

Observations préliminaires

Absence de traitement fiscal spécifique

1. Les directives des rapporteurs généraux nous demandent de mettre l'accent, en une vingtaine de pages, sur le régime applicable, conformément à nos conventions fiscales, aux principaux instruments dérivés tels que options, contrats à terme, swaps, caps, floors, collars.

Cette approche nous a paru inadéquate au regard du droit fiscal belge qui, hormis les résultats provenant d'actions, ne considère pas les gains et les pertes provenant d'opérations financières en les isolant des autres résultats et qui ne fait pas de distinction entre les différents instruments susvisés.

Nous avons donc jugé préférable de nous concentrer sur les règles applicables en droit interne et de n'aborder les aspects internationaux qu'à titre subsidiaire.

Distinction en fonction de la nature professionnelle ou non de l'opération

2. Par ailleurs, les règles belges applicables aux opérations financières étant fondamentalement différentes selon que ces dernières sont ou non réalisées dans le cadre d'une activité professionnelle, nous avons été amenés à subdiviser la matière en fonction de cette distinction.

En ce qui concerne plus spécialement les opérations à caractère professionnel, nous avons mis l'accent sur les règles (essentiellement comptables en l'absence de dispositions fiscales spécifiques) qui déterminent le régime fiscal applicable aux opérations fondées respectivement sur des contrats à terme et sur des options, sans rentrer dans l'examen d'instruments particuliers tels que caps, floors ou collars.

Enfin, après avoir examiné les aspects internationaux, nous avons consacré un chapitre spécial aux possibilités d'évasion fiscale offertes par les instruments dérivés et aux mesures permettant à l'administration fiscale de les prévenir.

* Chargé de cours à HEC-Liège.

** Professeur à l'E.S.S.F.

Section I – L’environnement économique

3. Les marchés monétaires et financiers belges ont subi de profondes mutations depuis l’année 1991,¹ notamment par la création de nouveaux marchés organisés sous l’égide de BELFOX (Belgian Futures and Options exchange). BELFOX est reconnue comme autorité de marché et comme organe de compensation.

Les produits opérés à ce jour par Belfox sont les suivants: financial futures à long terme (portant sur une obligation notionnelle adossée à certaines obligations d’Etat du gisement), financial futures à court terme (dont le sous-jacent est un dépôt à 3 mois au taux BIBOR), financial futures sur l’indice boursier BEL-20, options sur les actions de huit sociétés belges, options sur l’indice BEL-20, options sur financial futures et option USD/BEE Les instruments financiers dérivés négociés sur BELFOX sont standardisés en terme d’actif sous-jacent, taille des contrats, variations de valeur, règlement des positions, etc.

Par ailleurs, tous les instruments dérivés sont présents sur le marché bancaire de gré à gré. Les caractéristiques des instruments reflètent la liberté contractuelle des parties.

A l’exception des contraintes légales inhérentes à certains secteurs d’activité (respect des coefficients de solvabilité et de congruence pour les entreprises d’assurances, respect des contraintes des ratios Cooke pour les établissements de crédit, etc.), il n’y a pas d’obstacle légal pour un opérateur financier belge à l’utilisation de produits dérivés, libellés en francs belges ou en devises étrangères, en Belgique ou à l’étranger. Les marchés étrangers organisés d’instruments financiers dérivés (EOE, MATIF, LIFFE, MONEP, etc.) sont donc librement accessibles à tous les opérateurs belges. Ces derniers sont principalement les établissements de crédit, les sociétés de bourse, les centres de coordination (sociétés destinées à gérer de manière centralisée les activités financières d’un groupe international dans le cadre d’un régime fiscal favorable), les compagnies d’assurances et fonds de pensions ainsi que certaines entreprises industrielles et commerciales.

Section II – Règles applicables aux opérations financières réalisées en dehors de l’exercice d’une activité professionnelle

A. Taxation au titre de revenus mobiliers

Contribuables concernés

4. Sont concernés par le régime fiscal ci-après décrits:
- les contribuables soumis à l’impôt des personnes physiques qui ne réalisent

¹ Voir à ce sujet la loi du 4 décembre 1990, articles 67 à 74 et J03bis et arrêté royal du 10 avril 1991 relatif à la création et à l’organisation de BELFOX, les arrêtés royaux successifs modificatifs, ainsi que l’arrêté ministériel du 7 août 1991 approuvant le règlement de marché de la Bourse belge des futures et options et arrêtés ministériels successifs modificatifs.

pas leurs opérations financières dans le cadre d'une activité professionnelle;

- les contribuables soumis à l'impôt des personnes morales, c'est-à-dire notamment les associations sans but lucratif ainsi que les autres personnes morales qui ne poursuivent pas un but de lucre, tels que les fonds de pensions ainsi que les organismes paraétatiques de sécurité sociale;
- les contribuables non-résidents qui réalisent des opérations financières en Belgique sans l'intervention d'un établissement stable.

Taxation des seuls revenus mobiliers à l'exclusion des gains en capital

5. En ce qui concerne les contribuables susvisés, sous réserve de ce qui est dit au n° 10 ci-après concernant les revenus divers, les plus-values sont non taxables tandis que les moins-values sont non déductibles.

Seuls sont imposables les résultats qui ont la nature d'un revenu mobilier, c'est-à-dire d'un fruit périodique produit par un capital „engagé”, sans altération de la substance de ce capital.²

En ce cas, le revenu mobilier est soumis à la retenue d'un précompte mobilier de 13%³ à majorer, de trois centimes additionnels perçus à titre de contribution complémentaire de crise⁴, ce qui a pour effet de porter le taux effectif à 13,39%. Celui-ci constitue un impôt définitif pour les contribuables qui n'agissent pas dans le cadre d'une activité professionnelle.⁵

Absence de retenue du précompte mobilier

6. D'une façon générale, il semble indiscutable que les résultats provenant des instruments dérivés autres que les swaps n'ont pas la nature d'un revenu mobilier au sens ci-avant rappelé. Ils échappent dès lors à la retenue du précompte mobilier.⁶

En ce qui concerne les swaps, ni la jurisprudence ni l'administration ne se sont prononcées sur la question de savoir si les paiements réciproques générés par ces opérations constituent ou non des revenus mobiliers.

² Voyez en ce qui concerne la condition relative à la périodicité, Cassation 30 novembre 1950, Pasricrisie 1951, I, 191 et en ce qui concerne la nécessité d'un capital engagé, Cassation 3 novembre 1930, Pasricrisie I, 350.

³ Art. 269 du C.I.R. 1992. Le précompte mobilier est toutefois de 25% (à majorer 3 centimes additionnels, soit un taux effectif de 25,75%) sur les revenus d'actions émises avant le 1^{er} janvier 1994 ainsi que sur les autres revenus mobiliers lorsqu'ils sont payés en exécution de conventions conclues avant le 1^{er} mars 1990.

⁴ Art. 463bis du C.I.R. 1992.

⁵ Outre cet impôt les contribuables soumis à l'ILPP, peuvent être redevables d'une cotisation compensatoire sur revenus mobiliers importants (article 42 de la loi du 28 décembre 1983).

⁶ „Les nouveaux instruments financiers” par Bruno COLMANT et Astrid PIERON, Kluwer Editions Juridiques Belgique, p. 34; „Fiscalité des instruments financiers” par Marc BIHAIN et Françoise ROELS, CED, Samsom, p. 154.

Nous pensons que la réponse est clairement négative en ce qui concerne les swaps d'intérêt car les paiements qu'ils génèrent ne sont pas dus en contrepartie de la mise à disposition d'un capital. En l'absence d'un „capital engagé” il ne peut donc pas y avoir de revenus mobiliers. Au surplus, l'opération n'est pas conclue dans le but de produire des „fruits périodiques”, mais de couvrir le risque de taux, ou de spéculer sur ceux-ci.

La question est plus délicate en ce qui concerne les swaps de devises. Dans ce cas, les parties procèdent à un échange initial de devises suivi d'un échange à terme en sens inverse. On pourrait donc soutenir que l'on se trouve en présence d'une double opération de prêt et d'emprunt générant à la fois des intérêts débiteurs et des intérêts créditeurs ainsi que des plus ou moins-values de change.

Nous pensons toutefois que cette analyse ne correspondrait pas à la réalité juridique car l'opération peut être conclue de façon „notionnelle”, sans échange réel de sommes, avec un décompte faisant apparaître une différence de change constituant une plus-value de change pour une partie et une perte pour l'autre.

En tout état de cause, même en cas d'échange réel de sommes principales à la conclusion du contrat, les parties n'ont nullement l'intention de se consentir un financement réciproque mais de se couvrir contre un risque de change en sens inverse.⁷

Il s'agit donc, pensons-nous, d'une opération tout à fait „sui generis” et nullement d'un double prêt en sens contraire.

A notre connaissance, il n'existe à ce jour aucune tentative de l'administration fiscale visant à soutenir le contraire.

Le cas particulier des faux swaps

7. La différence de traitement fiscal entre les plus-values et les revenus a mené au développement de „produits” fiscaux spécifiques. Ainsi, par exemple, fut mise sur pied la possibilité de réaliser un dépôt en devise étrangère sur lequel un intérêt minimal était payé, combiné avec une option put permettant de vendre à la banque un montant de la même devise à un moment déterminé et à un cours convenu d'avance. Sur base des principes applicables en droit belge, la plus-value réalisée sur devises était exonérée d'impôt.

Le nouvel article 19, § 3 du C. I. R. 1992 vise à empêcher de telles constructions en prévoyant que „les produits résultant d'opérations consistant en la remise à quelque titre que ce soit par une partie d'une somme d'argent moyennant l'engagement de la contrepartie à l'opération de lui remettre à une date prédéterminée ou pendant une période convenue, une somme d'argent d'un montant supérieur convenu au départ” sont imposables comme revenus de dépôt d'argent.

Sous réserve des exemptions en faveur des non-résidents (voir ci-après n° 9), de tels produits sont donc soumis à la retenue du précompte mobilier.

⁷ Voyez dans le même sens Axel HAELTERMAN, conférence organisée par l'Association Belge des Banques le 10 mars 1994, p. 4; Françoise ROELS et Marc BIHAIN (*op.cit.*, p. 155) sont quant à eux plus réservés.

