



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 57.260/3
van 24 april 2015

avis 57.260/3
du 24 avril 2015

over

sur

een voorontwerp van wet 'op
de artikelen 205, § 3,
205*novies*, 207, 239/1 en 536
van het Wetboek van de
inkomstenbelastingen 1992 wat
het eigen vermogen van de
kredietinstellingen en
verzekeringsondernemingen
betreft'

un avant-projet de loi 'relatif
aux articles 205, § 3,
205*novies*, 207, 239/1 et 536
du Code des impôts sur les
revenus 1992 en ce qui
concerne les capitaux propres
des établissements de crédit et
des entreprises d'assurances'

Op 13 maart 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Financiën verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 22 april 2015, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘op de artikelen 205, § 3, 205*novies*, 207, 239/1 en 536 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wat het eigen vermogen van de kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen betreft’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 april 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 april 2015.

*

Le 13 mars 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Finances à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 22 avril 2015, sur un avant-projet de loi ‘relatif aux articles 205, § 3, 205*novies*, 207, 239/1 et 536 du Code des impôts sur les revenus 1992 en ce qui concerne les capitaux propres des établissements de crédit et des entreprises d'assurances’.

L'avant-projet a été examiné par la troisième chambre le 14 avril 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 avril 2015.

*

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

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe de kapitaalbuffers die de kredietinstellingen en de verzekeringsondernemingen als eigen vermogen dienen aan te houden ingevolge respectievelijk verordening (EU) nr. 575/2013² en richtlijn 2013/36/EU³ voor de kredietinstellingen en richtlijn 2009/138/EG⁴ voor de verzekeringsondernemingen, ten dele uit te sluiten van de aftrek van de belastbare winst die werkelijk wordt toegepast (artikelen 202 tot 205 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, hierna: WIB 92), van de aftrek voor risicokapitaal (artikelen 205bis tot 205novies van het WIB 92) en van de aftrek van vorige beroepsverliezen (artikel 206 van het WIB 92) in de vennootschapsbelasting.

Het ontwerp bevat daartoe wijzigingen van de artikelen 205, § 3, 205novies, 207, 239/1 en 536 van het WIB 92.

VORMVEREISTEN

3. Uit het aan de Raad van State voorgelegde dossier blijkt niet dat een voorafgaande regelgevingsimpactanalyse is uitgevoerd, zoals nochtans verplicht is op grond van de artikelen 5 tot 8 van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’. Voor zover aan dat vormvereiste niet is voldaan, zal dit alsnog moeten worden verholpen. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van de voornoemde

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

² Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012’ (hierna: verordening nr. 575/2013), artikel 92.

³ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG’, titel VII, hoofdstuk 4. De desbetreffende bepalingen van de richtlijn zijn omgezet bij de artikelen 95 en 96 van de wet van 25 april 2014 ‘op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen’; zie ook artikel 1 van bijlage IV bij die wet.

⁴ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 ‘betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II)’ (ook: Solvency II-richtlijn; hierna: richtlijn 2009/138/EG). De desbetreffende bepalingen van die richtlijn zijn omgezet bij artikel 16 van de wet van 9 juli 1975 ‘betreffende de controle der verzekeringsondernemingen’.

analyse nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Op de vraag uit welke van de ontworpen bepalingen kan worden afgeleid dat de uitsluiting van de aftrek voor risicokapitaal alleen slaat op het zogenaamde “prudentieel kapitaal”, zoals wordt gesteld in de eerste alinea van de memorie van toelichting, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“En réponse à la question (...), on ne peut que dire que cela n'est pas repris textuellement dans la loi.

Les capitaux prudentiels dépendent de plusieurs critères indépendants et parfois cumulatifs mais globalement ils se retrouvent, dans leur plus grande partie, dans les capitaux propres de la société. Le principal critère en ce qui concerne les banques est sans doute l'ensemble des lignes de crédits en cours. C'est pour cette raison que nous prenons comme base le Tableau 00.20 de ‘dettes envers la clientèle’. Pour les entreprises d'assurances, par ailleurs, ce sont les risques engagés qui sont à la base des capitaux prudentiels et ces risques sont principalement couverts par les provisions techniques. C'est ici donc pour cette raison que la base que nous prenons en compte est le montant des provisions techniques.

Les capitaux prudentiels doivent couvrir une partie de ces différents risques, que l'on peut évaluer grossièrement à une dizaine de pourcents des risques engagés.

La réduction de la déduction pour capital à risque proposée ne [vise] pas à exclure tous les capitaux prudentiels de la base de calcul de la DCR mais une partie seulement (de quoi atteindre l'objectif budgétaire de 100 millions, 75 banques et 25 assurances). Il n'y a donc actuellement aucune raison de croire que l'approche des capitaux prudentiels qui est reprise dans ce projet aboutirait à exclure de la base de calcul de cette DCR d'autres capitaux que les capitaux prudentiels. Bien au contraire, on pourrait avec le même raisonnement exclure plus de capitaux au titre de capitaux prudentiels mais comme cela est expliqué dans l'exposé des motifs, le gouvernement est conscient des difficultés que rencontre le secteur financier et du fait qu'il ne faut pas exagérer dans les efforts budgétaires que l'on peut demander actuellement au secteur.”

5. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat “de verminderingen van de aftrekken vervat in de nieuwe leden van artikel 207, WIB 92 als kerngedachte de beperking van de aftrek voor risicokapitaal hebben”.

De aftrek voor risicokapitaal (de zogenaamde “notionele interestaftrek”) is het resultaat van de wet van 22 juni 2005 ‘tot invoering van een belastingaftrek voor risicokapitaal’, en is terug te vinden in de artikelen 205*bis* tot 205*novies* en 236 van het WIB 92. De bedoeling van de wetgever was de “discriminatie van risicokapitaal [eigen vermogen gevormd door inbreng van extern kapitaal en/of door autofinanciering] ten opzichte van kapitaal dat van derden geleend is te verminderen via de invoering van een aftrek voor risicokapitaal”, teneinde “de versterking van het eigen vermogen van de onderneming te stimuleren”.⁵

6. Het wetsontwerp beoogt voor kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen de aftrekken bedoeld in de artikelen 202 tot 206 van het WIB 92 gedeeltelijk uit te sluiten. De verschillende behandelingen die de ontworpen regeling inhoudt, dienen te worden getoetst aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.⁶ Vanuit dit oogpunt roept het wetsontwerp de volgende opmerkingen op.

6.1. Vooreerst rijst de vraag of de afwijkende regeling met betrekking tot kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen een redelijke verantwoording kent. In de memorie van toelichting wordt de bijzondere regeling voor kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen als volgt verantwoord:

“De wijzigingen (...) vloeien voort uit het opzet om de bijkomende kapitalen die de kredietinstellingen en de verzekeringsondernemingen dienen te bezitten als eigen vermogen ten gevolge van de akkoorden van Bazel III en Solvency II uit te sluiten van de aftrek voor risicokapitaal als bijzonder prudentieel kapitaal.

(...)

De onderliggende gedachte bij deze aanpassing is dat de regering van oordeel is dat deze prudentiële kapitalen geen risicokapitaal vertegenwoordigen, waarvoor het begunstigen nodig was door de bepaling van de aftrek voor risicokapitaal bedoeld in de artikelen 205*bis* tot 205*novies*, WIB 92, aangezien hun aanwezigheid op het passief van de balans verplicht is en gegarandeerd wordt door de toezichthoudende organen van deze instellingen en ondernemingen.”

In het algemeen lijkt deze verantwoording een verschillende behandeling van de instellingen die aan prudentiële kapitaalvereisten zijn onderworpen, te kunnen verantwoorden. Dit veronderstelt evenwel dat de wijze van berekening van de verminderde aftrek voor risicokapitaal daadwerkelijk in verhouding staat tot het wettelijk vereiste niveau van prudentieel kapitaal voor kredietinstellingen en verzekeringsondernemingen.

⁵ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1778/001, 4 en 5.

⁶ Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv. GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12 en GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1).

6.2. Voor de toepassing van de ontworpen regeling wordt als “prudentieel kapitaal” beschouwd, wat de kredietinstellingen betreft, “het bedrag vermeld onder de rubriek ‘Schulden tegenover cliënten’ zoals opgenomen in Lijn 229 in tabel 00.20 (solo) ‘Schulden tegenover cliënten’ van het Schema A wat betreft de territoriale rapportering”⁷ (zie het ontworpen artikel 207, vijfde lid, eerste streepje, van het WIB 92) en, wat de verzekeringsondernemingen betreft, “[het] totaal bedrag vermeld onder de posten C. ‘Technische voorzieningen’ (code 14) en D. ‘Technische voorzieningen betreffende de verrichtingen verbonden aan een beleggingsfonds van de groep van activiteiten ‘Leven’ wanne[e]r het beleggingsrisico niet gedragen wordt door de onderneming’ (code 15) van de balans, zoals die balansposten worden omschreven in de bijlage (Hoofdstuk I, Afdeling I) bij het koninklijk besluit van 17 november 1994 met betrekking tot de jaarrekening van verzekeringsondernemingen”⁸ (zie het ontworpen artikel 207, achtste lid, eerste streepje, van het WIB 92).

6.3. Voor kredietinstellingen zijn de prudentiële kapitaalvereisten uitgedrukt onder de vorm van een kapitaalratio waarbij het eigen vermogen van de instelling ten minste 8% moet bedragen van de risicoposten waaraan de instelling is blootgesteld (artikel 92, lid 1, van verordening nr. 575/2013). Deze risicoposten omvatten onder meer het kredietrisico, het marktrisico en het operationeel risico. De kwantificering van deze risico's gebeurt op basis van de omvang van de actiefposten⁹ en de buitenbalansverplichtingen van de kredietinstelling.

Voor de berekening van de verminderde aftrek voor risicokapitaal refereert het ontworpen artikel 207, vijfde lid, van het WIB 92 evenwel aan de omvang van de “Schulden tegenover cliënten”, die een passiefpost op de balans vormt. Op die wijze zal de ontworpen regeling niet noodzakelijk tot effect hebben dat de verminderde aftrek voor risicokapitaal in verhouding staat tot de omvang van het prudentiële kapitaal dat de kredietinstellingen moeten aanhouden. Indien kredietinstellingen aan vergelijkbare risico's zijn blootgesteld in hun bancaire activiteit, en ze bijgevolg eenzelfde hoeveelheid aan prudentieel kapitaal moeten aanhouden, zal de ontworpen regeling voor deze instellingen tot een verschillende vermindering voor de aftrek van risicokapitaal leiden naargelang de wijze waarop deze instellingen zich financieren: de kredietinstelling die haar activiteiten in grotere mate financiert met “Schulden tegenover cliënten” zal een lagere aftrek voor risicokapitaal kunnen doorvoeren dan de instelling die in grotere mate andere financieringsmiddelen heeft. Zo ook zal een kredietinstelling die een relatief kleine blootstelling aan risico's heeft op het actief van de balans, aan lagere prudentiële kapitaalvereisten onderworpen zijn dan kredietinstellingen met een hoge blootstelling. Indien beide instellingen hun activiteiten financieren met eenzelfde volume aan “Schulden tegenover cliënten”, zullen beide instellingen evenwel op grond van de ontworpen regeling dezelfde verminderde aftrek voor risicokapitaal ondergaan, terwijl de eerstgenoemde instelling een hoger prudentieel kapitaal moet aanhouden.

⁷ Cf. het op de website van de Nationale Bank van België bekendgemaakte ‘Schema van periodieke rapportering door de kredietinstellingen over hun financiële positie’ (http://www.nbb.be/doc/cp/nl/ki/circ/pdf/book1_20-05-2014.pdf), p. 83. Lijn 229 in dit schema omvat het totaal op het passief van de balans van de kredietinstelling van de schulden uit deposito's (lijn 221) en de overige crediteuren (lijn 222).

⁸ Het correcte opschrift van het koninklijk besluit van 17 november 1994 luidt: koninklijk besluit ‘op de jaarrekening van de verzekerings- en herverzekeringsondernemingen’. Zie artikel 2 van het koninklijk besluit van 9 oktober 2014 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 17 november 1994 betreffende de jaarrekening van verzekeringsondernemingen’.

⁹ Onder meer kredieten en financiële instrumenten aangehouden in de handelsportefeuille van de kredietinstelling.

Voor verzekeringsondernemingen wordt de in het ontwerp uitgewerkte berekening van de verminderde aftrek voor risicokapitaal gerelateerd aan de omvang van de “technische voorzieningen”¹⁰ waarover deze instellingen op grond van de op hen toepasselijke prudentiële regulering moeten beschikken.

Ook hier dient de Raad van State, afdeling Wetgeving, vast te stellen dat deze berekeningswijze geen rechtstreeks verband houdt met de hoeveelheid aan prudentieel kapitaal die een verzekeringsinstelling moet aanhouden, meer bepaald onder de vorm van het solvabiliteitskapitaalvereiste¹¹ en het minimumkapitaalvereiste¹².

De stellers van het ontwerp dienen bijgevolg de berekeningswijze voor de vermindering van de aftrek voor risicokapitaal derwijze aan te passen dat ze, rekening houdend met de verantwoording voor de regeling, in verhouding staat tot de omvang van het wettelijk vereiste prudentiële kapitaal.

6.4. De stellers van het ontwerp dienen bovendien na te gaan in welke mate de beoogde doelstelling om wettelijk vereist prudentieel kapitaal gedeeltelijk te onttrekken aan de aftrek voor risicokapitaal niet vereist dat de ontworpen regeling ook wordt toegepast op andere gereguleerde financiële instellingen die aan vergelijkbare prudentiële kapitaaleisen¹³ zijn onderworpen. Dit geldt in het bijzonder voor beleggingsondernemingen, ten aanzien waarvan verordening nr. 575/2013 eveneens voorziet in een kapitaalratio.¹⁴

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

7. Voor het bepalen van het bedrag van de vermindering van de aftrek bedoeld in het ontworpen artikel 207, vijfde en achtste lid, van het WIB 92 wordt een percentage gebruikt. Voor het aanslagjaar 2016 wordt dat percentage vastgesteld op respectievelijk 3,25% (kredietinstellingen) en 2,25% (verzekeringsondernemingen). Tegelijk wordt bepaald dat voor elk van de volgende aanslagjaren beide percentages zullen worden vastgesteld door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

¹⁰ Op grond van artikel 76, lid 1, van richtlijn 2009/138/EG moeten de lidstaten ervoor zorgen dat verzekerings- en herverzekeringsondernemingen technische voorzieningen vormen voor al hun verzekerings- en herverzekeringsverplichtingen jegens verzekeringnemers en begunstigden van verzekerings- of herverzekeringsovereenkomsten.

¹¹ Zie artikel 100, eerste alinea, van richtlijn 2009/138/EG: “De lidstaten stellen verplicht dat verzekerings- en herverzekeringsondernemingen in aanmerking komend eigen vermogen aanhouden ter dekking van het solvabiliteitskapitaalvereiste.”

¹² Artikel 129, lid 2, van richtlijn 2009/138/EG bepaalt dat het minimumkapitaalvereiste wordt berekend als een lineaire functie van een set of onderset van de volgende variabelen: de technische voorzieningen van de onderneming, geschreven premies, risico dragend kapitaal, uitgestelde belasting en administratieve uitgaven.

¹³ Bedoeld zijn uiteraard bijzondere vereisten, die losstaan van algemene minimumkapitaalvereisten (bv. 61.500 euro in het geval van een naamloze vennootschap: artikel 439 van het Wetboek van Vennootschappen).

¹⁴ Artikel 92 van verordening nr. 575/2013, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 1, 3), ervan.

7.1. Deze delegatie inzake een essentieel element van de belasting is in strijd met het legaliteitsbeginsel inzake belastingen.

Uit dat beginsel, neergelegd in de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet, vloeit voort dat de wetgever zelf alle wezenlijke elementen dient vast te stellen aan de hand waarvan de belastingschuld van de belastingplichtigen kan worden bepaald, zoals de belastbare materie, de aanwijzing van de belastingplichtigen, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen. Daaruit volgt dat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van een van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig is.

De voormelde grondwetsbepalingen gaan evenwel niet zover dat ze de wetgever ertoe zouden verplichten elk aspect van een belasting of van een vrijstelling zelf te regelen. Een aan een andere overheid verleende bevoegdheid is niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld.¹⁵

In dit geval moet echter worden vastgesteld dat het percentage waarvan de vaststelling aan de Koning wordt overgelaten cruciaal is om het bedrag van de vermindering van de aftrek voor risicokapitaal te kennen en dat de aan de uitvoerende macht gelaten beoordelingsvrijheid onbegrensd is.¹⁶

7.2. De gemachtigde stelt als alternatief voor te werken met een bekrachtiging door de wetgever.

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt in welbepaalde omstandigheden dat met een dergelijk mechanisme wordt gewerkt, waarbij ondanks het legaliteitsbeginsel inzake belastingen essentiële elementen van de belasting toch door de uitvoerende macht worden bepaald. Dat is met name het geval wanneer de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet ertoe zou in staat stellen met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken.¹⁷

¹⁵ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv. GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, B.6.

¹⁶ In de memorie van toelichting wordt gesteld dat “[d]e vaststelling van [het] percentage (...) het resultaat (zal) zijn van een op verwachtingen gebaseerde berekening van de begrotingsdoelstelling”, namelijk enerzijds “75 miljoen euro, voor het geheel van de kredietinstellingen” en anderzijds “25 miljoen euro, voor het geheel van de verzekeringsondernemingen”. Vermits het slechts om een toelichting bij het ontwerp gaat en die cijfers niet in de ontworpen bepalingen van het WIB 92 zijn opgenomen, is de uitvoerende macht er niet door gebonden.

¹⁷ Zie bv.: GwH 17 juli 2003, nr. 100/2003, B.11.2; GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.16; GwH 27 mei 2008, nr. 83/2008, B.5.2.

Enkel indien kan worden aangetoond dat aan die voorwaarden is voldaan, zou het opnemen van een dergelijk mechanisme in de ontworpen bepaling aanvaard kunnen worden. Dat lijkt hier niet het geval, vermits het begin 2015 reeds mogelijk blijkt om het percentage voor het aanslagjaar 2016 te bepalen.¹⁸

*

¹⁸ In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat het percentage voor een bepaald aanslagjaar dient vastgesteld te worden “op basis van de beschikbare cijfers op 31 december van het jaar voorafgaand aan het boekjaar waarvoor deze regeling dient te worden toegepast”.

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

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'exclure partiellement de la déduction du bénéfice imposable effectivement appliquée (articles 202 à 205 du Code des impôts sur les revenus 1992, ci-après : CIR 92), de la déduction pour capital à risque (articles 205bis à 205novies du CIR 92), et de la déduction de pertes professionnelles antérieures (article 206 du CIR 92) à l'impôt des sociétés, les coussins de fonds propres que les établissements de crédit et les entreprises d'assurances doivent détenir en capitaux propres, en vertu, respectivement, du règlement (UE) n° 575/2013 ² et de la directive 2013/36/UE ³ pour les établissements de crédit et de la directive 2009/138/CE ⁴ pour les entreprises d'assurances.

À cet effet, le projet modifie les articles 205, § 3, 205novies, 207, 239/1 et 536 du CIR 92.

FORMALITÉS

3. Il ne ressort pas du dossier soumis au Conseil d'État qu'une analyse d'impact préalable de la réglementation a été effectuée, qui est toutefois obligatoire en vertu des articles 5 à 8 de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative'. Dans la mesure où cette formalité n'est pas remplie, il y aura encore lieu d'y remédier. Si l'analyse susmentionnée devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à la

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

² Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012' (ci-après : règlement n° 575/2013), l'article 92.

³ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE', titre VII, chapitre 4. Les dispositions concernées de la directive ont été transposées par les articles 95 et 96 de la loi du 25 avril 2014 'relative au statut et au contrôle des établissements de crédit'; voir également l'article 1^{er} de l'annexe IV de cette loi.

⁴ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 'sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II)' (également : directive Solvabilité II ; ci-après : directive 2009/138/CE). Les dispositions concernées de cette directive ont été transposées par l'article 16 de la loi du 9 juillet 1975 'relative au contrôle des entreprises d'assurances'.

section de législation, conformément à la prescription de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. À la question de savoir quelles dispositions en projet permettent de déduire que l'exclusion de la déduction pour capital à risque ne porte que sur les « capitaux prudentiels », comme l'indique le premier alinéa de l'exposé des motifs, le délégué a donné la réponse suivante :

« En réponse à la question (...), on ne peut que dire que cela n'est pas repris textuellement dans la loi.

Les capitaux prudentiels dépendent de plusieurs critères indépendants et parfois cumulatifs mais globalement ils se retrouvent, dans leur plus grande partie, dans les capitaux propres de la société. Le principal critère en ce qui concerne les banques est sans doute l'ensemble des lignes de crédits en cours. C'est pour cette raison que nous prenons comme base le Tableau 00.20 de 'dettes envers la clientèle'. Pour les entreprises d'assurances, par ailleurs, ce sont les risques engagés qui sont à la base des capitaux prudentiels et ces risques sont principalement couverts par les provisions techniques. C'est ici donc pour cette raison que la base que nous prenons en compte est le montant des provisions techniques.

Les capitaux prudentiels doivent couvrir une partie de ces différents risques, que l'on peut évaluer grossièrement à une dizaine de pourcents des risques engagés.

La réduction de la déduction pour capital à risque proposée ne [vise] pas à exclure tous les capitaux prudentiels de la base de calcul de la DCR mais une partie seulement (de quoi atteindre l'objectif budgétaire de 100 millions, 75 banques et 25 assurances). Il n'y a donc actuellement aucune raison de croire que l'approche des capitaux prudentiels qui est reprise dans ce projet aboutirait à exclure de la base de calcul de cette DCR d'autres capitaux que les capitaux prudentiels. Bien au contraire, on pourrait avec le même raisonnement exclure plus de capitaux au titre de capitaux prudentiels mais comme cela est expliqué dans l'exposé des motifs, le gouvernement est conscient des difficultés que rencontre le secteur financier et du fait qu'il ne faut pas exagérer dans les efforts budgétaires que l'on peut demander actuellement au secteur ».

5. L'exposé des motifs énonce que « la limitation des déductions reprise dans les nouveaux alinéas de l'article 207, CIR 92, a pour idée fondamentale la limitation de la déduction pour capital à risque ».

La déduction pour capital à risque (connue sous le nom d' « intérêts notionnels ») résulte de la loi du 22 juin 2005 'instaurant une déduction fiscale pour capital à risque' et est inscrite dans les articles 205*bis* à 205*novies* et 236 du CIR 92. L'intention du législateur était d' « atténuer [la] discrimination que subissent les capitaux à risque [fonds propres constitués par apports de capitaux externes et/ou par autofinancement] par rapport aux fonds empruntés de tiers, en instaurant une déduction pour capital à risque », afin « de stimuler le renforcement des capitaux propres des entreprises »⁵.

6. Le projet de loi tend à exclure partiellement, pour les établissements de crédit et les entreprises d'assurances, les déductions visées aux articles 202 à 206 du CIR 92. Les différences de traitement que le régime en projet comporte doivent être examinées au regard du principe constitutionnel d'égalité⁶. Vu sous cet angle, le projet de loi donne lieu aux observations suivantes :

6.1. La question se pose tout d'abord de savoir si le régime dérogatoire concernant les établissements de crédit et les entreprises d'assurances est raisonnablement justifié. L'exposé des motifs justifie le régime particulier applicable aux établissements de crédit et aux entreprises d'assurances de la manière suivante :

« Les modifications (...) sont la conséquence de l'intention d'exclure de la déduction pour capital à risque les capitaux supplémentaires que les établissements de crédit et les entreprises d'assurances doivent avoir en fonds propres, suite aux accords de Bâle III et de Solvency II, en tant que capitaux prudentiels.

(...)

L'idée sous-jacente à cette mesure est que le gouvernement considère que ces capitaux prudentiels ne représentent pas du capital à risque qu'il était nécessaire de favoriser par la mesure de déduction pour capital à risque visée aux articles 205*bis* à 205*novies*, CIR 92, vu que leur présence au passif du bilan est obligatoire et garantie par les organes de surveillance de ces établissements et entreprises ».

D'une façon générale, cette explication semble pouvoir justifier une différence de traitement des établissements qui sont soumis à des exigences prudentielles de fonds propres. Cela suppose toutefois que la méthode de calcul de la déduction réduite pour capital à risque soit effectivement proportionnée au niveau légalement requis des capitaux prudentiels pour les établissements de crédit et les entreprises d'assurances.

⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2004-05, n° 51-1778/001, pp. 4 et 5.

⁶ Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une différence de traitement ne peut se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination que si cette différence repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, voir, par exemple, C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.12 et C.C., 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1).

6.2. Pour l'application du régime en projet, est considéré comme « capital prudentiel », en ce qui concerne les établissements de crédit, « le montant figurant sous la rubrique 'Dettes envers la clientèle' tel que repris sous le Code 229 dans le tableau 00.20 (solo) 'Dettes envers la clientèle' du Schéma A en ce qui concerne les informations territoriales à communiquer »⁷ (voir l'article 207, alinéa 5, premier tiret, en projet, du CIR 92) et, en ce qui concerne les entreprises d'assurances, « [le] montant total figurant aux postes C. 'Provisions techniques' (code 14) et D. 'Provisions techniques relatives aux opérations liées à un fonds d'investissement du groupe d'activités 'Vie' lorsque le risque de placement n'est pas supporté par l'entreprise' (code 15) du bilan, tels que ces postes du bilan sont décrits dans l'annexe (Chapitre I. Section I.) de l'arrêté royal du 17 novembre 1994 relatif aux comptes annuels des entreprises d'assurances »⁸ (voir l'article 207, alinéa 8, premier tiret, en projet, du CIR 92).

6.3. Pour les établissements de crédit, les exigences prudentielles de fonds propres sont exprimées sous la forme d'un ratio de fonds propres selon lequel les fonds propres de l'établissement doivent s'élever à au moins 8% du montant d'exposition au risque auquel l'établissement est soumis (article 92, paragraphe 1, du règlement n° 575/2013). Cette exposition au risque comporte notamment le risque de crédit, le risque de marché et le risque opérationnel. La quantification de ces risques s'opère sur la base du volume des actifs⁹ et des obligations hors bilan de l'établissement de crédit.

En ce qui concerne le calcul de la déduction réduite pour capital à risque, l'article 207, alinéa 5, en projet du CIR 92 fait toutefois référence au volume des « Dettes envers la clientèle », qui figure au passif du bilan. Ce faisant, le régime en projet n'aura pas nécessairement pour effet que la déduction réduite pour capital à risque sera proportionnée au volume des capitaux prudentiels que les établissements de crédit doivent détenir. Si des établissements de crédit sont exposés à des risques comparables dans leur activité bancaire et que, par conséquent, ils doivent détenir une même quantité de capitaux prudentiels, le régime en projet donnera lieu, pour ces établissements, à une réduction différente pour la déduction pour capital à risque en fonction du mode de financement de ces établissements : l'établissement de crédit qui finance davantage ses activités par des « Dettes envers la clientèle » pourra opérer une déduction pour capital à risque moins élevée que l'établissement qui possède davantage d'autres moyens de financement. De même, un établissement de crédit qui présente une exposition aux risques relativement peu élevée à l'actif du bilan sera soumis à des exigences prudentielles de fonds propres moins élevées que les établissements présentant une exposition élevée. Toutefois, si les deux établissements financent leurs activités au moyen d'un même volume de « Dettes envers la clientèle », ils seront tous deux soumis, sur la base du régime en projet, à la même déduction

⁷ Cf. le 'Schéma d'informations périodiques à communiquer par les établissements de crédit concernant leur situation financière', publié sur le site internet de la Banque nationale de Belgique (http://www.nbb.be/doc/cp/fr/ki/circ/pdf/book1_20-05-2014.pdf), p. 82. Dans ce schéma, le Code 229 comporte le total au passif du bilan de l'établissement de crédit des dettes provenant de dépôts (code 221) et des autres créanciers (code 222).

⁸ L'intitulé correct de l'arrêté royal du 17 novembre 2014 s'énonce comme suit : arrêté royal 'relatif aux comptes annuels des entreprises d'assurance et de réassurance'. Voir l'article 2 de l'arrêté royal du 9 octobre 2014 'modifiant l'arrêté royal du 17 novembre 1994 relatif aux comptes annuels des entreprises d'assurances'.

⁹ Notamment des crédits et des instruments financiers détenus dans le portefeuille de négociation de l'établissement de crédit.

réduite pour capital à risque, alors que l'établissement cité en premier lieu doit détenir plus de capitaux prudentiels.

En ce qui concerne les entreprises d'assurances, le calcul de la déduction réduite pour capital à risque, opéré dans le projet, est mis en relation avec le volume des « provisions techniques »¹⁰ dont ces organismes doivent disposer sur la base de la réglementation prudentielle qui leur est applicable.

Ici aussi, le Conseil d'État, section de législation, se doit de constater que cette méthode de calcul n'est pas directement liée au volume de capitaux prudentiels qu'une entreprise d'assurances doit détenir, plus particulièrement sous la forme du capital de solvabilité requis¹¹ et du minimum de capital requis¹².

Par conséquent, les auteurs du projet devront adapter la méthode de calcul pour la réduction de la déduction pour capital à risque, en ce sens que, compte tenu de la justification invoquée pour le régime, elle soit proportionnée à l'importance des capitaux prudentiels légalement requis.

6.4. En outre, les auteurs du projet doivent vérifier dans quelle mesure l'objectif poursuivi consistant à soustraire partiellement le capital prudentiel légalement requis à la déduction pour capital à risque n'impose pas que le régime en projet s'applique également à d'autres établissements financiers réglementés qui sont soumis à des exigences prudentielles de fonds propres comparables,¹³ en particulier les entreprises d'investissement, à l'égard desquelles le règlement n° 575/2013 prévoit également un ratio de fonds propres¹⁴.

¹⁰ Conformément à l'article 76, paragraphe 1, de la directive 2009/138/CE, les États membres doivent veiller à ce que les entreprises d'assurance et de réassurance établissent des provisions techniques pour tous leurs engagements d'assurance et de réassurance vis-à-vis des preneurs et des bénéficiaires des contrats d'assurance ou de réassurance.

¹¹ Voir l'article 100, alinéa premier, de la directive 2009/138/CE : « Les États membres exigent que les entreprises d'assurance et de réassurance détiennent des fonds propres éligibles couvrant le capital de solvabilité requis ».

¹² L'article 129, paragraphe 2, de la directive 2009/138/CE dispose que le minimum de capital requis est calculé comme la fonction linéaire d'un ensemble ou d'un sous-ensemble des variables suivantes: provisions techniques de l'entreprise, primes souscrites, capital sous risque, impôts différés et dépenses administratives.

¹³ Sont évidemment visées les exigences particulières, qui sont étrangères aux exigences minimales générales de fonds propres (par exemple 61.500 euros dans le cas d'une société anonyme : article 439 du Code des sociétés).

¹⁴ Article 92 du règlement n° 575/2013, combiné avec son article 4, paragraphe 1, 3).

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

7. Un pourcentage est utilisé pour déterminer le montant de la réduction de la déduction visée à l'article 207, alinéas 5 et 8, en projet, du CIR 92. Pour l'exercice d'imposition 2016, ce pourcentage est fixé, respectivement, à 3,25% (établissements de crédit) et 2,25% (entreprises d'assurances). Par ailleurs, il est prévu que pour chacun des exercices d'imposition suivants, ces deux pourcentages seront fixés par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres.

7.1. Cette délégation relative à un élément essentiel de l'impôt est contraire au principe de légalité en matière fiscale.

Il résulte de ce principe, consacré par les articles 170, § 1^{er}, et 172, alinéa 2, de la Constitution, que le législateur doit fixer lui-même tous les éléments essentiels permettant de déterminer la dette d'impôt des contribuables, tels que la matière imposable, la désignation des contribuables, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations d'impôt. Il s'ensuit que toute délégation relative à la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est en principe inconstitutionnelle.

Les dispositions constitutionnelles précitées ne vont toutefois pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chacun des aspects d'un impôt ou d'une exemption. Une délégation conférée à une autre autorité n'est pas contraire au principe de légalité, pour autant qu'elle soit définie de manière suffisamment précise et qu'elle porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés préalablement par le législateur ¹⁵.

En l'occurrence, force est toutefois de constater que le pourcentage, dont la fixation est laissée au Roi, est crucial pour connaître le montant de la réduction de la déduction pour capital à risque et que la marge d'appréciation laissée au pouvoir exécutif est illimitée ¹⁶.

7.2. Le délégué propose comme solution de rechange de recourir à la confirmation par le législateur.

La Cour constitutionnelle admet dans des circonstances déterminées qu'on peut recourir à pareil mécanisme, qui permet, malgré le principe de légalité en matière fiscale, que des éléments essentiels de l'impôt soient fixés malgré tout par le pouvoir exécutif. Tel est notamment le cas lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments

¹⁵ Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voir par exemple C.C., 10 juin 2014, n° 104/2014, B.6.

¹⁶ L'exposé des motifs indique que « [l]a fixation [du] pourcentage sera la résultante d'un calcul prévisionnel portant l'objectif budgétaire pour l'ensemble des établissements de crédit à 75 millions d'euros », d'une part, et « pour l'ensemble des entreprises d'assurances à 25 millions d'euros », d'autre part. Étant donné qu'il ne s'agit que d'un commentaire du projet et que ces chiffres ne figurent pas dans les dispositions en projet du CIR 92, le pouvoir exécutif n'est pas lié par ceux-ci.

essentiels d'un impôt parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général ¹⁷.

L'intégration d'un tel mécanisme dans la disposition en projet ne pourrait être admise que s'il peut être démontré que ces conditions sont remplies. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce, étant donné qu'il est déjà possible, début 2015, de déterminer le pourcentage pour l'exercice d'imposition 2016 ¹⁸.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT

¹⁷ Voir, par exemple : C.C., 17 juillet 2003, n° 100/2003, B.11.2 ; C.C., 13 mars 2008, n° 54/2008, B.16 ; C.C., 27 mai 2008, n° 83/2008, B.5.2.

¹⁸ L'exposé des motifs indique que le pourcentage pour un exercice d'imposition déterminé doit être fixé « sur [la] base des chiffres disponibles le 31 décembre de l'année qui précède celle de l'exercice comptable pour lequel cette mesure doit s'appliquer ».