

Numéro du rôle : 4582
Arrêt n° 161/2009 du 20 octobre 2009

A R R E T

---

*En cause* : la question préjudicielle relative à l'article 198, alinéa 1er, 7°, du Code des impôts sur les revenus 1992, posée par le Tribunal de première instance de Liège.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents P. Martens et M. Bossuyt, et des juges M. Melchior, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président P. Martens,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

## I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 9 décembre 2008 en cause de la SA « IMMOMIP » contre l'Etat belge, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 17 décembre 2008, le Tribunal de première instance de Liège a posé la question préjudicielle suivante :

« En limitant *dans tous les cas* de partage total de l'avoir social d'une société - et même donc d'une société faillie qui ne sera plus susceptible de récupérer des pertes qu'elle aurait encourues - la possibilité de déduire des moins-values actées sur des actions ou parts à la partie du capital libéré représenté par ces actions ou parts, l'article 198, 7° CIR 92 ne crée-t-il pas une discrimination injustifiée, au regard des principes consacrés par les articles 10, 11 et 172 de la Constitution, entre les actionnaires qui ont souscrit au capital d'une société et ceux qui ont acquis les actions de la même société, au prix du marché, après la constitution de celle-ci ?

Cette disposition ne viole-t-elle pas le principe de proportionnalité en ce que son application peut porter gravement préjudice, par rapport aux actionnaires qui ont souscrit au capital d'une société, à ceux qui ont acquis des actions ou parts de la même société à une valeur largement supérieure à la partie du capital libéré qu'elles représentent et qui doivent enregistrer des moins-values sur ces actions ou parts dont la réalité et l'importance ne peuvent souffrir aucun doute, *alors même qu'elle ne trouverait aucune justification au regard de l'objectif poursuivi par le législateur dans la mesure où le risque de double déduction de pertes serait inexistant ?* ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la SA « IMMOMIP », dont le siège social était établi à 4053 Chaudfontaine-Embourg, rue Curvers 23;

- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 16 septembre 2009 :

- ont comparu :

- . Me C. Gillot *loco* Me J.-P. Douny, avocats au barreau de Liège, pour la SA « IMMOMIP »;

- . Me V. Colson *loco* Me B. Lespire, avocats au barreau de Liège, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs R. Henneuse et E. Derycke ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

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

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Le litige devant le juge *a quo* oppose une société dont la liquidation a été clôturée en 2002 à l'administration fiscale, en ce qui concerne le montant déductible des moins-values actées sur des actions détenues dans la société « Lernout et Hauspie » déclarée en faillite en 2001.

Alors que l'administration fiscale avait admis le principe de la déduction de ces moins-values, la question du montant déductible restait cependant ouverte, dès lors que l'article 198, alinéa 1er, 7°, du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : CIR 1992) n'autorise, à titre d'exception, la déduction des moins-values actées sur des actions ou parts à l'occasion du partage total de l'avoir d'une société que « jusqu'à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts ».

Estimant qu'il y a lieu de fixer ce montant à 1 448 euros, le juge *a quo* constate que le montant des moins-values actées était de 333 492,24 euros, de sorte que le montant du capital libéré est, par rapport au prix payé pour acquérir ces actions sur le marché des titres cotés, dérisoire.

Comme la partie requérante le constate, la *ratio legis* de l'article 198, alinéa 1er, 7°, du CIR 1992 était d'éviter une double prise en charge des pertes, dans le chef de la société-mère, d'une part, qui acterait des moins-values sur les participations dans des filiales, moins-values qui seraient le résultat d'une détérioration desdites filiales, et dans le chef des filiales, d'autre part, qui pourraient récupérer leurs pertes lorsque leur situation s'améliorerait.

Or, en l'espèce, le juge constate que le risque d'une double déduction des pertes est écarté puisque la filiale est une société faillie, de sorte que la limitation imposée par le législateur peut déboucher sur un résultat disproportionné.

A la partie défenderesse qui souligne le lien entre la non-déduction de principe des moins-values sur actions et l'exonération des plus-values sur actions prévue par l'article 192, § 1er, du CIR 1992, le juge *a quo* répond que l'exonération des plus-values est liée au régime des revenus définitivement taxés (RDT), et par conséquent à l'existence de revenus imposables dans le chef des sociétés dont les actions ou parts sont détenues par une société qui réalise une plus-value de ce type.