Le cas particulier des emprunts avec certificats d'options sur indices

8. La pratique a également vu se développer, ces dernières années, des formules d'emprunts sans intérêt ou à taux d'intérêt réduit auxquels sont attachés des warrants ou „certificats d'options" qui sont détachables et qui donnent droit, à l'échéance de l'emprunt, à un paiement dont le montant est fonction de l'évolution d'un indice boursier tel que le BEL-20.

Bien qu'étant négociable séparément du titre donnant droit au remboursement, un tel paiement est, selon nous, représentatif d'une prime de remboursement au sens de l'article 19 §2 du C.I.R. 1992, celui-ci s'appliquant à „toute somme payée ou attribuée en sus du prix d'émission" par l'émetteur.

A ce titre, le paiement effectué au porteur du certificat d'option doit être soumis à la retenue du précompte mobilier à charge de l'émetteur belge.⁸

Exemption du précompte mobilier en faveur des non-résidents et des organismes paraétatiques de sécurité sociale

9. Même lorsqu'on se trouve en présence d'opérations génératrices de revenus mobiliers, le droit interne belge prévoit des exemptions de retenue du précompte mobilier en faveur des non-résidents ainsi que des organismes paraétatiques de sécurité sociale.

Echappent notamment à la retenue du précompte mobilier en application de ces dispositions, les revenus de dépôt en banque (article 110 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992) ainsi que les revenus d'obligations belges (article 107, § 2, 5°, b de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992) recueillis par les non-résidents.

Il en va de même des revenus de créances et prêts non représentés par des titres au porteur qui sont alloués à des non-résidents notamment par l'Etat belge et par les établissements financiers (article 107, § 2,5°, b de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992).

Quant aux „organismes paraétatiques de sécurité sociale ou organismes y assimilés" ils sont exemptés de la retenue du précompte mobilier par l'article 107 § 2, 8°, b de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992 sur leurs revenus d'obligations belges.⁹

⁸ Le cas que nous envisageons ici est celui des warrants ou certificats d'options se traduisant par une prise en charge et non pas par une augmentation de capital par l'émetteur de l'obligation. En ce qui concerne le problème des obligations avec warrant permettant de souscrire à une augmentation de capital à des conditions anormalement attrayantes, voyez Marc BIHAIN et Françoise ROELS, *op.cit.*, pp. 67 à 70.

⁹ Pour la définition des organismes paraétatiques de sécurité sociale, voyez l'article 105,2° de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992. L'arrêté royal d'exécution prévoit également des exemptions de précompte mobilier en faveur des établissements financiers, mais il s'agit ici d'investisseurs professionnels pour qui le précompte mobilier n'est pas un impôt définitif.

B. Taxation au titre de revenus divers des opérations sortant du cadre de la gestion normale d'un portefeuille

10. Pour être complet, on observera que les bénéfices ou profits, quelle que soit leur qualification, qui résultent, même occasionnellement ou fortuitement, de prestations, opérations ou spéculations quelconques en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé consistant en biens immobiliers, valeurs de portefeuille et objets mobiliers, sont imposables en qualité de revenus divers (article 90, 1°, C.I.R. 1992).

Le taux de taxation de ces bénéfices ou profits est de 33% (article 171, 1°, a, du C.I.R. 1992) à majorer des centimes additionnels locaux (article 465 du C.I.R. 1992) ainsi que de trois centimes additionnels perçus au titre de contribution complémentaire de crise (article 463bis du C.I.R. 1992).

Dans des circonstances normales, les profits d'opérations de bourse réalisés par une personne privée sont considérés comme rentrant dans le cadre de la gestion normale du patrimoine privé. C'est à l'administration fiscale qu'incombe la charge de prouver que tel n'est pas le cas et qu'il doit au contraire être question de spéculation. Une telle situation est exceptionnelle.

En tout état de cause, cette taxation ne concerne pas les contribuables soumis à l'impôt des personnes morales.

Section III – Principes généraux applicables aux opérations financières réalisées dans le cadre d'une activité professionnelle

A. Considérations préliminaires

Contribuables concernés

11. D'une façon générale, les opérations financières rentrant dans le cadre d'une activité professionnelle peuvent être réalisées par des contribuables soumis à l'I.P.P. (Impôt des Personnes Physiques), à l'I.Soc. (Impôt des Sociétés) ou à l'I.N.R. (Impôt des Non-Résidents).

D'emblée, il faut toutefois souligner que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 décembre 1990 sur les opérations financières et les marchés financiers, l'activité d'agent de change doit être exercée en Belgique au sein d'une société de bourse. Depuis lors, il est exceptionnel que des personnes physiques réalisent des opérations financières dans le cadre d'une activité professionnelle.

Nous nous bornerons donc à examiner ci-après les règles applicables aux sociétés belges (contribuables soumis à l'I.Soc.) ainsi qu'aux non-résidents opérant en Belgique au travers d'un établissement stable (contribuables soumis à l'I.N.R./Soc.) étant entendu que, sous réserve des taux d'imposition et de ce qui est mentionné dans le chapitre sur les opérations internationales, les règles applicables aux établissements stables soumis à l'impôt des non-résidents sont identiques à

celles applicables aux contribuables soumis à l'impôt des sociétés (article 235, 2° du C.I.R. 1992).

Taux d'imposition

12. Pour les sociétés belges, le taux d'imposition est en principe de 39% (article 215 du C.I.R. 1992) auquel il convient d'appliquer la contribution complémentaire de crise correspondant à trois centimes additionnels, ce qui a pour effet de porter le taux effectif à 40,17%.

Il est en principe de 43% (44,29% avec les centimes additionnels) pour les contribuables soumis à l'I.N.R./Soc. (article 246 du C.I.R. 1992). Ce taux peut toutefois être ramené à 39% (40,17% avec les centimes additionnels) ou à un taux compris entre 43% et 39% (44,29% et 40,17% avec les centimes additionnels) en vertu d'une disposition de non discrimination contenue dans un traité préventif de la double imposition.

Primauté du droit comptable – dérogation à l'égard des résultats sur actions

13. D'une façon générale, en l'absence de dispositions fiscales spécifiques, la base imposable des sociétés belges ainsi que des établissements stables belges de non-résidents est déterminée au départ de leur résultat comptable, lequel englobe les résultats de leurs opérations financières.

A ce résultat comptable, il convient d'ajouter et de soustraire le résultat de certaines opérations.

Sont notamment à ajouter:

- les moins-values et réductions de valeur sur actions (article 198,7° du C.I.R. 1992);
- les impôts pris en charge (article 198, 1° du C.I.R. 1992);
- les charges qui n'ont pas été engagées en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables (article 49 du C.I.R. 1992);
- les charges qui ne correspondent pas à une dépréciation survenue pendant l'exercice (article 49 du C.I.R. 1992);
- les avantages anormaux ou bénévoles consentis à des sociétés interdépendantes (articles 26 et 54 du C.I.R. 1992).

Sont notamment à soustraire:

- les plus-values sur actions (article 192 du C.I.R. 1992);
- 95% des dividendes déductibles (aux conditions énoncées ci-après) au titre de Revenus Définitivement Taxés (article 202 et 203 du C.I.R. 1992).

A l'exception des plus-values et des moins-values sur actions qui sont respectivement immunisées (à 100%) et non déductibles ainsi que des dividendes qui sont déductibles au titre de revenus définitivement taxés (R.D.T.) à concurrence de 95%, les résultats des opérations financières font partie intégrante de la base imposable et sont à ce titre soumis à l'impôt au même taux que les autres revenus.

Depuis l'exercice d'imposition 1994, sauf lorsqu'ils sont recueillis par des éta-

BELGIUM

blissements de crédit, des entreprises d'assurances ou des sociétés de bourse, les dividendes ne sont plus déductibles au titre de R.D.T. que lorsqu'ils sont produits par une participation d'au moins 5% ou d'un prix d'au moins BEF 50 millions.

Il est important de relever à ce sujet qu'il existe une différence radicale de traitement fiscal entre les options et les actions: les plus-values et les moins-values sur options sont respectivement taxables et déductibles alors que les plus-values et les moins-values sur actions sont respectivement non taxables et non déductibles.

Absence de dispositions comptables et fiscales spécifiques

14. Compte tenu de l'absence de dispositions fiscales spécifiques aux instruments financiers dérivés, le régime applicable aux investisseurs qui agissent à titre professionnel est déterminé par le droit comptable.

A cet égard, il n'existe pas non plus, en Belgique, de cadre comptable complet pour la comptabilisation des instruments financiers dérivés utilisés par des entreprises.

Dans quelques cas, des textes réglementaires indiquent précisément les modalités comptables à suivre pour enregistrer comptablement certains instruments financiers dérivés. Dans la plupart des situations, il faut se référer à l'ensemble des principes comptables généraux belges établis dans la respect de la quatrième directive 78/660 (J.O.C.E., L. 222., 14 août 1978) du Conseil de la C.E.E. concernant les comptes annuels des sociétés.

Distinction entre les établissements financiers et les autres entreprises

15. Eu égard à l'état actuel de la réglementation comptable, il s'impose de faire une distinction entre les schémas d'enregistrement applicables, d'une part, au sein des entreprises industrielles et commerciales et, d'autre part, au sein des institutions de crédit auxquelles sont partiellement assimilées, pour les besoins de l'étude, les autres établissements financiers, les SICAV et fonds communs de placement et, le cas échéant, les centres de coordination. Les entreprises d'assurances ne disposent pas à ce jour d'une réglementation comptable spécifique en matière d'instruments financiers dérivés.¹⁰

B. Principes généraux applicables aux entreprises industrielles et commerciales

16. En l'absence d'une réglementation comptable complète pour les instruments financiers dérivés, il faut se référer, d'une part, aux principes comptables généraux repris dans l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels

¹⁰ Un arrêté royal en préparation prévoit des règles d'évaluation pour les entreprises d'assurance semblables à celles applicables aux établissements de crédit.

des entreprises et, d'autre part, aux avis parcellaires de la Commission des Normes Comptables.

Les principes comptables généraux

17. Les principes comptables généraux constituent un cadre de référence pour la comptabilisation des instruments financiers dérivés. Il s'agit des principes suivants:

- le principe de la continuité des opérations (articles 15 et 16 de l'AR. du 8 octobre 1976);
- le principe de rapprochement des produits et charges de l'exercice (article 19 de l'AR. du 8 octobre 1976). En matière financière, le principe de rattachement des intérêts courus non échus à la période concernée est appliqué;
- le principe de la non-compensation entre des avoirs et des dettes, entre des droits et des engagements et entre des charges et des produits (article 6 de l'AR. du 8 octobre 1976);
- le principe de prudence, en vertu duquel on doit comptabiliser les pertes éventuelles et risques prévisibles dès que ceux-ci sont connus (article 19 de l'AR. du 8 octobre 1976), alors que les produits ne peuvent en principe être comptabilisés que lorsqu'ils sont effectivement réalisés. Ce principe trouve son origine, entre autres, dans l'article 39 de la quatrième directive CEE qui ne prévoit que la règle d'évaluation du „lower of cost or market” pour les éléments de l'actif circulant, parmi lesquels les actifs financiers correspondant à des instruments financiers dérivés sont généralement comptabilisés;
- le principe de la permanence des méthodes comptables (article 10 de l'AR. du 8 octobre 1976).

Le principe dit de „la prééminence de la réalité économique sur l'apparence” (principe de „substance over form”) n'est consacré par aucun texte comptable légal ou réglementaire applicable en Belgique. En l'absence de dispositions spécifiques aux instruments financiers dérivés, son utilisation est cependant souvent invoquée pour qualifier les opérations de couverture.

Les recommandations de la commission des normes comptables

18. La Commission des Normes Comptables est une institution publique qui a entre autres pour mission de développer la doctrine comptable et de formuler les principes d'une comptabilité régulière, par la voie d'avis et de recommandations applicables aux entreprises industrielles et commerciales (article 14 de la loi du 17 juillet 1975).

Bien que n'ayant pas de force obligatoire, ces avis et recommandations constituent une source de droit comptable importante¹¹ au travers de laquelle la comptabilisation des instruments financiers dérivés est progressivement abordée.

¹¹ Avis 14/1 relatif à l'application de la loi du 17.07.75, bulletin 30 de la Commission des Normes Comptables, février 1993, p 13.

La Commission des Normes Comptables a publié un avis relatif à la comptabilisation des opérations, avoirs et engagements en devises¹² et deux avis relatifs à la comptabilisation des options sur actions.^{13 14}

Dans le cadre des avis précités, elle s'est prononcée sur quelques aspects généraux des instruments financiers dérivés, et plus spécialement sur les concepts de couverture affectée, de liquidité et de position fermée.

Les opérations de couverture affectée

19. Les opérations de couverture spécifique sont considérées comme des cas particuliers traités à titre d'exception, selon des critères stricts de qualification et d'enregistrement comptable.

En particulier, les critères de qualification d'une opération de couverture sont les suivants:¹⁵

- nature de l'élément couvert: l'opération de couverture doit avoir comme instrument sous-jacent des titres identiques à ceux en couverture desquels l'opération de couverture est connue;
- existence d'un risque réel: il doit exister une exposition de variation de prix portant sur l'élément (ou l'ensemble d'éléments) couverts (s);
- existence d'une corrélation entre les variations de valeur de l'élément couvert et celles de l'instrument de couverture;
- maintien de la corrélation pendant toute la durée de l'opération de couverture;
- identification dès l'origine de l'opération de couverture, en tant que telle.

Les opérations qui ne répondent pas à ces critères ne peuvent pas être qualifiées de couverture affectée.

De manière générale, le principe de la couverture des transactions futures („anticipatory hedge”) n'est pas rejeté par la Commission des Normes Comptables. Dans ce cas, le principe de prudence revêt une importance particulière pour la constatation de pertes latentes.

Parmi les opérations de couverture affectée, la Commission distingue:¹⁶

- les positions fermées ou couvertures parfaites, à savoir les opérations qui suppriment définitivement pour l'avenir tout risque et toute chance en relation avec l'évolution ultérieure de la valeur de marché du titre en cause;
- les opérations qui prémunissent l'entreprise contre les risques d'évolution défavorable du cours, tout en lui conservant tout ou partie des chances liées à une évolution favorable.

¹² Avis 152/1 du bulletin 20 de décembre 1987.

¹³ Avis 167/1 du bulletin 28 et 167/2 du bulletin 29 de novembre 1992.

¹⁴ La Commission des Normes Comptables a aussi émis un avis de portée très limitée sur la comptabilisation des stock acquis ou vendus à terme (Avis 132/4 du bulletin 22 de juin 1988).

¹⁵ Avis 167/2, bulletin 29 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, page 4.

¹⁶ Avis 167/2, bulletin 29 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, page 5.

La liquidité des instruments

20. L'existence d'un marché liquide et organisé est un élément essentiel dans l'évaluation d'un actif représentatif d'un instrument financier dérivé. A cet égard, la Commission des Normes Comptables considère un marché liquide et organisé si:¹⁷

- il y a soit un marché organisé, soit un marché de gré à gré fonctionnant régulièrement à l'intervention d'établissements financiers assurant des cotations permanentes dans des fourchettes acceptables;
- les instruments financiers peuvent être considérés comme réalisables à tout moment sans incidence significative sur les cours, compte tenu des volumes régulièrement traités.

Les positions fermées

21. La Commission des Normes Comptables s'est prononcée pour la reconnaissance comptable du résultat positif ou négatif d'une position fermée dès l'acquisition d'une couverture parfaite,¹⁸ c'est-à-dire d'une position résultant d'un ensemble de transactions liées (généralement de sens opposés) qui permettent de connaître le résultat net de la position et de ne plus être exposé au risque de fluctuation des cours.¹⁹

La position de la Commission des Normes Comptables paraît contestable lorsque le résultat d'une position fermée correspond à un différentiel d'intérêt qui serait enregistré en compte de résultats de manière échelonnée prorata temporis si les transactions correspondantes étaient comptabilisées séparément. C'est le cas, par exemple, de l'acquisition d'un actif simultanément couvert par la vente à terme de ce dernier. Dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance comptable d'un bénéfice ou d'une perte au moment de l'obtention d'une couverture parfaite revient à nier le fait que le coût du portage d'une opération à terme correspond à un différentiel de rendement financier qui s'acquiert prorata temporis. Dans ce cas précis, la position de la Commission des Normes Comptables s'oppose donc au principe de rapprochement des produits et charges.

C. Principe généraux applicables aux établissements de crédit

22. Les règles d'évaluation comptables applicables aux établissements de crédit en matière d'instruments financiers dérivés sont principalement reprises dans les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 23 septembre 1993 établi dans le res-

¹⁷ Avis 167/1, bulletin 28 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, page 7. La même définition est reprise dans l'article 35ter, § 2, al. 4 de l'arrêté royal du 23 septembre 1992 relatif aux comptes annuels des établissements de crédit.

¹⁸ Avis 167/2, bulletin 29 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, page 5.

¹⁹ Dossiers comptables et financiers, Francis Lefebvre, „Nouveaux instruments financiers”, Paris, 1990, p. 254.

pect de la directive 88/635/CEE du 8 décembre 1986. Ces règles d'évaluation comptable reconnaissent le principe de l'évaluation à la valeur de marché („mark-to market”) comme étant conforme à la réalité des marchés dans la détermination des bénéfices devant être considérés comme réalisés.²⁰

Les règles comptables applicables aux SICAV et fonds communs de placement sont abordées par l'arrêté royal du 18 mars 1994. Les dispositions de cet arrêté royal sont comparables, mutatis mutandis, à celles des établissements de crédit. De manière générale, les instruments financiers dérivés sont évalués selon la règle du „mark-to market”. La notion de couverture n'est cependant pas applicable aux SICAV et fonds communs de placement.

Section IV – Traitement comptable et fiscal des différents instruments financiers dérivés dans le chef des entreprises industrielles et commerciales

A. Les options

23. Le traitement comptable des options sur actions applicable aux entreprises industrielles et commerciales est organisé par les avis 167/1 (bulletin 28) et 167/2 (bulletin 29) de la Commission des Normes Comptables. Ces deux avis, qui abordent à titre principal les options sur actions traitées sur un marché liquide, sont applicables dans leurs principes, mutatis mutandis, aux autres types de placement, et notamment aux options sur devises et options sur indices.

Le traitement comptable des options sur actions doit être différencié, selon que ces dernières ont été acquises ou émises.

Traitement dans le chef du titulaire

Lors de l'acquisition

24. La question de savoir si la prime d'option doit être comptabilisée à l'actif du bilan ou si elle peut être prise en charge est controversée.

La Commission des Normes Comptables a répondu sans réserve qu'elle doit être comptabilisée à l'actif.²¹ Cet avis ne concerne toutefois que les options liquides.

Nous sommes d'avis que cette solution est parfaitement fondée lorsqu'on se trouve en présence d'une option liquide. Celle-ci constitue, en effet, un actif ayant

²⁰ Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 septembre 1992 spécifie qu'en ce qui concerne l'évaluation du portefeuille titres, l'application du principe du „lower of cost or market” peut introduire l'arbitraire et peut faire dépendre la reconnaissance des produits de considérations d'opportunité de résultats (Moniteur Belge, 6 octobre 1992, page 21378).

²¹ Avis 167/1, Bulletin de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, pp. 11 et 12; contra: J. Ghysbrecht, „Le traitement fiscal des options”, Revue Générale de Fiscalité, numéro 5, mai 1992, p. 156.

par hypothèse une valeur marchande. Elle est au demeurant imposée aux établissements de crédit par l'arrêté royal du 23 septembre 1992 relatif aux comptes annuels des établissements de crédit.²²

En revanche, en ce qui concerne les options non liquides, la comptabilisation à l'actif peut se révéler contraire au principe de prudence, surtout s'il s'agit d'une option acquise dans le cadre d'une opération de couverture.

Ainsi, si une société acquiert des actions pour 100 millions et se couvre contre le risque de dépréciation boursière en acquérant de gré à gré une option de vente non négociable dont la prime s'élève à 10 millions, celle-ci a pour objet d'assurer que l'investissement conservera sa valeur initiale de 100 millions à l'échéance de l'option.

En pareille hypothèse, il nous paraît que:

- ce serait surévaluer le bilan que de comptabiliser les deux postes à l'actif pour un total de 110 millions;
- le prix de l'option doit, en conséquence, pouvoir être pris en charge et cette prise en charge doit être admise fiscalement.

En tout état de cause, les frais accessoires d'acquisition peuvent être pris en charge immédiatement et donc être déduits d'un point de vue fiscal (article 29 § 3 de l'arrêté royal du 8 octobre 1976).

Pendant la durée de l'option

25. Pendant la durée de vie de l'option, le traitement comptable d'une option enregistrée à l'actif est différent selon qu'elle est considérée isolément ou qu'elle intervient dans le cadre d'une opération de couverture affectée.

- Options considérée isolément

Dans le cas de l'option considérée isolément, la valeur d'acquisition de cette dernière fait l'objet de réductions de valeur pour en ramener la valeur comptable à la valeur de réalisation. Par contre, aucune plus-value par rapport à la valeur d'acquisition ne peut être actée aussi longtemps que l'option n'est pas réalisée (articles 19 et 31 de l'AR. du 8 octobre 1976).

²² Les règles d'évaluation applicables aux établissements de crédits en matière d'options sur actions prévoient la comptabilisation à l'actif du bilan des primes des options acquises et la comptabilisation au passif du bilan des primes des options émises. Les variations de valeur des primes des options acquises et émises traitées sur un marché liquide sont imputées au compte de résultats. En l'absence de marché liquide, les plus-values latentes sont différées comptablement jusqu'au dénouement de la transaction. Dans le cas particulier des options sur actions qualifiées de couverture affectée, les résultats provenant de l'option sont imputés au compte de résultats de manière symétrique à l'imputation des variations de valeur de l'élément couvert (arrêté royal du 23 septembre 1992, article 35quater, § 2 et § 3).

– Options de couverture

Dans le cas d'une option intervenant dans le cadre d'une opération de couverture, la valeur temporelle et la valeur intrinsèque de l'option font l'objet d'un traitement comptable différencié.

La valeur temporelle de l'option acquise fait l'objet de réductions de valeur, basées sur sa valeur de marché, qui sont fiscalement déductibles.

Par ailleurs, les plus et moins-values sur l'opération couverte et sur l'opération de couverture sont compensées à concurrence de la variation de valeur intrinsèque de l'option lorsqu'il s'agit d'une couverture parfaite.

Dans l'hypothèse d'une couverture imparfaite, la moins-value et/ou la perte potentielle découlant de l'ensemble des opérations relatives à une même valeur font l'objet de réductions de valeur et de provisions à acter.

Les résultats constatés sur une option de couverture relative à un élément non repris au bilan („anticipatory hedge”) sont comptabilisés en compte de régularisation jusqu'au jour de réalisation de l'opération de couverture.

En cas de cession de l'option avant l'expiration de la période d'exercice, les plus et moins-values réalisées sont, après extourne des réductions de valeur qui auraient été actées, comptabilisées en résultats financiers se retrouvant comme tels dans la base imposable.

A l'échéance

26. En cas de non exercice à l'échéance, la valeur comptable de l'option est prise en charge au titre de moins-value sur actifs circulants. Celle-ci est déductible fiscalement.

En cas d'exercice, la Commission des Normes Comptables recommande la comptabilisation intégrée ci-après:

- le prix d'une option d'achat doit être ajouté au prix des actifs achetés pour déterminer le prix d'acquisition de ceux-ci;
- le prix d'une option de vente doit être déduit du prix de cession des actifs sous-jacents.²³

Elle prévoit aussi d'extourner les réductions de valeur préalablement comptabilisées sur les options d'achat mais pas sur les options de vente.²⁴

Lorsqu'il s'agit d'options sur actions, ces règles ont des effets fiscaux défavorables puisque, à concurrence du prix de l'option, elles ont pour effet de réduire la plus-value non taxable ou d'augmenter la moins-value non déductible sur les actions sous-jacentes.

On peut se demander si, en recommandant cette comptabilisation intégrée, la Commission des Normes Comptables ne méconnaît pas l'article 6 de l'AR. du 8

²³ Bulletin 28 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, pp. 15 et 16.

²⁴ Bulletin 28 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, page 15.

octobre 1976 sur les comptes annuels, qui interdit toute compensation entre les charges et les produits.²⁵

En tout état de cause, ces recommandations de la commission devraient inciter le titulaire d'une option d'achat à acheter les actions sous-jacentes dans le marché et à céder son option plutôt qu'à l'exercer lorsqu'elle a baissé de valeur.

En ce cas, en effet, la moins-value sur l'option est déductible fiscalement tandis que les actions achetées sont comptabilisées à leur prix d'acquisition et non pas au prix d'exercice majoré de la prime. Cela réduit à due concurrence la moins-value non déductible sur action.

Si, au contraire, l'option a augmenté de valeur, le titulaire a intérêt à l'exercer plutôt que de la vendre, de façon à réaliser une plus-value immunisée sur actions.²⁶

Traitement dans le chef de l'émetteur

27. Les engagements résultant des options émises sont enregistrés dans les comptes d'engagement „hors bilan”.

De l'avis de la Commission des Normes Comptables, elles ne peuvent pas constituer une opération de couverture contre le risque de fluctuation de l'actif sous-jacent.²⁷

D'un point de vue comptable, deux approches sont admises par la commission:

- ou bien la prime perçue est enregistrée immédiatement en compte de résultats et constitue un produit rattaché au résultat imposable de l'exercice. En ce cas, le risque de l'option, évalué sur base du cours de base de l'option, fait l'objet de provisions déductibles fiscalement;
- ou bien la prime perçue est considérée comme un produit différé. En ce cas, les risques de pertes dépassant le montant de la prime font l'objet de provisions. Ces provisions sont égales à la différence positive entre le cours de l'option à la date de la clôture comptable et le montant de la prime comptabilisée au passif du bilan.

D'un point de vue fiscal, les provisions ainsi constituées nous paraissent déductibles pour autant que les conditions prescrites par les articles 24 à 27 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992 soient remplies. Il importe peu à cet égard que l'option se rapporte à des actions car la provision porte sur l'engagement né de l'option et non pas sur les actions sous-jacentes.

Les effets favorables de cette déduction fiscale sont toutefois neutralisés par l'obligation (critiquable selon nous au regard de l'article 6 de l'arrêté royal du 8 octobre 1976) d'extourner la provision au dénouement de l'opération (voir ci-après).

²⁵ Voyez dans le même sens, J. KIRKPATRICK, „Convergence et divergences entre le droit comptable et le droit fiscal”, Conférence organisée par l'Université de Liège les 18 et 19 janvier 1994, pp. 22 et suivantes; contra: P. TERMOTTE, „Le régime fiscal des options”, Revue Générale de Fiscalité, février 1993, p. 41.

²⁶ P. TERMOTTE, „Le régime fiscal des options”, op.cit, février 1993, pp. 41 et 42.

²⁷ Avis 167/1, Bulletin 28 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992, p. 6.

L'application de l'une ou l'autre approche pour la comptabilisation des options émises entraîne un manque de symétrie par rapport au traitement comptable des options acquises. Cette distorsion comptable découle, entre autres, de l'interdiction d'appliquer la règle du „mark-to-market” aux actifs circulants (voir n° 17 supra). En particulier, les mouvements d'une option acquise vers une position „in-the-money” ne peuvent pas faire l'objet d'une reconnaissance comptable en compte de résultats dans le chef du titulaire, alors que la contrepartie de ces mouvements doit faire l'objet de provisions dans le chef de l'émetteur.

A l'échéance de l'option émise, les provisions constituées sont reprises et, dans la seconde approche, la prime perçue est enregistrée en compte de résultats.

Si l'option d'achat émise est exercée, l'émetteur qui n'est pas propriétaire des titres doit les acquérir sur le marché et réaliser une moins-value à concurrence de la différence entre leur prix d'acquisition et leur prix de vente en exécution de l'option d'achat.

Si l'option de vente émise est exercée, les titres acquis font l'objet de réductions de valeur à concurrence de l'excédent de leur valeur d'acquisition par rapport à leur valeur de marché.

Dans les deux cas, les moins-values et réductions de valeur actées sur les actions ne sont pas déductibles fiscalement alors que les primes encaissées sont taxables.

L'émetteur se trouve donc systématiquement dans une situation fiscale défavorable:

- en cas d'option d'achat en raison du fait que la prime (imposable) compense (partiellement) soit une plus-value (non imposable) sur des actions qu'il détenait en portefeuille, soit une moins-value (non déductible) sur les actions qu'il a dû acquérir sur le marché à un prix par hypothèse supérieur au prix d'exercice;
- en cas d'option de vente, en raison du fait que la prime (imposable) compense une réduction de valeur (non déductible) sur les actions qu'il a dû acquérir à un prix surévalué.

On regrettera que la Commission des Normes Comptables n'ait pas prévu ici la même règle de comptabilisation intégrée que celle qui a été prévue à l'égard du titulaire de l'option. L'intégration du prix de l'option dans le prix des actifs sous-jacents aurait, en effet, permis d'éviter les anomalies fiscales susvisées.

B. Les financial futures de taux d'intérêt et les forward rate agreements

28. Aucun texte légal ou réglementaire n'aborde la comptabilisation des financial futures (à savoir des contrats fermes de taux d'intérêt à terme cotés sur un marché organisé) ou des Forward Rates Agreements (ou F.R.A., à savoir des contrats fermes de taux d'intérêt à terme négociés de gré à gré) pour les entreprises industrielles et commerciales.

Eu égard aux similitudes existant entre ces deux instruments dérivés le traitement comptable des financial futures et des F.R.A. est relativement similaire, à l'exception de la conséquence comptable de la procédure de l'appel de marge

quotidien („daily settlement”) pour les financial futures. Cette procédure quotidienne transforme, en effet, tout résultat constaté sur un financial futures en un résultat réalisé.

