelen uitgegeven tegen inbreng van geld.

De mogelijkheid om in geld in te schrijven op winstbewijzen, wordt uitdrukkelijk geboden door het Wetboek van Vennootschappen (artikel 484).

Door de mensen van de praktijk is de uitgifte van participatiecertificaten zonder stemrecht overwogen in 1990, toen de wet op de vennootschappen het nog niet mogelijk maakte om kapitaalaandelen zonder stemrecht uit te geven ⁽⁴⁾.

Volgens een advies bekendgemaakt in haar bulletin van maart 1991 ⁽⁵⁾, geeft de Commissie voor boekhoudkundige normen als aanbeveling om de tegenwaarde van de CPC's op te nemen in een eigen-vermogenspost waarin, het kapitaal niet wordt vermeld.

Noch in dat advies, noch in de wet wordt voorgeschreven dat in het besluit van de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders waarbij CPC's worden ingevoerd, wordt bepaald dat het bedrag van de inbreng op een onbeschikbare rekening wordt gezet die, net als het kapitaal, de waarborg van derden vormt en alleen kan worden verminderd bij een beslissing van de algemene vergadering van de aandeelhouders, uitspraak doende volgens de vormvoorschriften en met de meerderheid vereist voor een wijziging van de statuten. Nochtans is die bepaling in de praktijk noodzakelijk, net zoals die welke gebruikelijk is inzake uitgiftepremies, om te voorkomen dat de ingebrachte som als een belastbare winst wordt beschouwd : de uitgiftepremies, die op het passief van de balans moeten worden ingeschreven op de rekening "uitgiftepremies" (rubriek II van het passief), worden alleen met gestort kapitaal gelijkgesteld "onder dezelfde voorwaarde en in dezelfde mate als het maatschappelijk kapitaal" (WIB 92, art. 184, gewijzigd bij de wet van 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen).

⁽⁴⁾ J.P. Blumberg, "Over participatiecertificaten (CPC) ...", TRV, 1991, blz. 325 e.v.

⁽⁵⁾ Bulletin CBN, nr. 26, maart 1991, advies nr. 164, blz. 28.

Onder de werking van de thans geldende bepalingen lijkt het zeker dat de inbrengen die ter gelegenheid van de uitgifte van CPC's worden gedaan, niet als winsten van de vennootschap kunnen worden beschouwd voorzover de gebruikelijke bepaling inzake uitgiftepremies voorkomt in het besluit van de buitengewone algemene vergadering waarbij CPC's worden ingevoerd.

Zo ook is onder de huidige regeling de rechtsleer het erover eens dat door die bepaling de inbrengen die ter gelegenheid van de uitgifte van CPC's worden gedaan, uit fiscaal oogpunt behandeld moeten worden als gestort kapitaal ⁽⁶⁾.

Nochtans wordt in de bepalingen van het WIB 92 waarin het gestorte kapitaal en de daarmee gelijkgestelde bedragen worden gedefinieerd, niet verwezen naar het geval dat deelbewijzen die het kapitaal vertegenwoordigen, zoals CPC's, worden uitgegeven tegen geldbedragen.

Inzoverre is de aanpassing van het WIB 92 gerechtvaardigd.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 2

(voorgesteld artikel 2, § 1, 6°, van het WIB 92)

De voorgestelde wijziging van artikel 2, § 1, 6°, van het WIB 92 is niet nodig: er kan worden volstaan met het aanvullen van artikel 184 van het WIB 92 (zie infra, de opmerking die bij artikel 4 wordt gemaakt).

⁽⁶⁾ Zie in deze zin, Chr. Cheruy, *Le régime fiscal des sociétés holding en Belgique*, Kluwer 2000, nr. 551; J. Kirkpatrick en D. Garabedian, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruylant, 2003, nr. 3.6., in fine.

Artikel 3

(voorgesteld artikel 18, eerste lid, van het WIB 92)

In de onderzochte bepaling wordt in de eerste plaats voorgesteld om de redactie te wijzigen van onderdeel 2°*bis* van de thans geldende tekst, dat betrekking heeft op terugbetalingen van uitgiftepremies.

De thans geldende tekst is immers allesbehalve duidelijk.

Teneinde artikel 18 van het WIB 92 niet al te zwaar te maken, wordt voorgesteld om met een nieuw onderdeel 2°*bis* zowel de terugbetalingen van uitgiftepremies als de terugbetalingen van CPC's te regelen.

De volgende tekst wordt voorgesteld ter vervanging van de voorgestelde onderdelen 2°*bis* en 2°*quater*.

"2°*bis*. gehele of gedeeltelijke terugbetalingen van uitgiftepremies en van bedragen waarop ter gelegenheid van de uitgifte van winstbewijzen is ingeschreven, met uitzondering van terugbetalingen van bedragen die met gestort kapitaal worden gelijkgesteld ter uitvoering van een regelmatige beslissing van de algemene vergadering genomen overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen die van toepassing zijn op statutenwijzigingen."

In het voorstel wordt voorts het voornemen gemaakt om onderdeel 2°*ter* te wijzigen, teneinde niet alleen naar aandelen, maar ook naar winstbewijzen te verwijzen. Die wijziging is niet nodig, aangezien winstbewijzen ook "aandelen" van de vennootschap zijn.