Le juge *a quo* a donc décidé de poser à la Cour la question préjudicielle reproduite plus haut.

## III. *En droit*

- A -

A.1.1. Dans son mémoire, la partie requérante devant le juge *a quo* rappelle que l'objectif de la disposition en cause était d'éviter que la perte puisse être prise en charge deux fois : le législateur veut appliquer le principe « *non bis in idem* » aux moins-values encourues par la société-mère sur des participations dans des filiales, le législateur constatant qu'une moins-value est le reflet d'une détérioration du résultat de la filiale et donc, généralement, de pertes récupérables dans le chef de la filiale lorsque sa situation s'améliore.

Par exception à ce principe, le législateur a prévu que restent déductibles dans le chef de la société-mère les moins-values actées lors du partage total de l'avoir social, car à ce moment, l'actionnaire a définitivement perdu sa « mise de fonds » et la perte n'est plus susceptible d'être récupérée par la filiale faillie.

Cependant, le législateur a limité la déduction des moins-values à la perte de capital libéré représenté par ces actions, le capital libéré étant entendu comme le capital réellement mis à disposition de la société filiale et qui est et reste effectivement à sa disposition; il s'agissait d'éviter ainsi des abus d'un actionnaire qui aurait souscrit à un capital non entièrement libéré ou encore l'hypothèse d'un apport en nature surévalué.

Par contre, la limitation de la déduction n'a aucune justification dans l'hypothèse de l'actionnaire acquéreur, puisqu'elle a pour effet d'empêcher non des abus par une surévaluation du capital libéré, mais d'empêcher le contribuable de compenser la perte définitive de la somme qu'il a dû réellement décaisser pour devenir actionnaire.

Ainsi, la disposition en cause n'a été conçue que pour viser les actionnaires souscripteurs et non les actionnaires acquéreurs entrant dans la société *a posteriori* par le biais d'un achat sur le marché d'actions : dans le cas d'un actionnaire acquéreur, le prix payé sur le marché représente un décaissement réel correspondant à la valeur des actions cotées en bourse.

Par ailleurs, dès lors que les plus-values de liquidation sont taxées sur la base de l'article 202 du CIR 1992, il n'est pas justifié de prendre en compte, parmi les effets de la fin de la société et du partage total de l'avoir social, les revenus et non les pertes. Les considérations des travaux préparatoires de la disposition en cause, en rapport avec l'exemption des bonis de liquidation, ne sont en effet plus d'actualité, dès lors que la loi du 24 décembre 2002 a abrogé cette exemption et fixé le taux du précompte mobilier à 10 p.c.

A.1.2. Selon la partie requérante devant le juge *a quo*, l'actionnaire souscripteur et l'actionnaire acquéreur sont dans des situations comparables : ils investissent chacun dans une société, pour un certain prix, qu'ils perdent en cas de faillite; il n'y a pas de risque de double déduction et, s'ils avaient touché un boni de liquidation, ils auraient payé tous deux un précompte sur ledit boni. La seule différence entre eux réside au niveau de l'importance de l'investissement réalisé.

La partie requérante devant le juge *a quo* considère qu'en visant tous les actionnaires, sans prendre en considération le montant réellement investi et les circonstances de l'acquisition des actions, le législateur discrimine les actionnaires qui ont payé les actions à un prix nettement supérieur à la partie du capital libéré qu'elles représentent, sans que cela puisse être justifié par l'objectif du législateur de permettre de compenser la mise de fonds qui a réellement été perdue.

Alors que les actionnaires souscripteurs pourront acter une moins-value égale à 100 p.c. de leur préjudice, les actionnaires acquéreurs n'en récupéreront qu'une infime partie.

A.2.1. Dans son mémoire, le Conseil des ministres rappelle que la disposition en cause trouve son origine dans l'article 109, 3°, du CIR 1964, introduit par la loi du 23 octobre 1991 qui transposait en droit belge la directive européenne 90/435/CEE, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales; cette disposition a ensuite été modifiée par la loi du 6 juillet 1994, qui a introduit les mots « de la perte » entre les mots « jusqu'à concurrence » et les mots « du capital libéré ».

A.2.2. Le Conseil des ministres estime, à titre principal, que la question préjudicielle appelle une réponse négative en ce qu'elle n'identifie pas les catégories de personnes comparées.

En effet, seule une catégorie de personnes - les actionnaires - est visée dans la question : les actionnaires peuvent avoir été souscripteurs originaires ou acquéreurs ultérieurs, ou avoir acquis des titres à des moments différents.

En l'espèce, les contribuables visés - des sociétés résidentes actionnaires d'une autre société résidente - pourront tous déduire leurs moins-values pour un même montant, à concurrence de la valeur du capital libéré représenté par leurs actions, qu'ils aient acquis celles-ci dès leur souscription ou sur le second marché; le fait que certains ne puissent déduire la totalité de la perte de leur investissement ne résulte pas de leur qualité d'actionnaire, ou de la situation de faillite de la filiale, mais d'un élément subjectif, à savoir le prix payé pour lesdits titres, selon que celui-ci est ou non supérieur au prix d'émission des actions.

La question préjudicielle invite donc la Cour à comparer des personnes qui ont simplement acquis des actions à des moments et des prix différents, ces personnes pouvant par ailleurs être une seule et même personne ayant investi de façon successive, voire progressive, dans des actions.

Or, le Conseil des ministres rappelle qu'il convient de prendre en considération les difficultés propres au droit fiscal et de tenir compte de la grande diversité des situations individuelles, pour des raisons d'efficacité et de coût.

A.2.3.1. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative en ce que la disposition en cause est objectivement et raisonnablement justifiée et répond à l'objectif visé par le législateur.

En effet, les travaux préparatoires de la disposition en cause démontrent qu'elle a été introduite dans le but d'appliquer le principe « *non bis in idem* », qui veut qu'une même perte ne soit pas déduite dans le chef de deux contribuables; elle constituait également le corollaire de la détaxation des plus-values, dans le souci de neutralité budgétaire. Cette disposition prend donc en compte les spécificités du droit fiscal.

La différence, en ce qui concerne la possibilité de déduction des moins-values, entre les actionnaires souscripteurs et les actionnaires acquéreurs, est raisonnablement justifiée par le fait que lors de l'achat d'actions ou de parts sur le marché secondaire en cours de vie de la société, le prix de la transaction intègre par définition l'historique des diverses transactions d'achats et de ventes, dont l'action a fait l'objet antérieurement; il ne serait pas cohérent de permettre à l'acquéreur d'actions sur le marché secondaire de déduire les moins-values au-delà de la perte du capital libéré représenté par ces actions, étant donné que ce montant correspond, en principe, à une plus-value réalisée et exonérée dans le chef d'un intervenant à une transaction antérieure, en vertu de l'article 192 du CIR 1992.

Le critère de distinction décidé par le législateur est celui de la composition du portefeuille de la société actionnaire, au moment du partage final, selon que celui-ci se compose d'actions représentant le capital effectivement libéré ou non.

A.2.3.2. En ce qui concerne la situation de faillite de la filiale, le Conseil des ministres rappelle que les pertes déclarées de la faillite ne sont *a priori* fiscalement déductibles qu'au moment de la clôture de la liquidation : seul le résultat du partage total de l'avoir social au moment de la clôture définitive autorise l'éventuelle déductibilité fiscale.

Ainsi, afin de pouvoir, le cas échéant, prendre une moins-value en charge, il appartient notamment à l'actionnaire-société d'établir que son apport en nature a fait l'objet d'une évaluation correcte.

Par ailleurs, dès lors qu'elle constitue une exception au principe de non-déduction des moins-values sur actions, la disposition concernée doit faire l'objet d'une interprétation restrictive.

Si le partage social se produit lorsque la société est dissoute et liquidée, il apparaît à cet égard que l'administration a été moins intransigente que le législateur en admettant des moins-values comptablement enregistrées avant le partage social; cette tolérance administrative sera par la suite introduite sous la forme d'un alinéa 2 à l'article 198 du CIR 1992 par l'article 23 de la loi du 22 décembre 1998 et constitue un tempérament important à l'interprétation restrictive de la disposition en cause.