Le montant notionnel du contrat est de préférence enregistré dans les comptes de droits et engagements hors bilan. Sur base des principes comptables généraux, cette inscription est requise pour les contrats de financial futures, puisque ces derniers peuvent éventuellement se dénouer par une livraison physique.

La comptabilisation des financial futures et des F.R.A. répond à une logique différente selon que ces derniers interviennent dans le cadre d'opérations isolées ou de couverture affectée.

Dans le cas d'opérations isolées, la comptabilisation des financial futures reflète leur particularité d'être soumis à la procédure du „daily settlement”. Les variations de valeur des contrats sont donc enregistrées en compte de résultats de manière parallèle aux appels de marges débiteurs et créditeurs. En application du principe de prudence, certaines entreprises industrielles et commerciales préfèrent cependant reporter la reconnaissance comptable des bénéfices sur financial futures, nets des éventuelles provisions constituées, jusqu'au dénouement ou à la cession des contrats.

Eu égard à ses caractéristiques, le F.R.A. est généralement considéré comme un instrument de gré à gré dans le cas d'opérations isolées. Les pertes latentes constatées pendant la période d'attente („waiting period”) du F.R.A. font l'objet d'une provision qui est fiscalement déductible. Les gains latents, après reprise des éventuelles provisions, ne sont pas comptabilisés avant la date d'échéance. Les pertes et gains réalisés à l'échéance du contrat de F.R.A. considéré isolément ne sont donc pas étalés dans le temps sur la période de garantie du F.R.A. („guarantee period”).

Dans le cas d'opérations de couverture de transactions futures („anticipatory hedge”), les pertes et gains constatés sur les contrats de financial futures et de F.R.A. sont différés jusqu'à la réalisation de la transaction future. A partir de cette date, les pertes et gains réalisés sont rapportés au compte de résultats sur la durée de vie de l'élément couvert (qui correspond généralement, dans le cas de contrats de F.R.A., à la période de garantie de ces derniers). Eu égard aux caractéristiques de l'instrument sous-jacent, la reconnaissance en compte de résultats des pertes et gains réalisés est généralement réalisée de manière actuarielle pour les financial futures et linéaire pour les contrats de F.R.A.

Dans le cas d'opérations de couverture d'actifs et passifs existants mis en oeuvre par les financial futures, les pertes et gains constatés sur les contrats sont enregistrés comptablement de manière symétrique à la reconnaissance des variations de valeur de l'élément couvert.²⁸

²⁸

A titre de comparaison, les règles d'évaluation applicables aux établissements de crédit prévoient la reconnaissance en compte de résultats des variations de valeur des contrats à terme de taux d'intérêt traités sur un marché liquide. Les gains non réalisés correspondant à des opérations traitées sur un marché non liquide sont différés. Dans le cas particulier des contrats à terme de taux d'intérêt qualifiés de couverture affectée, les différents résultats de la variation de valeur des contrats sont imputés au compte de résultats de manière symétrique à l'imputation des variations de valeur de l'élément couvert (arrêté royal du 23 septembre 1992, article 36bis, § 2 et § 3).

Dans le cas particulier de l'achat de contrats de financial futures en couverture de l'achat de titres à revenu fixe destinés à être conservés dans une perspective de placement à long terme, il est de pratique courante que les pertes ou les gains réalisés sur les contrats de financial futures soient, selon le cas, ajoutés ou soustraits du prix d'acquisition des titres à revenu fixe et comptabilisés en compte de résultats au travers d'une modification du taux de rendement actuariel de ces derniers. Cette méthode permet de comptabiliser le solde du compte ayant enregistré les variations de valeur de l'instrument de couverture de manière symétrique aux produits et charges du titre couvert. On peut toutefois se demander si elle est conforme aux principes comptables généraux, et plus précisément au principe de non-compensation.

C. Les swaps

29. Le traitement comptable des swaps ne fait pas l'objet de dispositions légales et réglementaires spécifiques pour les entreprises industrielles et commerciales. Les règles d'évaluation applicables doivent donc être appliquées en correspondance avec les dispositions réglementaires relatives, entre autres, à la comptabilisation des titres à revenu fixe et à l'enregistrement des opérations en devises.

Les swaps de taux d'intérêt

30. Les swaps de taux d'intérêt font l'objet d'une inscription dans les comptes de droits et engagements hors bilan.

Pendant la durée du contrat, les intérêts payés et reçus sont enregistrés en charges et produits financiers pendant la période à laquelle ils sont relatifs. En application du principe de non compensation, les intérêts payés et reçus ne sont pas compensés, sauf si l'opération se solde par le paiement d'un différentiel d'intérêts.

D'un point de vue comptable, les swaps de taux d'intérêt sont assimilés à des opérations classiques de prêts et d'emprunts destinés à transformer la nature des charges et produits d'un emprunt ou d'un prêt existant. En conséquence, les variations de valeur du contrat (découlant de l'actualisation des différentiels d'intérêts futurs à payer ou à recevoir) ne sont pas prises en compte, sauf si le swap est assimilé à une opération isolée, auquel cas les pertes latentes sont constatées et font l'objet d'une provision.

Ce traitement comptable ne doit toutefois pas remettre en cause notre conclusion selon laquelle les résultats sur swaps ne sont pas des revenus mobiliers au sens fiscal du terme (voir ci-avant le n° 6). Il arrive, en effet, que le droit comptable s'écarte des principes juridiques et fiscaux applicables à la matière des revenus mobiliers. Il suffit, pour s'en convaincre, de relever que l'article 27bis, § 3 de l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises traite comme un intérêt à prendre en résultats prorata temporis la différence entre la valeur d'acquisition et la valeur de remboursement d'un titre à revenu fixe périodi-

que. Or, ce résultat a la nature d'une plus- ou moins-value et non pas d'un intérêt au sens de l'article 19, § 1^{er}, 1^o du C.I.R. 1992.

Dans l'hypothèse d'une clôture anticipée ou d'un retournement du swap, la perte ou le gain matérialisé par le versement d'une soulte est comptabilisé dans le compte de résultats de l'exercice de la clôture ou du retournement du swap. Dans le cas particulier de swaps adossés à des opérations de prêt ou d'emprunt, la soulte peut être comptabilisée en compte de résultats de manière linéaire sur la durée de vie des éléments couverts.

Les opérations de change à terme

31. Le traitement comptable des opérations de change à terme est spécifiquement abordé par la Commission des Normes Comptables.²⁹

Les opérations de change à terme isolées sont enregistrées sur base d'un traitement comptable distinct pour les deux composantes du cours à terme, à savoir, d'une part, le cours au comptant et, d'autre part, le report ou le déport.

Pendant la durée de la transaction, les devises à recevoir et à livrer sont réestimées et donnent lieu à des écarts de conversion négatifs ou positifs. Les écarts de conversion négatifs font l'objet de provisions tandis que les écarts de conversion positifs sont différés. Dans le cadre d'un régime dérogatoire, la Commission des Normes Comptables admet cependant, moyennant certaines conditions, l'enregistrement en compte de résultats des écarts de conversion positifs.³⁰

En application du principe de prudence, la Commission des Normes Comptables recommande de déterminer les écarts de conversion devise par devise, et non séparément par avoir et engagement.³¹ Cette position est contestable car elle oblige à exprimer des plus-values non réalisées et aboutit à créer une compensation implicite entre ces plus-values et des moins-values non réalisées.³²

Les opérations de change à terme correspondant à des couvertures affectées d'éléments bilantaires existants se concrétisent par la conversion définitive au taux de change à terme des éléments bilantaires couverts.³³

²⁹ Avis 152/1, bulletin 20 de la Commission des Normes Comptables, décembre 1987, pp. 19 et suivantes.

³⁰ Avis 152/1, bulletin 20 de la Commission des Normes Comptables, décembre 1987, pp. 37 et 38.

³¹ Avis 152/1, bulletin 20 de la Commission des Normes Comptables, décembre 1987, page 34.

³² Voyez dans le même sens, Marc DASSESE, Rapport au Congrès de l'I.F.A. de 1986, Cahier II, p. 232.

³³ A titre de comparaison, les opérations de change à terme mises en oeuvre par des établissements de crédit sont évaluées au cours du change à terme correspondant au terme restant à courir des opérations. Les gains et pertes non réalisés sont imputés au compte de résultats, sauf s'il n'existe pas de marché liquide pour une monnaie, auquel cas les gains non réalisés sont différés jusqu'au dénouement de l'opération (arrêté royal du 23 septembre 1993, article 36, § 2 et § 3).

Les swaps de devises

32. Les swaps de devises correspondent généralement à une opération de change d'un capital au comptant complétée par une opération de change à terme de sens opposé. L'opération de change à terme est enregistrée dans les comptes d'engagement hors bilan.

Le traitement comptable des swaps de devises est identique, dans ses principes, à celui des swaps de taux d'intérêt. La différence principale provient du fait que les swaps de devises créent une position de change pour l'entreprise.

En application des recommandations de la Commission des Normes Comptables, les écarts de conversion négatifs constatés sur les montants nominaux sont comptabilisés en compte de résultats tandis que les écarts de conversion positifs sont différés. Dans le cadre du régime dérogatoire dont question au n° 31 ci-avant, les écarts de conversion positifs et négatifs peuvent, moyennant certaines conditions, être enregistrés en compte de résultats.

Section V – Traitement comptable et fiscal des différents instruments financiers dérivés dans le chef des établissements de crédit

33. Les instruments financiers dérivés sont évalués sur base de la valeur du marché (application de la règle „mark-to-market”) pour autant que le marché soit suffisamment liquide. A défaut de marché liquide, seules les pertes latentes sont comptabilisées en compte de résultats, les bénéfices latents ne pouvant être constatés dans le résultat des exercices antérieurs à la date du dénouement.

Les variations de valeur des instruments financiers dérivés utilisés dans un but de couverture sont imputés au compte de résultats de manière symétrique à l'imputation des variations de valeur de l'élément couvert.

Bien que la définition des conditions d'une couverture diffère selon la nature de l'instrument financier dérivé de couverture, les exigences générales d'une couverture sont les suivantes:

- l'élément couvert doit exposer à un risque de variation de prix;
- l'instrument financier dérivé doit être qualifié comme couverture affectée dès l'origine;
- la corrélation entre l'élément couvert et l'opération de couverture doit être étroite;
- l'instrument de couverture ou l'élément couvert doit être traité sur un marché liquide.

Des règles spécifiques sont prévues pour les opérations bancaires particulières telles que „cash-and-carry”, „reverse cash-and-carry”, „repurchase agreements”, ventes à réméré.

Section VI – Les transactions internationales

A. Observations préliminaires

34. A ce jour, aucune convention préventive de la double imposition signée par la Belgique ne traite spécifiquement du régime fiscal applicable aux instruments financiers dérivés.

Sur base des principes généraux applicables à cette matière:

- c'est l'Etat de la source qui détermine la nature des flux financiers générés par les instruments financiers;
- le champ d'application de l'impôt belge s'étend aux revenus qui trouvent leur source en Belgique ainsi qu'au revenu mondial des résidents belges.

B. Revenus d'origine belge recueillis par un non résident

35. Du point de vue belge, qu'il y ait ou non convention préventive de double imposition, les résultats d'opérations financières réalisées en Belgique par un non résident ne sont imposables en Belgique que s'ils ont la nature d'un revenu mobilier ou s'ils sont produits à l'intervention d'un établissement belge.

Résultats réalisés sans l'intervention d'un établissement stable belge

36. D'une façon générale, les gains en capital réalisés en Belgique par un non-résident sans l'intervention d'un établissement stable belge ne sont pas imposables. Seuls les résultats ayant la nature d'un revenu mobilier sont imposables (article 228, § 2, 2°, C.I.R. 1992).

Nous avons vu ci-avant que ce n'est qu'exceptionnellement que cette condition est remplie en ce qui concerne les instruments dérivés.

Lorsque tel est le cas, l'impôt belge correspond en principe au précompte mobilier de 13,39%, ce taux étant susceptible d'être réduit en application des conventions internationales préventives de la double imposition.

Toutefois, le droit interne belge prévoit de nombreuses exemptions du précompte mobilier en faveur des non-résidents. Celles-ci ont été évoquées au n° 9 ci-avant.

Résultats réalisés à l'intervention d'une filiale belge

37. Outre l'impôt des sociétés, les résultats réalisés par la filiale belge d'un non-résident sont assujettis au précompte mobilier de 25,75% ou de 13,39%³⁴ lorsqu'ils sont répartis sous forme de dividende.

Indépendamment des réductions prévues par les conventions internationales,

³⁴ Article 269 du C.I.R. 1992 tel que modifié par la loi du 30 mars 1994.

les dividendes d'origine belge sont exemptés du précompte mobilier lorsqu'ils sont alloués, dans certaines conditions à une société mère qui est installée dans un pays de l'Union Européenne (article 106, § 5 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992).

Il en va de même lorsque le bénéficiaire est identifié comme étant un épargnant non-résident qui ne se livre pas à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif et qui est exempté de tout impôt sur les revenus dans le pays dont il est résident (essentiellement les fonds de pensions non résidents) (article 106, § 2 de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. 1992).

Résultats réalisés à l'intervention d'une succursale belge

38. Les entreprises étrangères qui disposent d'une succursale en Belgique doivent tenir une comptabilité distincte pour cette succursale (article 1^{er}, 2^{ème} al. de la loi du 17 juillet 1975).

Le bénéfice imposable sera, en principe, celui qui ressort de cette comptabilité, tout comme si la succursale constituait une filiale de droit belge de la société étrangère (article 235, 2^o du C.I.R. 1992).

Il en résulte que les gains ou pertes qui trouvent leur origine dans des opérations sur instruments dérivés effectuées par la succursale doivent être imputés sur les résultats imposables de cette dernière.

Différences entre le régime des filiales et celui des succursales belges d'une société étrangère

39. L'absence de personnalité juridique distincte de la société étrangère pose toutefois un problème particulier dans les relations entre la succursale et la société.

Ainsi, ni les intérêts ni les redevances payés par la succursale belge à la société étrangère ne sont déductibles du bénéfice imposable de la succursale,³⁵ une exception étant toutefois prévue par les commentaires administratifs en ce qui concerne les intérêts payés par les succursales belges de banque étrangère.³⁶

Pour la même raison, la différence de change résultant de la dépréciation du franc belge par rapport à la monnaie étrangère dans laquelle est libellée la créance de la société étrangère ne peut influencer que les comptes de cette dernière et non pas les résultats des opérations traitées en Belgique.³⁷

Il est vraisemblable que l'administration fiscale appliquerait le même raisonne-

³⁵ Voyez en ce qui concerne la critique de ce refus et les risques de double taxation qu'il implique, le rapport présenté par Mr J.P. NEMERY de BELLEVAUX au Congrès de l'I.F.A de 1979, Cahier II, p. 183 et suiv.

³⁶ Commentaire général des conventions internationales n° 7/312 et 313.

³⁷ Appel Bruxelles, 5 mai 1937, Journal Pratique de Droit Fiscal, 1938, p. 13; Rapport présenté par le Professeur Marc DASSESSE au Congrès de l'I.F.A de 1986, Cahier II, p. 238.

ment aux pertes qui seraient actées par les succursales belges en raison d'opérations de couverture conclues en direct avec la société étrangère.

Parmi les autres différences entre le régime applicable à une succursale par rapport à une filiale on relevera essentiellement les deux points suivants:

- sur base de l'article 282 du C.I.R. 1992, l'établissement stable n'est pas autorisé à récupérer le précompte mobilier afférent aux dividendes générés par les participations investies dans l'établissement stable.³⁸
- enfin le taux de taxation d'une succursale est en principe de 43% (au lieu de 39% pour une société belge) mais il est ramené à 39% ou à 42,05% par certaines conventions internationales.³⁹

C. Revenus d'origine étrangère recueillis par un résident belge

Taxation du bénéfice mondial – Absence de consolidation fiscale

40. Sous réserve des exceptions dont question ci-après, le droit fiscal belge taxe les résidents belges sur leur revenu mondial.

Par ailleurs, la Belgique ne permet pas la consolidation fiscale des résultats des groupes de sociétés.

Revenus réalisés en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle

41. Les revenus mobiliers d'origine étrangère recueillis par une personne physique à titre privé ou par un contribuable soumis à l'impôt des personnes morales sont imposables en Belgique (au précompte libératoire ou à une taxation distincte à l'I.P.P. à un taux correspondant à celui du précompte mobilier), sans aucun tempérament à la double imposition.

Par ailleurs, les revenus d'opérations spéculatives peuvent être taxés au titre de revenus divers dans le chef des contribuables soumis à l'I. P. P. (voir ci-avant n° 10).

Revenus réalisés à titre professionnel sans l'intervention d'un établissement stable

42. Lorsqu'il s'agit de revenus réalisés à titre professionnel sans l'intervention d'un établissement stable, le droit interne belge prévoit les tempéraments ci-après à la double imposition:

- les intérêts d'origine étrangère donnent droit à l'imputation d'une quotité

³⁸ Pour une critique de ce refus, voyez „Le nouveau régime fiscal des dividendes et résultats sur actions dans le chef des sociétés”, par Guy KLEYNEN, Revue Générale de Fiscalité, 1992, n° 33 à 35, p. 45.

³⁹ Ces taux sont à majorer des trois centimes additionnels perçus au titre de contribution complémentaire de crise.

forfaitaire d'impôt étranger (Q.F.I.E.) lorsqu'ils ont été imposés à l'étranger.⁴⁰ Compte tenu des observations formulées ci-avant sub 6, ce ne sera qu'à titre exceptionnel que les résultats sur des opérations en instruments financiers dérivés présenteront la nature d'un intérêt susceptible de donner lieu à imputation d'une Q.F.I.E.;

- les dividendes d'origine étrangère sont déductibles au titre de R.D.T. uniquement lorsqu'ils sont encaissés par un contribuable soumis à l'I.Soc. et lorsqu'ils sont produits par une participation d'au moins 5% ou d'un prix d'acquisition d'au moins BEF 50 millions, cette condition de participation minimum ne s'appliquant toutefois pas aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurances et aux sociétés de bourse. En dehors de cette situation, ils sont pleinement imposables;
- les revenus professionnels purs sont soumis à l'impôt des personnes physiques à un taux réduit de moitié (article 156, 2° du C.I.R. 1992) ou à l'impôt des sociétés à un taux réduit au quart (article 217 du C.I.R. 1992).

Revenus réalisés à l'intervention d'un établissement stable étranger

43. – les revenus de l'établissement stable étranger d'un résident de la Belgique sont imposables en Belgique selon le régime dont question au n° 42 dernier tiret ci-avant, lorsque l'établissement est situé dans un pays n'ayant pas conclu de convention préventive de la double imposition avec la Belgique.

- les revenus recueillis en provenance d'un établissement stable étranger situé dans un pays ayant conclu une convention avec la Belgique sont exonérés d'impôt en Belgique aux conditions suivantes:
 - l'exonération est totale lorsque le bénéficiaire belge est soumis à l'I.Soc. en Belgique,
 - elle est soumise à la réserve de progressivité de l'article 155 du C.I.R. 1992 lorsque le bénéficiaire est soumis à l'I.P.P.

Différences entre le régime de la succursale et celui de la filiale dans le chef d'une société belge

44. Le régime dont question au n° 43 ci-avant (immunisation à 100% ou taxation à un taux ramené au quart, selon qu'il y a ou non une convention préventive de la double imposition) est à comparer à celui de la déduction au titre de revenus définitivement taxés, à concurrence de 95%, des dividendes distribués par une filiale étrangère d'une société belge (qu'il y ait ou non une convention préventive de double imposition).

⁴⁰ Le mécanisme de la Q.F.I.E. a été modifié à diverses reprises ces dernières années. Aujourd'hui seule une fraction de l'impôt étranger (celui-ci étant en tout état de cause plafonné à 15%) reste imputable (article 287 du C.I.R. 1992) au prorata de la période de détention des actifs productifs (article 288 du C.I.R. 1992).

Parmi les autres différences entre le régime des filiales et celui des succursales, on relevera essentiellement que:

- les résultats d'une filiale ne sont pris en compte dans le chef de la société mère qu'au moment où ils sont rapatriés sous forme de dividendes, ceux-ci étant au demeurant susceptibles d'être soumis à une retenue à la source (non imputable en Belgique) lorsque la filiale est située en dehors de l'Union Européenne;
- les pertes réalisées par une succursale sont directement déductibles des résultats de la société belge⁴¹ tandis que les réductions de valeur actées sur la participation dans une filiale sont non déductibles;⁴²
- pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-avant sub 39, les opérations sur instruments dérivés entre la société belge et sa succursale étrangère risquent de donner lieu à une double imposition alors que, dans les relations entre une société belge et sa filiale étrangère, ce risque n'existe que dans l'hypothèse où il s'agit d'une opération anormale (voir ci-après le n° 49).

Section VII – Règles préventives de l'évasion fiscale

45. Sous réserve de l'article 19, § 3 C.I.R. 1992 dont question au n° 7 ci-avant, le droit fiscal belge ne comporte pas de mesures spécifiques visant à éviter l'évasion fiscale en matière de produits dérivés.

C'est donc par le canal du droit commun que l'administration fiscale doit réagir face aux montages visant à utiliser les produits dérivés pour réduire la base imposable.

A. Intervention de la commission des normes comptables

46. Dans cette optique, la Commission des Normes Comptables est venue au secours de l'administration fiscale pour contrer les manoeuvres visant, dans le chef des sociétés, à diminuer la base imposable par des combinaisons axées sur la comptabilisation de moins-values (déductibles) sur options et de plus-values (non taxables) sur actions.

Une circulaire administrative du 27 septembre 1993⁴³ donne l'exemple suivant:

Une société qui clôture ses comptes au 31 décembre achète, en décembre 1992, une option d'achat („call”) et une option de vente („put”), portant toutes deux sur 100 actions d'une même société X et venant toutes deux à échéance le 15 janvier 1993, mais avec des prix d'exercice différents:

⁴¹ Cfr. J.P. NEMERY de BELLEVAUX, rapport cité, p. 184 sp.

⁴² Article 198, 7° du C.I.R. 1992.

⁴³ Bulletin des Contributions, 1993, p. 3037.

- *option call*:
Prime d'option: 17.000 F
Prix d'exercice 2.470 F: par action, soit 247.000 F;
- *option put*:
Prime d'option: 9.500 F
Prix d'exercice: 2.660 F par action, soit 266.000 F;

A l'échéance des deux options, la société les exerce l'une et l'autre.

Elle comptabilise:

- en 1992, à titre de frais professionnels, le total des primes des options:
 $17.000 \text{ F} + 9.500 \text{ F} = 26.500 \text{ F}$;
- en 1993, une plus-value sur actions de:
 $266.000 \text{ F} - 247.000 \text{ F} = 19.000 \text{ F}$.

Bien que, dans l'ensemble, ces opérations engendrent une perte globale (26.500 F - 19.000 F = 7.500 F), elles deviennent avantageuses après impôt, si les charges comptabilisées sont admises à titre de frais professionnels.⁴⁴

Pour combattre ces combinaisons, la circulaire se fonde principalement sur l'avis de la Commission des Normes Comptables relatif à la comptabilisation des options.⁴⁵ Cet avis considère que les options d'achat et les options de vente dont bénéficie l'entreprise doivent être portées sous la rubrique „placements de trésorerie”, à leur valeur d'acquisition. Sur base de cet avis de la Commission des Normes Comptables, l'Administration refuse la déduction, au titre de frais professionnels, des primes d'option (26.500 F) payées en 1992, car celles-ci auraient du être comptabilisées comme éléments d'actif.

Cet avis de la Commission des Normes Comptables nous paraît parfaitement fondé mais il ne s'arrête pas là: il ajoute les règles de comptabilisation intégrées que nous avons critiquées au n° 26 ci-avant.

B. Caractère non professionnel de certaines dépenses

47. La circulaire administrative se retranche également derrière l'article 44 du C.I.R. (devenu l'article 49 du C.I.R. 1992) qui prévoit que des frais n'ont un caractère professionnel que s'ils ont été faits ou supportés en vue d'acquiescer ou de conserver des revenus imposables, ce qui excluerait la déductibilité des frais exclusivement exposés en vue de payer moins d'impôt.

C. Mesure générale anti-évasion

48. Par ailleurs, la loi du 28 juillet 1993 a introduit dans le droit fiscal belge une mesure générale visant à éviter l'évasion fiscale.

⁴⁴ Circulaire précitée, n° 41, Bulletin des Contributions, 1993, p. 3055 et 3056; voyez aussi à ce sujet, J. KIRKPATRICK, op. cit. au renvoi 25.

⁴⁵ Avis n° 167/1 du Bulletin 28 de la Commission des Normes Comptables, novembre 1992.

Il s'agit de l'article 344, § 1^{er} du Code qui permet à l'administration de disqualifier „les actes isolés ainsi que les actes distincts réalisant une même opération, lorsque l'administration constate ... que cette qualification a pour but d'éviter l'impôt, à moins que le contribuable ne prouve que cette qualification répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique”.

Selon Thierry AFSCHRIJFT,⁴⁶ cette disposition pourrait s'appliquer dans le cas où une société acquiert en fin d'exercice une option call sur devises et revend à terme la même quantité de devises dans le but de prendre en charge le prix de l'option, au cours du premier exercice, et de réaliser un bénéfice sur devises au cours du second.

Il en irait de même dans le cas où une société acquiert des actions sur le marché ainsi qu'une option put pour un prix dépassant le prix d'achat tout en émettant une option call pour le même prix et la même échéance, le but étant ici de réaliser une plus-value non taxable sur actions après avoir pris en charge la différence entre le prix d'acquisition de l'option put et le prix d'émission de l'option call.

Selon cet auteur, l'article 344 § 1^{er} du C.I.R. 1992 permettrait à l'administration de considérer les opérations incriminées comme „inexistantes”.

Nous pensons que cette analyse n'est pas fondée car l'article 344 se borne à rendre inopposable la qualification et non pas l'acte lui-même.

Cela implique de restituer à l'acte sa véritable qualification et nullement de le considérer comme inexistant.

Dans l'état actuel de la législation, ce n'est qu'en établissant, conformément au droit commun, le caractère simulé des actes que l'administration fiscale peut conclure à leur inexistance.

D. Sociétés interdépendantes ou bénéficiant d'un régime exorbitant du droit commun

49. Observons enfin qu'il existe en droit fiscal belge un arsenal de mesures spécifiques visant à éviter les transferts de matières imposables vers des sociétés interdépendantes ou des sociétés bénéficiant d'un régime exorbitant du droit commun.

Il s'agit essentiellement des dispositions suivantes:

- l'article 26 du C.I.R. 1992 sur la non déductibilité des avantages anormaux ou bénévoles consentis à une société non résidente interdépendante ou à un contribuable non résident soumis à un régime fiscal notablement plus avantageux;
- l'article 54 du C.I.R. 1992 sur la non déductibilité des intérêts, redevances ou rémunérations de prestations ou de services, lorsqu'ils sont payés ou attribués directement ou indirectement à un contribuable qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi, y est soumis à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ces revenus sont soumis en Belgique;

⁴⁶ „L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique”, Larcier 1994, pp. 280 à 289.

- l'article 55 du C.I.R. 1992 sur la non déductibilité des intérêts qui excèdent le taux du marché;
- l'article 79 du C.I.R. 1992 sur la non déductibilité des pertes professionnelles de la partie des bénéfices ou profits qui provient d'avantages anormaux ou bénévoles que le contribuable a retirés d'une entreprise à l'égard de laquelle il se trouve directement ou indirectement dans des liens d'interdépendance;
- l'article 203 du C.I.R. 1992 sur la non déductibilité, au titre de revenus définitivement taxés, des dividendes distribués par des sociétés étrangères lorsqu'ils proviennent de bénéfices n'ayant pas été taxés en amont;
- l'article 344 § 2 du C.I.R. 1992 sur l'inopposabilité à l'administration fiscale des cessions d'actifs à des non résidents situés dans un pays qui soumet à un régime de taxation notablement plus avantageux qu'en Belgique les revenus produits par les biens transférés.

Summary

Except for special accounting rules applying to financial institutions and investment companies – and this is only partial regulation – there are no legal provisions for the recognition of derivative financial instruments in industrial and commercial undertakings.

Fiscally the principle applies of the primacy of accounting law over tax law; the latter contains to all intents and purposes no specific provision on DFIs.

When determining the tax and accounting rules which apply to currency transactions and share options, one must use general accounting principles and the piecemeal opinions of the Committee on Accounting Standards (Commission des Normes Comptables).

In Belgium the general principles which apply are historic cost applies, prudence and earnings on sales within the terms of the Fourth Directive EEC (78/660/EEC).

Application of these principles means there is a general prohibition on booking the results of unrealised capital gains from DFIs. In particular the mark-to-market method is incompatible with Belgian legal and accounting provisions, except for certain items on the balance sheet of financial institutions.

In the absence of specific accounting rules, the criteria for recognition of DFIs in industrial and commercial undertakings are:

- the nature of the underlying asset;
- whether the DFI is firm or conditional. Option premiums acquired on the (liquid) cash market are recognised. Unrealised capital losses are recorded in the accounts whilst non-realised capital gains are deferred;
- the nature of the operation: a distinction is made between hedging operations and isolated operations. Hedging operations are recorded so as to book symmetrically the variations in value of the derived financial instrument and those of the hedge instrument. For isolated operations, unrealised capital losses are recorded in the results whilst capital gains are deferred;
- market liquidity; it is not recommended to recognise unrealised positive results from transactions on markets of little or no liquidity.

Results of hedging operations where the result is known from when they are executed can be recognised in the accounts as of the establishment of the hedge.

For financial institutions, DFIs used for hedging are recorded symmetrically for the hedge element. Unrealised results of isolated operations are shown in the accounts (the mark-to-market rule applies), unless the derivatives are not very liquid.

In some cases strict application of Belgian accounting principles contradicts the notion of disaggregation of transactions into their component parts.