Artikel 4

(voorgesteld artikel 184, tweede lid, van het WIB 92)

1. De wijziging van artikel 184, zou de gelegenheid kunnen zijn om de redactie te verbeteren van het eerste lid van dat artikel, dat tautologisch is ("het gestorte kapitaal is het deel van het maatschappelijk kapitaal dat werkelijk is gestort ...").

.../...

De definitie van gestort kapitaal in het WIB 92 is nuttig om aan te geven in welk opzicht dat begrip verschilt van het gestort kapitaal in de zin van het vennootschapsrecht: in het vennootschapsrecht vormt het kapitaal dat ontstaat door opname van winsten het gestorte kapitaal. In fiscaal recht liggen de zaken anders.

Het eerste lid van de thans geldende tekst zou dan ook beter als volgt worden gesteld :

"Het gestorte kapitaal is het statutaire kapitaal voorzover dat gevormd wordt door werkelijk gestorte inbrengen en voorzover er geen vermindering heeft plaatsgevonden".

Doordat gebruik wordt gemaakt van het woord "vermindering", wordt eveneens impliciet verwezen naar de terugbetaling, waarvan in de huidige tekst sprake is.

Door die definitie wordt het eerste lid, tweede zin overbodig: in die zin wordt inzonderheid verwezen naar het geval waarin de algemene vergadering besluit een dividend uit te keren, dat naar keuze van de aandeelhouder als een geldbedrag kan worden geïnd of bestemd kan worden voor een kapitaalverhoging door de uitgifte van nieuwe aandelen. Wanneer de aandeelhouder zijn dividend gebruikt voor een kapitaalverhoging, gaat het uiteraard om een inbreng.

2. Wat het voorgestelde tweede lid betreft, zou het eenvoudiger zijn dat aldus te stellen :

"Uitgiftepremies en bedragen waarop ingeschreven wordt ter gelegenheid van de uitgifte van winstbewijzen worden gelijkgesteld met het kapitaal, op voorwaarde dat ze op het passief van de balans worden vermeld onder het eigen vermogen, op een rekening die, zoals het maatschappelijk kapitaal, de waarborg voor derden vormt en alleen kan worden verminderd ter uitvoering van een regelmatige beslissing van de algemene vergadering, getroffen met inachtneming van de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen die van toepassing zijn op statutenwijzigingen."

Op grond van de aldus voorgestelde tekst alleen al kunnen uitgiftepremies en bedragen waarop ter gelegenheid van de uitgifte van CPC's wordt ingeschreven, worden gelijkgesteld met het kapitaal, zodat ze vallen onder de toepassing van het eerste lid, waarin het gestorte kapitaal wordt gedefinieerd.

3. Door die aanpassingen wordt het voorgestelde artikel 2, § 1, 6°, overbodig (zie supra, de opmerking die bij artikel 2 van het voorstel is gemaakt).

Artikelen 5, 6 en 8

(voorgestelde artikelen 186, 188 en 269)

Deze artikelen van het voorstel strekken ertoe om in verscheidene bepalingen van het WIB 92 het woord "aandelen" te vervangen door de woorden "aandelen of winstbewijzen".

Zoals in verband met het voorgestelde artikel 18, eerste lid, 2^oter, is aangegeven, zijn winstbewijzen ook "aandelen" van de vennootschap, zodat die toevoeging overbodig is en de artikelen 5, 6 en 8 dienen te vervallen.

Artikel 7

(voorgesteld artikel 202)

De onderdelen 1° en 2° van de voorgestelde tekst dienen te vervallen, om de reden die aangegeven is in verband met de artikelen 5, 6 en 8 van het voorstel.

De onderdelen 3° en 4° strekken ertoe de toepassing op CPC's te regelen van de eerste voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om dividenden als definitief belaste inkomens te kunnen aftrekken, welke voorwaarde vervat is in artikel 202, § 2, 1°: "op de datum van toekenning of betaalbaarstelling van (de dividenden) (moet) de vennootschap die de inkomsten verkrijgt in het kapitaal van de vennootschap die ze uitkeert, een deelneming bezitten van ten minste 10 pct. of met een aanschaffingswaarde van ten minste 1.200.000 EUR".

.../...

Zodra de bedragen die ingebracht worden naar aanleiding van de inschrijving op CPC's worden gelijkgesteld met het kapitaal (krachtens het voorgestelde artikel 184, gewijzigd zoals hiervoor is aangegeven) en de CPC's een "deelneming" vormen, zal de voorwaarde vervat in artikel 202, § 2, 1°, van toepassing zijn op CPC's. Die toepasselijkheid is niet van dien aard dat ze aanleiding kan geven tot "een onwenselijke toevlucht tot de uitgifte van winstbewijzen in plaats van tot de verhoging van het maatschappelijk kapitaal" (toelichting bij het wetsvoorstel, in verband met artikel 7).

Het volledige artikel 7, met inbegrip van de onderdelen 3° en 4°, dient dan ook te vervallen.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

Madame
Mevrouw

J. JAUMOTTE,
M. BAGUET,

conseillers d'État,
staatsraden,

Monsieur
de Heer

J. KIRKPATRICK,

assesseur de la section de législation,
assessor van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

A.-C. VAN GEERSDAELE,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET,
premier auditeur.

Het verslag werd uitgebracht door de
H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

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

De overeenstemming tussen de Franse en de
Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht
van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS