

Rolnummer 4582
Arrest nr. 161/2009 van 20 oktober 2009

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag betreffende artikel 198, eerste lid, 7°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, gesteld door de Rechtbank van eerste aanleg te Luik.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters P. Martens en M. Bossuyt, en de rechters M. Melchior, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter P. Martens,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij vonnis van 9 december 2008 in zake de nv « IMMOMIP » tegen de Belgische Staat, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 17 december 2008, heeft de Rechtbank van eerste aanleg te Luik de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Roept artikel 198, 7°, WIB 92, doordat het in alle gevallen van gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap - en dus zelfs van een gefailleerde vennootschap die niet langer de verliezen die ze zou hebben geleden, kan recupereren - de mogelijkheid om de op aandelen geleden minderwaarden af te trekken, beperkt tot het deel van het gestorte kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd, ten aanzien van de beginselen verankerd in de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet, een onverantwoorde discriminatie in het leven tussen de aandeelhouders die hebben ingetekend op het kapitaal van een vennootschap en diegenen die, tegen de marktprijs, aandelen van dezelfde vennootschap hebben verworven na de oprichting daarvan ?

Schendt die bepaling het evenredigheidsbeginsel, in zoverre de toepassing ervan, in tegenstelling tot de aandeelhouders die hebben ingetekend op het kapitaal van een vennootschap, een ernstig nadeel kan teweegbrengen voor diegenen die aandelen van dezelfde vennootschap hebben verworven tegen een veel hogere waarde dan het deel van het gestorte kapitaal dat zij vertegenwoordigen en die minderwaarden op die aandelen moeten boeken waarvan de realiteit en omvang geenszins kunnen worden betwijfeld, terwijl die bepaling geen enkele verantwoording zou vinden ten aanzien van het door de wetgever nagestreefde doel, in zoverre het risico van tweevoudige aftrek van verlies onbestaande zou zijn ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de nv « IMMOMIP », waarvan de maatschappelijke zetel was gevestigd te 4053 Chaudfontaine-Embourg, rue Curvers 23;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 16 september 2009 :

- zijn verschenen :

. Mr. C. Gillot *loco* Mr. J.-P. Douny, advocaten bij de balie te Luik, voor de nv « IMMOMIP »;

. Mr. V. Colson *loco* Mr. B. Lespire, advocaten bij de balie te Luik, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers R. Henneuse en E. Derycke verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

In het geschil voor de verwijzende rechter staat een vennootschap waarvan de vereffening in 2002 werd gesloten, tegenover de belastingadministratie, wat betreft het aftrekbare bedrag van de minderwaarden op aandelen in de vennootschap « Lernout en Hauspie », die in 2001 failliet werd verklaard.

Ook al had de belastingadministratie de aftrek van die minderwaarden principieel toegestaan, toch bleef de kwestie van het aftrekbare bedrag onbeantwoord vermits artikel 198, eerste lid, 7°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : WIB 1992) de aftrek van de minderwaarden op aandelen naar aanleiding van de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap enkel bij wijze van uitzondering toestaat « tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd ».

De verwijzende rechter is van mening dat dit bedrag op 1 448 euro moet worden vastgesteld, en stelt vast dat het bedrag van de minderwaarden 333 492, 24 euro bedroeg, zodat het bedrag van het gestorte kapitaal, ten opzichte van de prijs die werd betaald om die aandelen op de markt van de genoteerde effecten te verwerven, belachelijk laag is.

Zoals de verzoekende partij vaststelt, bestond de *ratio legis* van artikel 198, eerste lid, 7°, van het WIB 1992 erin te vermijden dat verliezen twee keer zouden worden gedragen, door de moedermaatschappij, enerzijds, die minderwaarden zou noteren op de participaties in dochterondernemingen - minderwaarden die het gevolg zouden zijn van een achteruitgang van die dochterondernemingen - en door de dochterondernemingen, anderzijds, die hun verliezen zouden kunnen recupereren wanneer hun situatie zou verbeteren.

Te dezen stelt de rechter evenwel vast dat er geen risico van een dubbele aftrek van verliezen bestaat omdat de dochteronderneming een gefailleerde vennootschap is, zodat de door de wetgever opgelegde beperking een onevenredig gevolg kan hebben.

De verwerende partij legt de nadruk op het verband tussen de principiële niet-aftrek van minderwaarden op aandelen en de vrijstelling voor meerwaarden op aandelen waarin artikel 192, § 1, van het WIB 1992 voorziet; de verwijzende rechter antwoordt dat de vrijstelling voor meerwaarden verbonden is aan het stelsel van definitief belaste inkomsten (DBI), en bijgevolg aan het bestaan van belastbare inkomsten uit hoofde van de vennootschappen waarvan de aandelen in handen zijn van een vennootschap die dat soort meerwaarde realiseert.

De verwijzende rechter heeft dus beslist het Hof de bovenvermelde prejudiciële vraag te stellen.

III. *In rechte*

- A -

A.1.1. In haar memorie herinnert de verzoekende partij voor de verwijzende rechter eraan dat het doel van de in het geding zijnde bepaling erin bestond te vermijden dat een verlies tweemaal zou worden gedragen : de wetgever wil het beginsel « *non bis in idem* » toepassen op de minderwaarden die de moedermaatschappij heeft geleden op participaties in dochterondernemingen, vanuit de vaststelling dat een minderwaarde de weerspiegeling is van een verminderd resultaat van de dochteronderneming en dus, over het algemeen, van verliezen die voor de dochteronderneming recupereerbaar zijn wanneer haar situatie verbetert.

Als uitzondering op dat beginsel heeft de wetgever bepaald dat minderwaarden die worden genoteerd naar aanleiding van de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, aftrekbaar blijven voor de moedermaatschappij vermits de aandeelhouder op dat ogenblik zijn « inbreng » definitief heeft verloren, en het verlies niet meer kan worden gec recupereerd door de gefailleerde dochteronderneming.

De wetgever heeft niettemin de aftrek van de minderwaarden beperkt tot het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd, waarbij men onder gestort kapitaal het kapitaal verstaat dat werkelijk ter beschikking is gesteld van de dochteronderneming en dat daadwerkelijk te harer beschikking blijft; men wilde op die manier misbruiken vermijden van aandeelhouders die zouden hebben ingetekend op een kapitaal dat niet is volgestort, of het geval van een overgewaardeerde inbreng *in natura*.

Een beperking van de aftrek kan echter in geen enkel opzicht worden verantwoord in het geval van een aandeelhouder-verwerver, vermits zij geen misbruiken verhindert door een overwaardering van het gestorte kapitaal, maar de belastingplichtige verhindert het definitieve verlies te compenseren van het bedrag dat hij werkelijk heeft moeten betalen om aandeelhouder te worden.

De in het geding zijnde bepaling werd aldus alleen geconcipieerd voor de aandeelhouders-intekenaars, en niet voor de aandeelhouders-verwervers die *a posteriori* toetreden tot de vennootschap via een aankoop op de aandelenmarkt : voor een aandeelhouder-verwerver vertegenwoordigt de prijs die op de markt is betaald een werkelijke betaling die overeenkomt met de waarde van de beursgenoteerde aandelen.

Vermits de meerwaarden bij een vereffening worden belast op grond van artikel 202 van het WIB 1992, is het overigens niet verantwoord om, als gevolg van het stopzetten van de vennootschap en de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, de inkomsten in aanmerking te nemen, en de verliezen niet. De overwegingen van de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling met betrekking tot de vrijstelling voor de vereffeningssuitkeringen zijn immers niet meer actueel vermits de wet van 24 december 2002 die vrijstelling heeft opgeheven en de roerende voorheffing op 10 pct. heeft vastgesteld.

A.1.2. Volgens de verzoekende partij voor de verwijzende rechter bevinden de aandeelhouder-intekenaar en de aandeelhouder-verwerver zich in een vergelijkbare situatie : zij investeren ieder in een vennootschap, voor een bepaald bedrag, dat zij verliezen in geval van faillissement; het risico van een dubbele aftrek is onbestaande en, indien zij een vereffeningssuitkering zouden hebben ontvangen, zouden zij beiden een voorheffing op die uitkering hebben betaald. Het enige verschil tussen hen situeert zich op het niveau van de omvang van de investering die zij hebben gedaan.

De verzoekende partij voor de verwijzende rechter is van mening dat de wetgever, doordat hij alle aandeelhouders beoogt zonder rekening te houden met het werkelijk geïnvesteerde bedrag, noch met de omstandigheden waarin de aandelen werden verworven, de aandeelhouders discrimineert die hun aandelen hebben verworven tegen een prijs die beduidend hoger is dan het gedeelte van het gestorte kapitaal dat zij vertegenwoordigen, zonder dat dit kan worden verantwoord door het doel van de wetgever, namelijk de mogelijkheid bieden om de werkelijk verloren inbreng te compenseren.

Terwijl de aandeelhouders-intekenaars een minderwaarde kunnen optekenen die gelijk is aan 100 pct. van hun geleden schade, zullen de aandeelhouders-verwervers daarvan slechts een gering gedeelte recupereren.

A.2.1. In zijn memorie wijst de Ministerraad erop dat de in het geding zijnde bepaling teruggaat op artikel 109, 3°, van het WIB 1964, dat werd ingevoegd bij de wet van 23 oktober 1991 die de Europese richtlijn 90/435/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen omzette in Belgisch recht; die bepaling werd vervolgens gewijzigd bij de wet van 6 juli 1994, die de woorden « verlies aan » tussen de woorden « tot ten hoogste het » en de woorden « gestorte kapitaal » heeft gevoegd.

A.2.2. De Ministerraad is in hoofdorde van mening dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord doordat zij niet de vergeleken categorieën van personen aangeeft.

In de vraag wordt immers slechts één categorie van personen - de aandeelhouders - beoogd : de aandeelhouders kunnen oorspronkelijke intekenaars zijn of latere verwervers van aandelen, of kunnen op verschillende tijdstippen effecten hebben verworven.

Te dezen kunnen de beoogde belastingplichtigen - binnenlandse vennootschappen die aandeelhouder zijn van een andere binnenlandse vennootschap - ieder hun minderwaarden aftrekken voor eenzelfde bedrag, namelijk tot ten hoogste de waarde van het gestorte kapitaal dat door hun aandelen wordt vertegenwoordigd, ongeacht of zij die aandelen hebben verworven zodra erop kon worden ingeschreven, dan wel op de secundaire markt; het feit dat bepaalde aandeelhouders niet het totale verlies van hun investering kunnen aftrekken, is geen gevolg van hun hoedanigheid van aandeelhouder of van het faillissement van de dochteronderneming, maar van een subjectief element, namelijk de prijs die voor die effecten werd betaald, naargelang hij al dan niet hoger is dan de emissieprijs van de aandelen.

Met de prejudiciële vraag wordt het Hof dus verzocht om personen die eenvoudigweg aandelen hebben verworven op verschillende tijdstippen en tegen verschillende prijzen, met elkaar te vergelijken, waarbij het overigens kan gaan om één en dezelfde persoon die achtereenvolgens, en zelfs in toenemende mate, in aandelen heeft geïnvesteerd.

Welnu, de Ministerraad herinnert eraan dat rekening moet worden gehouden met de moeilijkheden - die eigen zijn aan het fiscaal recht - om rekening te houden met de grote verscheidenheid aan individuele situaties, en dat om redenen van doeltreffendheid en kosten.

A.2.3.1. In ondergeschikte orde is de Ministerraad van mening dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord doordat de in het geding zijnde bepaling objectief en redelijk is verantwoord en beantwoordt aan het doel van de wetgever.

De parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling toont immers aan dat zij werd ingevoerd om het beginsel « *non bis in idem* » toe te passen, volgens hetwelk eenzelfde verlies niet mag worden afgetrokken door twee belastingplichtigen; zij was eveneens het logische gevolg van de belastingvrijstelling van de meerwaarden, met het oog op budgettaire neutraliteit. Die bepaling houdt dus rekening met de specificiteit van het fiscale recht.

Het verschil, wat betreft de mogelijkheid van aftrek van minderwaarden, tussen aandeelhouders-intekenaars en aandeelhouders-verwerwers, is redelijk verantwoord door het feit dat bij de aankoop van aandelen op de secundaire markt, wanneer de vennootschap in volle ontwikkeling is, de prijs van de transactie per definitie de historiek omvat van de verschillende voorafgaande transacties van aan- en verkoop van het aandeel; het zou niet coherent zijn de verwerfer van aandelen op de secundaire markt toe te staan de minderwaarden af te trekken tot een bedrag dat hoger is dan het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd, vermits dat bedrag in principe overeenkomt met een meerwaarde die werd gerealiseerd door en van belasting was vrijgesteld voor een interveniënt bij een vroegere transactie, krachtens artikel 192 van het WIB 1992.

Het criterium van onderscheid dat door de wetgever werd aangenomen, is dat van de samenstelling van de portefeuille van de vennootschap-aandeelhouder, op het ogenblik van de uiteindelijke verdeling, naargelang die portefeuille al dan niet uit aandelen bestaat die het daadwerkelijk gestorte kapitaal vertegenwoordigen.

A.2.3.2. Wat het faillissement van de dochteronderneming betreft, herinnert de Ministerraad eraan dat aangegeven verliezen van een faillissement pas op het ogenblik van de sluiting van de vereffening *a priori* fiscaal aftrekbaar zijn : alleen bij een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen op het ogenblik van de definitieve sluiting wordt een eventuele fiscale aftrekbaarheid toegestaan.

Zo komt het meer bepaald de aandeelhouder-vennootschap toe, teneinde in voorkomend geval een minderwaarde fiscaal ten laste te kunnen leggen, aan te tonen dat zijn inbreng *in natura* correct werd geëvalueerd.

Overigens moet de betrokken bepaling, vermits zij een uitzondering is op het beginsel van niet-aftrek van minderwaarden op aandelen, restrictief worden geïnterpreteerd.

Wanneer het maatschappelijk vermogen wordt verdeeld wanneer de vennootschap is ontbonden en vereffend, blijkt in dat verband dat de administratie minder onbuigzaam is geweest dan de wetgever doordat zij minderwaarden aanvaardde die vóór de verdeling van het maatschappelijk vermogen boekhoudkundig waren geregistreerd; die administratieve inschikkelijkheid zal vervolgens worden ingevoerd in de vorm van een tweede lid in artikel 198 van het WIB 1992, bij artikel 23 van de wet van 22 december 1998, en verzacht in aanzienlijke mate de restrictieve interpretatie van de in het geding zijnde bepaling.

Het is dus niet de situatie van faillissement die een mogelijke discriminatie kan doen ontstaan, maar het feit dat slechts een gedeelte van de minderwaarden fiscaal ten laste kan worden genomen, wat overeenstemt met de wil van de wetgever.

Voor het overige ontsnapt de opportuniteit van de wet aan de toetsing van het Hof en is het niet onredelijk dat de wetgever beslist tot een uitzondering op het beginsel van niet-af trek van minderwaarden, met het oog op budgettaire neutraliteit en in de context van de omzetting van een supranationale norm.

A.3.1. De verzoekende partij voor de verwijzende rechter antwoordt dat zij kritiek heeft op het feit dat een passieve discriminatie wordt gecreëerd door te verzuimen de maatregel aan te passen aan de verschillende categorieën van personen waarvoor hij geldt.

De oorspronkelijke aandeelhouders-intekenaars kunnen hun investering geheel aftrekken, in tegenstelling tot de aandeelhouders-verwerwers, terwijl de in het geding zijnde bepaling juist werd aangenomen om bepaalde types van misbruik vanwege aandeelhouders-intekenaars te bestrijden; het is op het vlak van de beperking van de aftrek dat de norm aanleiding geeft tot discriminatie tussen de twee categorieën van aandeelhouders.

Het feit dat eenzelfde persoon tegelijkertijd kan hebben ingetekend op het startkapitaal en op een later tijdstip aandelen kan hebben verworven, verandert daar overigens niets aan omdat die persoon twee petten op heeft en dus in beide categorieën kan worden ondergebracht.

A.3.2. De verzoekende partij voor de verwijzende rechter stelt vast dat het verschil in behandeling tussen de aandeelhouders-intekenaars en de aandeelhouders-verwerwers duidelijk is.

Zo vertegenwoordigen alle aandelen steeds een gedeelte van het gestorte kapitaal, en de parlementaire voorbereiding toont goed aan dat de wetgever alleen de aandeelhouders-intekenaars beoogde en niet de impact van de opgelegde limiet heeft ingeschat voor de aandeelhouders-verwerwers, terwijl hij die discriminatie had kunnen vermijden door te voorzien in een aftrek die evenredig is met de werkelijk gerealiseerde investering; welnu, het gaat hier om twee ruime categorieën van aandeelhouders en niet, zoals de Ministerraad beweert, om afzonderlijke of specifieke gevallen die onmogelijk konden worden omschreven.

Overigens, in tegenstelling tot hetgeen de Ministerraad beweert, laat niets toe ervan uit te gaan dat een marktprijs die hoger is dan het gestorte kapitaal, op een vroegere meerwaarde wijst die wordt beheerst door artikel 192 van het WIB 1992. Zo is het mogelijk dat de verkoper van de aandelen geen vennootschap is, maar een natuurlijke persoon, wiens fiscale situatie bijgevolg geregeld wordt door artikel 90 van het WIB 1992; in dat geval gaat het argument met betrekking tot het verband tussen de limiet op de aftrek van minderwaarden en de belastingvrijstelling van meerwaarden op grond van artikel 192 van het WIB 1992, niet op.

Indien eerdere transacties telkens uitlopen op minderwaarden en de prijs van de transactie hoger blijft dan de nominale waarde van de aandelen, en indien de vennootschap vervolgens wordt vereffend, zullen de vroegere transacties bovendien niet leiden tot enige aftrek van minderwaarden, en is het de laatste aandeelhouder die, in het geval van een minderwaarde, die slechts zal kunnen aftrekken tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal, of die, in het geval van een meerwaarde, zal worden belast als vereffeningssuitkeringen.

De argumentatie van de Ministerraad over de vraag of men al dan niet de aftrek van een minderwaarde kan aanvaarden vóór de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, heeft ten slotte totaal niets te maken met de gestelde vraag, die zich na die verdeling situeert; de prejudiciële vraag heeft voor het overige niet tot doel het Hof ertoe te brengen de opportuniteit van de in het geding zijnde bepaling te toetsen, maar wel te wijzen op een discriminatie.

A.4. De Ministerraad antwoordt dat de wetgever niet alleen het risico van dubbele aftrek wilde vermijden, maar dat hij, door zijn bedoeling te specificeren via een « uitzondering op de uitzondering », wel degelijk datgene heeft verduidelijkt wat toelaat om een verschil te maken tussen het kapitaal dat door een aandeelhouder-intekenaar wordt gestort en de prijs die door een aandeelhouder-verwerwer wordt betaald, doordat de betaling die elk van beiden respectievelijk doet, een ander doel heeft : de wetgever wilde het voordeel van fiscale aftrek duidelijk voorbehouden voor het bezit van aandelen die een daadwerkelijk gestort kapitaal vertegenwoordigen.

In dat verband heeft de wetgever nooit uitdrukkelijk bevestigd de behandeling van meer- en minderwaarden die voortkomen uit een vereffening, strikt op elkaar te willen afstemmen.

Overigens heeft de wetgever uitdrukkelijk een onderscheid willen maken tussen een aandeelhouder-intekenaar en een aandeelhouder-verwerver, niet volgens een kwantitatief criterium dat verbonden is aan hun investering, maar volgens een kwalitatief criterium op grond waarvan de betrokken investering moet overeenstemmen met een effectieve en blijvende inbreng ten gunste van de dochteronderneming waarvan men aandelen bezit; zodoende heeft de wetgever niet een gewone investering op de secundaire markt ten gunste van een derde willen bevoorrechten, maar wel een uitbetaling die een echt economisch belang inhoudt door een inbreng die daadwerkelijk ter beschikking wordt gesteld van de dochteronderneming waarvan men aandelen bezit. Dat systeem liet toe om tegelijkertijd de strijd aan te binden tegen de dubbele aftrek en bepaalde misbruiken te bestrijden, die enkel op de aandeelhouders-intekenaars betrekking hadden.

- B -

B.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 198, eerste lid, 7°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (hierna : WIB 1992), zoals het werd gewijzigd bij artikel 28 van de wet van 6 juli 1994 houdende fiscale bepalingen, dat bepaalt :

« Als beroepskosten worden niet aangemerkt :

[...]

7° waardeverminderingen en minderwaarden op aandelen, behoudens minderwaarden op aandelen geleden naar aanleiding van de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd;

[...] ».

B.2.1. De verwijzende rechter vraagt het Hof of de in het geding zijnde bepaling, doordat zij in alle gevallen van gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap, met inbegrip van het geval van een gefailleerde vennootschap, de mogelijkheid om op aandelen genoteerde minderwaarden af te trekken, beperkt tot het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd, de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet schendt doordat zij een discriminatie zou creëren onder vennootschappen-aandeelhouders naargelang zij aandeelhouders zijn die hebben ingetekend op het kapitaal van de vennootschap of aandeelhouders die, tegen de marktprijs, aandelen van dezelfde vennootschap hebben verworven na de oprichting daarvan.

Volgens de verwijzende rechter zou de in het geding zijnde bepaling onevenredige gevolgen hebben voor de vennootschappen-aandeelhouders die aandelen van de emitterende vennootschap hebben verworven tegen een veel hogere waarde dan het deel van het gestorte kapitaal dat zij vertegenwoordigen.

Het geschil voor de verwijzende rechter heeft betrekking op de aftrekbaarheid, door een binnenlandse vennootschap waarvan de vereffening is gesloten, van de minderwaarden op aandelen in een andere binnenlandse vennootschap die failliet werd verklaard.

B.2.2. Uit de motieven van de verwijzingsbeslissing blijkt dat het Hof enkel wordt verzocht om de in het geding zijnde bepaling te onderzoeken in zoverre zij in alle gevallen van gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van een vennootschap, de aftrek van minderwaarden op aandelen beperkt « tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd ».

B.3.1. De in het geding zijnde bepaling gaat terug op artikel 109, 3^o, van het WIB 1964, zoals het in het Wetboek werd ingevoerd bij artikel 3, E), van de wet van 23 oktober 1991 « tot omzetting in het Belgische recht van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen ».

B.3.2. De in het geding zijnde bepaling strekt ertoe « op consequente wijze het beginsel *non bis in idem* toe te passen » op de « minderwaarden die de moedermaatschappij geleden heeft op deelnemingen in de dochterondernemingen », waarbij de wetgever vaststelde dat « een minderwaarde [...] de weerspiegeling [is] van een verslechtering van het resultaat van de dochteronderneming; in het algemeen is het dus een verlies [dat kan] worden gerecupereerd bij de dochteronderneming als de toestand verbetert ». De wetgever was van mening dat het « verlies [...] dan [...] niet tweemaal ten laste [moet] worden genomen : op het vlak van de dochteronderneming en op het vlak van de moedermaatschappij » (*Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 1784/3, p. 5).

Die bepaling is, samen met de regel van de vrijstelling van de meerwaarden gerealiseerd op aandelen waarvan de inkomsten als definitief belaste inkomsten aftrekbaar zijn, een van de maatregelen die ertoe strekken « op een algemene en symmetrische wijze [te voorzien] in een

defiscalisatie voor het risico dat verbonden is aan aandelen of delen», waarbij de « defiscalisatie [...] door niet-af trek van de [...] minderwaarden » wordt voorgesteld als de logische tegenhanger van de « defiscalisatie van de meerwaarden door niet-heffing » (*ibid.*, pp. 12 en 18).

Meer in het algemeen is zij één van de maatregelen die zijn aangenomen om de budgettaire neutraliteit te verzekeren bij de omzetting van de richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 « betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Statens » (*Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 1784/1, pp. 1-2; *ibid.*, nr. 1784/3, p. 12).

Hoewel de maatregel wordt voorgesteld als een bepaling die samengaat met de voormelde regel van de vrijstelling van de meerwaarden (*ibid.*, nr. 1784/1, p. 6) en die met die vrijstellingsregel « gelijkloopt » (*Parl. St.*, Senaat, 1991-1992, nr. 1454/2, p. 4), is de belasting van de meerwaarden die worden gerealiseerd bij de verkoop van de aandelen niet gekoppeld aan de aftrekbaarheid van de minderwaarden die bij de verkoop van aandelen worden gerealiseerd.

B.4.1. Op de principiële niet-aftrekbaarheid van minderwaarden op aandelen bestaat niettemin een uitzondering in geval van een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen.

De memorie van toelichting van de wet van 23 oktober 1991 vermeldde het volgende :

« Deze niet-aftrekbaarheid is evenwel niet van toepassing wanneer op het tijdstip van de vereffening van de vennootschap blijkt dat de in het bezit zijnde aandelen of delen een lagere netto-waarde hebben dan het werkelijk gestort kapitaal. In dit geval lijden de aandeelhouders van de ontbonden vennootschap een verlies aan kapitaal en dat verlies blijft in die mate aftrekbaar.

Rekening houdend met het feit dat deze bepaling ook van toepassing is op de buitenlandse dochterondernemingen van Belgische vennootschappen die niet noodzakelijk eenzelfde juridisch stelsel van vereffening kennen, dient en volstaat het ten aanzien van deze ondernemingen het definitief karakter van de stopzetting van de werkzaamheid door verdeling van het actief en het bedrag van het netto maatschappelijk vermogen vast te stellen » (*Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 1784/1, p. 8).

In de parlementaire voorbereiding wordt gepreciseerd :

« Er is een uitzondering voorzien [op de niet-afrekbaarheid van minderwaarden op aandelen] ten aanzien van minderwaarden op deelnemingen in vennootschappen die in vereffening zijn. In dat geval blijft de minderwaarde nog aftrekbaar in de mate waarin het vermogen van de geliquideerde vennootschap lager is dan [het] door aandelen of delen vertegenwoordigde maatschappelijk kapitaal van de ontbonden vennootschap.

Deze regel is ook van toepassing op de buitenlandse filialen van Belgische vennootschappen die niet noodzakelijk eenzelfde juridisch stelsel van vereffening kennen. Om de minderwaarde ten belope van het kapitaal in aftrek te kunnen brengen volstaat het bij deze filialen het definitief karakter van de stopzetting van de activiteit door verdeling van het actief en het bedrag van het netto-maatschappelijk vermogen vast te stellen » (*Parl. St.*, Senaat, 1991-1992, nr. 1454/2, pp. 4-5).

Zo wordt vastgesteld dat, in geval van een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, de moedermaatschappij de minderwaarden ten laste neemt, « ten minste ten belope van haar oorspronkelijke inbreng in de dochteronderneming, hetgeen al bij al logisch is, aangezien de dochteronderneming de opgestapelde verliezen nooit meer zal recupereren » (*Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 1784/3, p. 6).

Op een parlementaire vraag werd eveneens het volgende geantwoord :

« De door artikel 198, 7° van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (voorheen artikel 109, 3°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen) geboden aftrekmogelijkheid geldt enkel voor minderwaarden (dat wil zeggen voor effectief geleden verliezen) en niet voor waardeverminderingen (dat wil zeggen voor voorlopig geboekte ontwaardingen).

Dat effectief verlies zal normalerwijze slechts definitief gekend zijn na de eindverdeling, dat wil zeggen op het ogenblik dat er niets meer te verdelen valt » (Vraag nr. 851 van 24 december 1993, Kamer, Bulletin van Vragen en Antwoorden, 1993-1994, nr. 94, p. 9217).

De minister preciseerde ook :

« Het definitief karakter van dat verlies is slechts verworven op het ogenblik dat er niets meer te verdelen valt, wat inzonderheid het geval is bij de afsluiting van de vereffening bedoeld in artikel 188, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen.

Evenwel moet de vraag of in concrete gevallen de eindverdeling van het vermogen heeft plaats gehad worden beantwoord in het licht van de feitelijke en juridische omstandigheden waarin de verrichting heeft plaats gehad » (Vraag nr. 1290 van 22 november 1994, Kamer, Bulletin van Vragen en Antwoorden, 1993-1994, nr. 94, p. 14769).

B.4.2. Het feit dat te dezen de emitterende vennootschap een gefailleerde vennootschap is, zodat er volgens de verwijzende rechter geen risico meer zou bestaan van tweevoudige aftrek van het verlies, past dus precies binnen de doelstelling van de wetgever, namelijk, bij wijze van uitzondering, de aftrek van minderwaarden toestaan in het geval van een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen.

Vermits de wetgever heeft beslist een afwijkende mogelijkheid tot aftrek van minderwaarden in te voeren, maar die aftrek te beperken « tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd », is het coherent dat hij bepaalt dat de aftrekbaarheid volgens dezelfde regels wordt uitgevoerd in alle gevallen van gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, dus eveneens in geval van een faillissement van de emitterende vennootschap.

B.4.3. Er dient echter nog te worden onderzocht of de in het geding zijnde beperking geen onverantwoord verschil in behandeling creëert tussen de vennootschappen-aandeelhouders die hebben ingetekend op het kapitaal van een vennootschap en diegenen die, tegen de marktprijs, aandelen van dezelfde vennootschap hebben verworven na de oprichting daarvan.

B.5.1. De beperking van de aftrek van minderwaarden op aandelen in geval van een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen wordt in de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 23 oktober 1991 als volgt toegelicht :

« Er wordt echter een uitzondering op dit beginsel [van niet-aftrek van waardeverminderingen en minderwaarden] gemaakt in geval van verlies van de inbreng van de aandeelhouders in de vennootschap die de effecten uitgeeft; dit verlies kan voor de aandeelhouder als last worden erkend.

Hoezeer deze afwijking ook verantwoord is, ze kan een bron zijn van misbruik. Als het gaat om een aftrek, ligt de bewijslast bij de belastingplichtige : hij zal moeten aantonen dat het maatschappelijk kapitaal daadwerkelijk verloren is, zonder overschatting van de inbreng *in natura*, en dat het niet vroeger uitgekeerd werd in de vorm van ' dividenden '. De Minister legt vooral de nadruk op de in de bepaling gebruikte term ' werkelijk gestort maatschappelijk kapitaal ', die afwijkt van de traditionele bewoordingen van het vennootschapsrecht. Het zal fiscaal wel degelijk gaan om het kapitaal dat werkelijk ter beschikking van de dochteronderneming werd gesteld en dat werkelijk te harer beschikking is en blijft. Zo ook, en nog steeds om misbruiken te voorkomen, zullen alleen de verliezen in aanmerking genomen worden die bij volledige verdeling zijn vastgesteld en niet bijvoorbeeld ter gelegenheid van een overname van effecten of van een herstructurering » (*Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 1784/3, p. 18).

B.5.2. Artikel 184 van het WIB 1992 bepaalt :

« Het gestorte kapitaal is het deel van het maatschappelijk kapitaal dat werkelijk is gestort, in zover geen verminderingen of terugbetalingen hebben plaatsgevonden. In het kapitaal opgenomen andere winsten dan uitgekeerde winsten die als dusdanig aan belasting werden onderworpen, worden niet als gestort kapitaal aangemerkt.

[...]».

Artikel 23, 2°, van de wet van 22 december 1998 heeft overigens een tweede lid ingevoegd in artikel 198 van het WIB 1992, dat bepaalt :

« Uitsluitend voor de toepassing van het eerste lid, 7°, worden, in afwijking van artikel 184, toch als gestort kapitaal aangemerkt, de verminderingen van gestort kapitaal die voorheen zijn gedaan om geleden verliezen boekhoudkundig aan te zuiveren of om een reserve tot dekking van een voorzienbaar verlies te vormen waarmee het geleden verlies boekhoudkundig is aangezuiverd ».

Die bepaling ging uit van de vaststelling dat verminderingen van kapitaal om verliezen boekhoudkundig aan te zuiveren « in principe geen enkele weerslag [hebben] op de intrinsieke waarde van de deelneming in hoofde van de aandeelhouders of de vennoten » (*Parl. St.*, Kamer, 1997-1998, nr. 1608/1, p. 16); die bepaling is van toepassing « op de minderwaarden op aandelen die vanaf 1 januari 1997 zijn geleden naar aanleiding van de gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van de emitterende vennootschap, voor zover de desbetreffende vermindering van gestort kapitaal ten vroegste vanaf 24 juli 1991 is gedaan dit wil zeggen vanaf de datum waarop de bepalingen van artikel 198, eerste lid, 7°, WIB 92 [...] ten aanzien van verwezenlijkte minderwaarden van toepassing zijn » (*ibid.*, pp. 16-17).

B.5.3. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de wetgever, door het aftrekbare bedrag van de minderwaarden op aandelen in geval van een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van de emitterende vennootschap te beperken « tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd », bepaalde misbruiken heeft willen vermijden die het voor vennootschappen-aandeelhouders mogelijk zouden maken om fictieve bedragen of hogere bedragen dan hun werkelijke en blijvende inbreng in de emitterende vennootschap af te trekken.

B.6.1. Ook al had de wetgever tot doel misbruiken door de oorspronkelijke vennootschappen-aandeelhouders te vermijden, toch blijkt dat de in het geding zijnde maatregel eveneens werd bedacht voor de aandeelhouders-verwervers.

B.6.2. Bij artikel 28 van de wet van 6 juli 1994 houdende fiscale bepalingen werden immers in de in het geding zijnde bepaling de woorden « verlies aan » ingevoegd tussen de woorden « ten hoogste het » en « gestorte kapitaal », om de onjuiste formulering van de in het geding zijnde bepaling, zoals zij was ingevoerd bij de wet van 23 oktober 1991, te corrigeren en haar te laten overeenstemmen met de werkelijke wil van de wetgever.

Naar aanleiding van die correctie werd in de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 6 juli 1994 de draagwijdte van de in het geding zijnde bepaling als volgt geëxpliciteerd :

« De minister merkt op dat artikel 28 ertoe strekt de strekking te verduidelijken van een tekst die naar aanleiding van de wet van 23 oktober 1991 op onhandige wijze geformuleerd was.

Zoals duidelijk is vermeld in de parlementaire stukken voorafgaand aan de wet van 23 oktober 1991, is de niet-afrekbaarheid van minderwaarden op aandelen ' niet van toepassing wanneer op het tijdstip van de vereffening van de vennootschap blijkt dat de in het bezit zijnde aandelen of delen een lagere nettowaarde hebben dan het werkelijk gestort kapitaal. In dat geval lijden de aandeelhouders van de ontbonden vennootschap een verlies aan kapitaal en dat verlies blijft in die mate afrekbaar ' (Memorie van toelichting, Kamer, gewone zitting 1991-1992, stuk nr. 1784/1, blz. 8).

Op verzoek van een lid geeft de minister het volgende voorbeeld :

Een vennootschap A kocht aandelen van een vennootschap B voor een bedrag van 1 200 000 frank. Het gestorte kapitaal dat door de aandelen wordt vertegenwoordigd, bedraagt 1 000 000 frank. De aandelen blijven voor hun aankoopprijs op de balans behouden.

Vennootschap B wordt ontbonden en vennootschap A ontvangt bij de verdeling van het vermogen van B een bedrag van 900 000 frank.

Het verlies van 300 000 frank (1 200 000 frank – 900 000 frank) mag ten belope van 100 000 frank (1 000 000 frank – 900 000 frank) als beroepskosten worden aanvaard, zodat enkel een bedrag van 200 000 frank in de verworpen uitgaven moet worden opgenomen » (*Parl. St.*, Senaat, 1993-1994, nr. 1119-2, pp. 20-21).

B.6.3. Dat cijfermatig voorbeeld, dat overigens is overgenomen uit een verklarende circulaire van 27 september 1993 die ertoe strekte de draagwijdte van de voormelde wet van 23 oktober 1991 te verduidelijken (Circulaire nr. Ci.RH.421/439.105 van 27 september 1993, *Bulletin der Belastingen*, nr. 732), toont aan dat, in de opvatting van de wetgever, de beperking

van de aftrek van minderwaarden op aandelen betrekking had op zowel de oorspronkelijke vennootschappen-aandeelhouders als de verwervende vennootschappen-aandeelhouders, vermits het aangehaalde voorbeeld betrekking had op het geval van een vennootschap die aandeelhouder was geworden door verwerving van aandelen tegen een hogere waarde dan het gestorte kapitaal dat door de verworven aandelen werd vertegenwoordigd.

B.7.1. Door in alle gevallen van gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen het aftrekbare bedrag van de minderwaarden op aandelen te beperken « tot ten hoogste het verlies aan gestort kapitaal dat door die aandelen wordt vertegenwoordigd », heeft de wetgever voor alle vennootschappen-aandeelhouders een limiet vastgesteld die boekhoudkundig en fiscaal op vaststaande wijze kan worden bepaald, waardoor dus, zowel ten aanzien van de oorspronkelijke aandeelhouders als ten aanzien van de aandeelhouders-verwervers, misbruiken, alsook problemen bij het bepalen van het aftrekbare bedrag van minderwaarden op aandelen, kunnen worden vermeden.

B.7.2. De vennootschappen die op de beurs aandelen verwerven tegen een prijs die mogelijkwijs beduidend hoger is dan het bedrag van het gestorte kapitaal dat die aandelen vertegenwoordigen, kennen aldus precies het financiële risico dat zij lopen op het vlak van beperking van de aftrekbaarheid van de minderwaarden die zij later zouden kunnen noteren bij een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen van de vennootschap waarvan zij aandeelhouder worden.

Het lijkt niet onredelijk dat de wetgever weigert het financiële risico in aanmerking te nemen dat is verbonden aan beursspeculatie, en dat bepaalde vennootschappen bewust nemen door in aandelen te investeren.

B.8. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 198, eerste lid, 7°, van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 schendt de artikelen 10, 11 en 172 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 20 oktober 2009.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

P. Martens