Ce n'est donc pas la situation de la faillite qui est susceptible de générer une éventuelle discrimination, mais le fait que seule une quotité des moins-values est susceptible d'être prise en charge fiscalement, ce qui correspond à la volonté du législateur.

Pour le surplus, l'opportunité de la loi échappe au contrôle de la Cour et il n'est pas déraisonnable que le législateur décide d'une exception au principe de non-déduction des moins-values, dans un souci de neutralité budgétaire et dans le contexte de la transposition d'une norme supranationale.

A.3.1. La partie requérante devant le juge *a quo* répond que ce qu'elle critique, c'est de créer une discrimination passive en négligeant d'adapter la mesure aux diverses catégories de personnes qu'elle englobe.

Les actionnaires souscripteurs originaires pourront déduire la totalité de leur investissement, contrairement aux actionnaires acquéreurs, alors même que la disposition en cause a été adoptée dans le but de lutter contre certains types d'abus propres aux actionnaires souscripteurs; c'est au regard de la limite à la déduction que la norme crée une discrimination entre les deux catégories d'actionnaires.

Par ailleurs, le fait qu'une seule et même personne puisse avoir à la fois souscrit au capital de départ et acquis ultérieurement des actions ne change rien, puisque cette personne aura deux casquettes et se retrouvera donc dans les deux catégories.

A.3.2. La partie requérante devant le juge *a quo* constate que la différence de traitement entre les actionnaires souscripteurs et les actionnaires acquéreurs est manifeste.

Ainsi, toutes les actions représentent toujours une partie du capital libéré et les travaux préparatoires démontrent bien que le législateur visait seulement les actionnaires souscripteurs et n'a pas mesuré l'impact de la limite posée pour les actionnaires acquéreurs, alors qu'il aurait pu éviter cette discrimination en prévoyant la déduction dans la mesure de l'investissement réellement réalisé; or, il s'agit ici de deux catégories larges d'actionnaires, et non, comme le prétend le Conseil des ministres, de cas isolés ou spécifiques qu'il était impossible d'appréhender.

Par ailleurs, contrairement à ce qu'allègue le Conseil des ministres, rien ne permet de considérer que le prix du marché supérieur au capital libéré révèle une plus-value antérieure régie par l'article 192 du CIR 1992. Ainsi, il se peut que le vendeur des actions ne soit pas une société, mais une personne physique, dont la situation fiscale sera alors régie par l'article 90 du CIR 1992; dans ce cas, l'argument du lien entre la limite à la déduction des moins-values et l'exonération des plus-values sur la base de l'article 192 du CIR 1992 ne résiste pas à l'examen.

En outre, si les transactions antérieures se soldent chaque fois par des moins-values et que le prix de la transaction reste supérieur à la valeur nominale des actions, et qu'il y a ensuite liquidation, les transactions antérieures ne donneront pas lieu à une quelconque déduction des moins-values, et c'est le dernier actionnaire qui, soit dans l'hypothèse de la moins-value, ne pourra déduire qu'à concurrence de la perte du capital libéré, soit dans l'hypothèse de la plus-value, sera taxé au titre de boni de liquidation.

Enfin, l'argumentation du Conseil des ministres sur la question de savoir si on peut ou non accepter la déduction d'une moins-value avant le partage total de l'avoir social est totalement étrangère à la question posée, qui se situe en aval; la question préjudicielle n'a, pour le surplus, pas pour objet d'amener la Cour à contrôler l'opportunité de la disposition en cause, mais à souligner une discrimination.

A.4. Le Conseil des ministres répond que non seulement le législateur cherchait à éviter un risque de double déduction, mais en détaillant sa volonté à travers l'« exception à l'exception », il a bel et bien précisé ce qui permet de faire la différence entre le capital libéré par l'actionnaire souscripteur et le prix payé par l'actionnaire acquéreur, le décaissement opéré par l'un et par l'autre ayant une fin différente : le législateur entendait bien réserver à la détention d'actions représentant un capital effectivement libéré le bénéfice de la déduction fiscale.

A cet égard, il n'y a jamais eu de volonté affirmée par le législateur d'assurer une stricte adéquation entre le traitement des plus-values ou moins-values de liquidation.

Par ailleurs, le législateur a explicitement voulu distinguer l'actionnaire souscripteur de l'actionnaire acquéreur, non pas selon un critère quantitatif lié à leur investissement, mais bien selon un critère qualitatif en vertu duquel l'investissement considéré doit correspondre à un apport effectif et pérennisé au bénéfice de la filiale dont les actions sont détenues; ce faisant, le législateur a voulu privilégier, non pas seulement un simple investissement sur le marché secondaire au bénéfice d'un tiers, mais bien un décaissement qui traduit un intérêt économique véritable par un apport effectivement mis à disposition de la filiale dont on détient des actions ou parts. Ce système permettait de conjuguer la lutte contre une double déduction avec la lutte contre certains abus qui ne concernaient que les actionnaires souscripteurs.

- B -

B.1. La question préjudicielle porte sur l'article 198, alinéa 1er, 7°, du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après : CIR 1992), tel qu'il a été modifié par l'article 28 de la loi du 6 juillet 1994 portant des dispositions fiscales, qui dispose :

« Ne sont pas considérés comme des frais professionnels :

[...]

7° les réductions de valeur et les moins-values sur les actions ou parts, à l'exception des moins-values actées à l'occasion du partage total de l'avoir social d'une société jusqu'à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts;

[...] ».

B.2.1. Le juge *a quo* demande à la Cour si, en limitant dans tous les cas de partage total de l'avoir social d'une société, y compris le cas d'une société faillie, la possibilité de déduire des moins-values actées sur des actions ou parts à la seule perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts, la disposition en cause méconnaît les articles 10, 11 et 172 de la Constitution, en ce qu'elle créerait une discrimination entre les sociétés actionnaires, selon qu'elles sont des actionnaires qui ont souscrit au capital de la société ou des actionnaires qui ont acquis les actions de la même société, au prix du marché, après la constitution de celle-ci.

Selon le juge *a quo*, la disposition en cause aurait des conséquences disproportionnées pour les sociétés actionnaires qui ont acquis des actions ou parts de la société émettrice à une valeur largement supérieure à la partie du capital libéré qu'elles représentent.

Le litige devant le juge *a quo* concerne la déductibilité, par une société résidente dont la liquidation a été clôturée, des moins-values actées sur des actions détenues dans une autre société résidente faillie.

B.2.2. Il ressort des motifs de la décision de renvoi que la Cour n'est appelée à examiner la disposition en cause qu'en ce qu'elle limite dans tous les cas de partage total de l'avoir social d'une société la déduction des moins-values « jusqu'à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts ».

B.3.1. La disposition en cause trouve son origine dans l'article 109, 3°, du CIR 1964, tel qu'il a été introduit dans le Code par l'article 3, E), de la loi du 23 octobre 1991 « transposant en droit belge la Directive du Conseil des Communautés européennes du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales ».

B.3.2. La disposition en cause vise à « appliquer de manière conséquente le principe du *non bis in idem* » aux « moins-values encourues par la société mère sur des participations dans des filiales », le législateur constatant qu'« une moins-value est le reflet d'une détérioration du résultat de la filiale et donc, généralement, de pertes [qui] sont récupérables dans le chef de la filiale lorsque sa situation s'améliore ». Le législateur a estimé que la « perte ne doit dès lors pas être prise en charge deux fois : au niveau de la filiale et au niveau de la société mère » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 1784/3, p. 5).

Cette disposition est, avec la règle d'immunité des plus-values réalisées sur des actions dont les revenus sont déductibles à titre de revenus définitivement taxés, l'une des mesures qui visent à « introdui[re] de manière générale et symétrique une défiscalisation du risque

couru sur les actions ou parts », la « défiscalisation par non-déduction des [...] moins-values » étant présentée comme la correspondance logique de la « défiscalisation des plus-values par non-taxation » (*ibid.*, pp. 12 et 18).

Elle est, plus généralement, l'une des mesures adoptées afin d'assurer la neutralité budgétaire de l'opération de transposition de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 « concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 1784/1, pp. 1-2; *ibid.*, n° 1784/3, p. 12).

Même si la mesure est présentée comme le corollaire de la règle précitée d'exonération des plus-values (*ibid.*, n° 1784/1, p. 6) et mise en « parallèle » avec cette règle d'immunité (*Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 1454/2, p. 4), l'imposition des plus-values réalisées lors de la vente des actions n'est pas liée à la déductibilité des moins-values réalisées lors de la vente d'actions.

B.4.1. La non-déductibilité de principe des moins-values sur actions et parts connaît cependant une exception en cas de partage total de l'avoir social.

L'exposé des motifs de la loi du 23 octobre 1991 expliquait :

« Cette non déductibilité ne s'applique toutefois pas lorsque, au moment de la liquidation de la société, les actions ou parts détenues font apparaître une valeur nette inférieure au capital souscrit et libéré. Dans ce cas, les actionnaires de la société dissoute subissent une perte en capital et cette perte reste déductible à due concurrence.

Compte tenu du fait que cette disposition s'applique également aux filiales étrangères de sociétés belges qui ne connaissent pas nécessairement le même régime juridique de liquidation, il faudra et il suffira à l'égard de ces filiales, d'établir le caractère définitif de la cessation d'activité par partage des actifs et le montant de l'avoir social net » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 1784/1, p. 8).

Les travaux préparatoires précisent :

« Une exception [à la non-déductibilité des moins-values sur actions et parts] est toutefois prévue lorsque la réduction de valeur est relative à une participation dans une société en liquidation. Dans ce cas, la réduction de valeur reste déductible dans la mesure où l'avoir de la société liquidée est inférieur au capital social de la société dissoute représenté par ses actions ou parts.

Cette règle s'applique également aux filiales étrangères des sociétés belges qui ne connaissent pas nécessairement le même régime juridique de liquidation. Pour déduire la réduction de valeur jusqu'à concurrence du capital, il suffit d'établir le caractère définitif de la cessation d'activité par répartition de l'actif et de déterminer le montant de l'avoir social net » (*Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 1454/2, pp. 4-5).

Il est ainsi constaté qu'en cas de partage total de l'avoir social, la société mère prend en charge les moins-values « du moins à concurrence de sa mise de fonds initiale dans la filiale, ce qui est somme toute logique, puisque la filiale dissoute ne récupérera plus jamais les pertes accumulées » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 1784/3, pp. 5-6).

A une question parlementaire, il a également été répondu :

« La possibilité de déduction offerte par l'article 198, 7°, du Code des impôts sur les revenus 1992 (précédemment article 109, 3°, du Code des impôts sur les revenus) s'applique exclusivement aux moins-values (c'est-à-dire aux pertes effectivement supportées) et non aux réductions de valeur (c'est-à-dire aux dépréciations comptabilisées provisoirement).

Généralement, cette perte effective ne sera définitivement connue qu'après le partage final, c'est-à-dire au moment où il ne reste plus rien à partager » (Question n° 851 du 24 décembre 1993, Chambre, *Bulletin des questions et réponses*, 1993-1994, n° 94, p. 9217).

Le ministre a aussi précisé :

« Le caractère définitif de cette perte n'est acquis qu'au moment où il ne reste plus rien à partager, ce qui est notamment le cas lors de la clôture de la liquidation visée à l'article 188, alinéa 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Toutefois, la question de savoir si, dans des cas déterminés, le partage final de l'avoir social a eu lieu est tributaire des circonstances de droit et de fait dans lesquelles l'opération s'est déroulée » (Question n° 1290 du 22 novembre 1994, Chambre, *Bulletin des questions et réponses*, 1993-1994, n° 94, p. 14769).

B.4.2. Le fait qu'en l'espèce, la société émettrice soit une société faillie, de sorte que, selon le juge *a quo*, il n'y aurait plus de risque de double déduction des pertes, s'inscrit donc précisément dans l'objectif du législateur d'admettre, par exception, la déduction des moins-values dans le cas d'un partage total de l'avoir social.

Dès lors que le législateur a décidé d'instaurer une possibilité dérogatoire de déduction de moins-values, mais de limiter cette déduction « à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts », il est cohérent qu'il prévoie que la déductibilité s'effectue selon les mêmes règles, dans tous les cas de partage de l'avoir social, y compris donc en cas de faillite de la société émettrice.

B.4.3. Il convient toutefois d'examiner si la limitation en cause ne crée pas une différence de traitement injustifiée entre les sociétés actionnaires qui ont souscrit au capital d'une société et les sociétés actionnaires qui ont acquis des actions de cette société au prix du marché après la constitution de celle-ci.

B.5.1. En ce qui concerne la limitation de la déduction des moins-values sur actions et parts en cas de partage total de l'avoir social, les travaux préparatoires de la loi précitée du 23 octobre 1991 expliquent :

« Ce principe [de non-déduction des réductions de valeur et moins-values] reçoit cependant exception en cas de perte de la mise de fonds des actionnaires dans la société émettrice de titres, perte qui peut être admise en charge pour l'actionnaire.

Cette dérogation, si justifiée soit-elle, peut être la source d'abus. S'agissant d'une déduction, la charge de la preuve incombe au contribuable et il devra établir que le capital social sans avoir été surfait par surévaluation des biens apportés en nature, est effectivement perdu et n'a pas été distribué antérieurement sous la forme de ' dividendes '. Le Ministre insiste tout particulièrement sur le libellé de la disposition ' capital social réellement libéré ' qui s'écarte de la formulation traditionnelle du droit des sociétés. Il s'agira bien fiscalement du capital mis à la disposition de la société filiale d'une manière réelle et qui est et reste effectivement à sa disposition. De même, et toujours pour écarter une utilisation abusive, seront prises en compte les seules situations déficitaires constatées lors d'un partage total et non, par exemple, à l'occasion d'un rachat de titres ou d'une restructuration » (*Doc. parl.*, Chambre, 1991-1992, n° 1784/3, p. 18).

B.5.2. L'article 184 du CIR 1992 dispose :

« Le capital libéré est la partie du capital social qui est réellement libérée et qui n'a fait l'objet ni d'une réduction, ni d'un remboursement. Les bénéfices, autres que les bénéfices distribués et imposés comme tels, qui sont incorporés au capital, ne sont pas considérés comme du capital libéré.

[...] ».

L'article 23, 2°, de la loi du 22 décembre 1998 a par ailleurs introduit un alinéa 2 dans l'article 198 du CIR 1992, qui dispose :

« Exclusivement pour l'application de l'alinéa 1er, 7°, sont toutefois, par dérogation à l'article 184, considérées comme du capital libéré, les réductions de capital libéré opérées antérieurement pour l'apurement comptable de pertes éprouvées ou pour la constitution d'une réserve destinée à couvrir une perte prévisible et utilisée à l'apurement comptable de la perte éprouvée ».

Cette disposition partait du constat que les réductions de capital en vue de l'apurement comptable de pertes n'ont « en principe aucune incidence sur la valeur intrinsèque de la participation dans le chef des actionnaires ou associés » (*Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 1608/1, p. 16); cette disposition est applicable « aux moins-values sur actions ou parts subies à partir du 1er janvier 1997, à l'occasion du partage total de l'avoir social de la société émettrice, pour autant que la réduction de capital libéré en cause ait été opérée au plus tôt le 24 juillet 1991, c'est-à-dire à compter de la date à partir de laquelle les dispositions de l'article 198, alinéa 1er, 7°, CIR 1992 [...] sont applicables aux moins-values réalisées » (*ibid.*, pp. 16-17).

B.5.3. Il ressort de ce qui précède qu'en limitant le montant déductible des moins-values sur actions ou parts en cas de partage total de l'avoir social de la société émettrice « à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts », le législateur a voulu éviter certains abus qui permettraient aux sociétés actionnaires de déduire des montants fictifs ou plus élevés que leur apport réel et stable dans la société émettrice.

B.6.1. Toutefois, si le législateur visait à éviter des abus de la part des sociétés actionnaires originaires, il apparaît que la mesure en cause était également conçue pour les actionnaires acquéreurs.

B.6.2. En effet, l'article 28 de la loi du 6 juillet 1994 portant des dispositions fiscales a introduit dans la disposition en cause les mots « de la perte » entre les mots « jusqu'à concurrence » et les mots « du capital libéré », afin de corriger le libellé incorrect de la disposition en cause, telle qu'elle avait été introduite par la loi du 23 octobre 1991, et de le faire correspondre à la volonté réelle du législateur.

Lors de cette correction, les travaux préparatoires de la loi précitée du 6 juillet 1994 ont explicité la portée de la disposition en cause comme suit :

« Le ministre explique que l'article 28 tend à préciser la portée d'un texte qui avait été libellé de façon maladroite par la loi du 23 octobre 1991.

Conformément aux précisions fournies dans les travaux préparatoires de l'époque, la non-déductibilité des moins-values sur actions ou parts ' ne s'applique pas lorsque, au moment de la liquidation de la société, les actions ou parts détenues font apparaître une valeur nette inférieure au capital souscrit et libéré. Dans ce cas, les actionnaires de la société dissoute subissent une perte en capital et cette perte reste déductible à due concurrence ' (Exposé des motifs, Chambre, session ordinaire 1991-1992, doc. n° 1784/1, p. 8).

A la demande d'un membre, le ministre fournit l'exemple suivant :

Une société A a acheté des actions d'une société B pour un montant de 1 200 000 francs. Le capital libéré qui est représenté par les actions s'élève à 1 000 000 de francs. Les actions sont maintenues au bilan pour leur prix d'acquisition.

La société B est dissoute et la société A reçoit, lors du partage de l'avoir social de B, un montant de 900 000 francs.

La perte de 300 000 francs (1 200 000 francs - 900 000 francs) peut être admise à titre de frais professionnels à concurrence de 100 000 francs (1 000 000 - 900 000 francs), ce qui entraîne que seul un montant de 200 000 francs doit être repris parmi les dépenses non admises » (*Doc. parl.*, Sénat, 1993-1994, n° 1119-2, pp. 20-21).

B.6.3. Cet exemple chiffré, qui est d'ailleurs repris d'une circulaire explicative du 27 septembre 1993 qui tendait à éclairer la portée de la loi précitée du 23 octobre 1991 (Circulaire n° Ci.RH.421/439.105 du 27 septembre 1993, *Bulletin des Contributions*, n° 732), démontre que, dans la conception du législateur, la limitation de la déduction des moins-

values sur actions et parts visait tant les sociétés actionnaires originaires que les sociétés actionnaires acquiescentes, puisque l'exemple cité concernait le cas d'une société devenue actionnaire par acquisition d'actions à une valeur supérieure au capital libéré représenté par les actions acquies.

B.7.1. En limitant dans tous les cas de partage total de l'avoir social le montant des moins-values déductibles sur actions ou parts « à concurrence de la perte du capital libéré représenté par ces actions ou parts », le législateur a fixé, pour toutes les sociétés actionnaires, une limite déterminable de manière certaine sur le plan comptable et fiscal, ce qui permet donc d'éviter, que ce soit à l'égard des actionnaires originaires ou à l'égard des actionnaires acquiescents, des pratiques abusives, ainsi que des difficultés d'évaluation du montant déductible des moins-values sur actions.

B.7.2. Les sociétés qui acquiescent des actions sur le marché boursier, à un prix éventuellement nettement supérieur au montant du capital libéré que ces actions représentent, connaissent ainsi exactement le risque financier qu'elles encourent en matière de limitation de la déductibilité des moins-values qu'elles pourraient subir ultérieurement lors du partage total de l'avoir social de la société dont elles deviennent actionnaires.

Il n'apparaît pas déraisonnable que le législateur refuse de prendre en considération le risque financier, lié aux spéculations inhérentes au marché boursier, que certaines sociétés acceptent de prendre en investissant dans des actions.

B.8. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 198, alinéa 1er, 7°, du Code des impôts sur les revenus 1992 ne viole pas les articles 10, 11 et 172 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 20 octobre 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

P. Martens