These legal shortcomings in accountancy and fiscal matters create legal uncertainty.

In particular the opinions of the Committee on Accounting Standards sometimes depart from legal principles in a worthy effort to correct anomalies in the tax system.

More specifically, the tax authorities have as yet not ruled whether interest flows from currency swaps are interest earnings subject to dividend withholding tax. This matter has only been considered by theorists so far, and they are generally against it.

Legal shortcomings are also a source of financial engineering to the extent that certain operations permit deferral of taxable items to later tax years.

In particular the difference between the tax system for shares and for share options may encourage corporations to use operations which combine capital losses (deductible) on options and capital gains (tax exempt) on shares, or to prefer to make capital losses on options rather than value losses on shares, and vice versa for capital gains.

Finally, the fact that international double taxation conventions are silent on DFIs creates "international tax competition".

Zusammenfassung

Mit Ausnahme von speziellen Bilanzierungsregelungen für Kreditinstitute und Wertpapiersammelstellen – Regelungen, die im übrigen sogar nicht lückenlos sind – gibt es keinen rechtlichen Rahmen für die Bilanzierung von derivativen Finanzinstrumenten, insbesondere nicht für industrielle und gewerbliche Unternehmen.

In steuerlicher Hinsicht kommt der Grundsatz des Vorrangs des Handelrechts vor dem Steuerrecht zum Tragen.

Das Steuerrecht enthält praktisch keine einzige spezifische Bestimmung über derivative Finanzinstrumente.

Demzufolge muss man notwendigerweise zum einen auf die allgemeine Bilanzierungsregeln, zum anderen auf die fragmentarische Gutachten der Kommission für Rechnungslegungsvorschriften zurückgreifen auf dem Gebiet der Devisendeckungsgeschäften und Aktienvorkaufsrechten, um diese Produkte ordentlich bilanzieren zu können.

In Belgien gelten allgemein die folgenden Bilanzierungsgrundsätze: der Grundsatz der Einstandskosten, das Vorsichtsprinzip und die Gewinnrealisierungsgrundsätze entsprechend der vierten EG-Richtlinie.

Die Anwendung dieser Grundsätze führt zum generellen Verbot, die latenten Gewinne aus derivativen Finanzinstrumenten zu aktivieren. Besonders die „mark-to-market“-Bewertungsmethode ist mit dem geltenden Recht und den belgischen Rechnungslegungsvorschriften unvereinbar. Gewisse Ausnahmen gelten hier für bestimmte Bilanzposten im Bereich von Kreditinstituten.

Da es an einem speziellen Bilanzierungsgesetz fehlt, werden von industriellen und gewerblichen Unternehmen folgende Kriterien bei der Bilanzierung derivativer Finanzinstrumente angewendet:

- die Natur des jeweiligen Vermögengegenstandes;
- der fixe oder bedingte Charakter von derivativen Finanzinstrumenten. Die Prämien

für Optionen, die auf einem offenen Markt erworben wurden, sind zu bilanzieren. Die latenten Wertverluste werden in der Gewinn- und Verlustrechnung verantwortet, die latente Gewinne werden dagegen übertragen.

- die Art der Geschäftstätigkeit: hier muss zwischen Deckungsgeschäften und isolierten Geschäften differenziert werden. Die Deckungsgeschäfte werden entsprechend dem Verhältnis zwischen den Wertschwankungen des derivativen Finanzinstruments und dem zugrundeliegenden Geschäft bilanziert. Bei den isolierten Geschäften werden die Wertverluste in der Gewinn- und Verlustrechnung verantwortet und werden die latente Gewinne übertragen.
- die Marktliquidität; es wird nicht empfohlen, latente Gewinne zum Ausdruck zu bringen die denjenigen Bilanzposten zuzurechnen sind, die auf nicht oder nur wenig liquiden Märkten zum Einsatz kommen.

Die Erträge aus Deckungsgeschäften, bei denen das zu erzielende Ergebnis feststeht, können bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Deckungsgeschäfts bilanziert werden.

Bei den Kreditinstituten sind die derivativen Finanzinstrumente, die zu Deckungszwecken benutzt werden, entsprechend den zugrundeliegenden Geschäften zu bilanzieren. Die latenten Gewinne und Verluste aus isolierten Geschäften werden in die Gewinn- und Verlustrechnung getragen (eine Folge der Anwendung der „mark-to-market“-Methode), es sei denn, dass es sich um geringliquide derivative Finanzinstrumente handelt.

In bestimmten Fällen steht die strikte Anwendung der belgischen Bilanzierungsgrundsätze in Widerspruch dazu, dass einzelne Teile von Transaktionen isoliert betrachtet werden.

Die beschriebenen Lücken und Mängel des Bilanz- und Steuerrechts sind eine der Ursachen für die bestehende Rechtsunsicherheit.

Besonders einige Stellungnahmen der Kommission für die Rechnungslegungsvorschriften verwerfen manchmal die gesetzlichen Prinzipien, vermutlich in der Absicht, die Regelwidrigkeiten des Steuersystems zu korrigieren oder auszuschliessen.

Die Finanzverwaltung im besonderen hat bis zum heutigen Tag keine Stellung zu der Frage bezogen, ob die Zinseinnahmen aus Devisenswaps Kapitalerträge darstellen, die der Quellenbesteuerung (*précompte mobilier*) unterliegen. Die Frage ist bis heute nur von der Wissenschaft diskutiert worden, die diese Frage allerdings überwiegend negativ beantwortet.

Die Lücken und Mängel der rechtlichen Ausgestaltung führen ferner in grossem Ausmass zu Steuerplanungen. Das gilt besonders dort, wo mit bestimmten Geschäftstätigkeiten die Möglichkeit verbunden ist, die Besteuerung hinauszuschieben.

Insbesondere kann die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Gesellschaftsanteilen und Optionen die Unternehmen dazu veranlassen, ihre Geschäfte so zu gestalten, dass abzugsfähige Verluste aus Optionen mit nicht steuerpflichtige Gewinne aus Anteilen kombiniert werden. Oder sie bevorzugen es, Verluste aus Optionsgeschäften anstatt aus Anteilen zu erzielen bzw. umgekehrt im Fall von Gewinnen.

Schliesslich führt die mangelnde rechtliche Erfassung von derivativen Finanzinstrumenten auf der Ebene von Doppelbesteuerungsabkommen auch noch zum zu internationalen steuerlichen Wettbewerb.

Resumen

Con la excepción de una reglamentación contable específica para instituciones de crédito y organismos de colocación colectivos – por otra parte fragmentaria –, no existe marco legal para la contabilización de los instrumentos financieros derivados en las empresas industriales y comerciales.

Desde el punto de vista fiscal, se aplica el principio de primacía del Derecho contable sobre el fiscal, careciendo prácticamente este último de disposiciones específicas sobre instrumentos financieros derivados.

Así pues es necesario basarse principalmente, por un lado en los principios contables generales y, por otro, en las instrucciones concretas de la Comisión de Normas Contables en materia de contabilización de operaciones en divisas y opciones sobre acciones, para determinar el régimen contable y fiscal aplicable a estos productos.

Los principios generales aplicables en Bélgica son los de costo histórico, prudencia y realización de productos derivados de la aplicación de la Cuarta Directriz CEE (78/660/CEE).

La aplicación de estos principios conduce a la prohibición general de incluir en la cuenta de resultados las plusvalías latentes sobre instrumentos financieros derivados. En particular, la aplicación del método de valoración del “mark-to-market” es incompatible con las disposiciones legales y reglamentarias contables belgas, excepto en ciertos elementos del balance de las instituciones de crédito.

A falta de una legislación contable específica, los criterios utilizados para la contabilización de los instrumentos financieros derivados en las empresas industriales y comerciales son, principalmente, los siguientes:

- la naturaleza del activo subyacente;
- el carácter firme o condicional del instrumento financiero derivado. Las primas de opciones adquiridas en un mercado líquido se contabilizan en el balance. Las minusvalías latentes se contabilizan en cuentas de resultados en tanto las plusvalías latentes se difieren;
- la naturaleza de la operación: se distingue entre operaciones de cobertura afectas y operaciones aisladas. Las primeras se anotan de forma que se contabilicen simétricamente en la cuenta de resultados las variaciones de valor del instrumento financiero derivado y las del instrumento de cobertura. En las segundas, las minusvalías latentes se contabilizan en la cuenta de resultados, en tanto las plusvalías latentes se difieren;
- la liquidez del mercado: no es recomendable contabilizar los resultados latentes positivos de posiciones en mercados poco o nada líquidos.

Los resultados de las operaciones de cobertura cuyo resultado se conoce desde el principio pueden ser reconocidos contablemente desde el inicio de la cobertura.

En lo que se refiere a las instituciones de crédito, los instrumentos financieros derivados utilizados con fines de cobertura se contabilizan simétricamente con el elemento cubierto. Los resultados latentes de operaciones aisladas se desglosan en cuenta de resultados (aplicación de la regla mark-to-market), excepto si se trata de instrumentos derivados poco líquidos.

En ciertos casos, la estricta aplicación de los principios contables belgas contradice el desglose de las transacciones en sus componentes.

Estas carencias legislativas en materia contable y fiscal son una fuente de inseguridad jurídica.

En particular, algunos dictámenes de la Comisión de Normas Contables se apartan a veces de los principios legales a fin de corregir anomalías del sistema tributario.

Más especialmente, las autoridades fiscales no han tomado posición a la fecha sobre si los flujos de intereses derivados de los swaps en divisas son rentas mobiliarias sujetas a la

retención de dichas rentas. Hasta este momento sólo la doctrina ha examinado este punto, con una respuesta mayoritaria negativa.

Las carencias legislativas son también fuente de ingeniería financiera en la medida en que ciertas operaciones permiten diferir el hecho, la materia imponible a ejercicios posteriores.

En particular, la disparidad entre el régimen tributario de las acciones y el de las opciones sobre acciones puede incitar a las empresas a recurrir a operaciones que combinen las minusvalías (deducibles) sobre opciones con plusvalías (no gravables) sobre acciones, o a preferir realizar minusvalías sobre opciones con minusvalías de acciones y a la inversa en plusvalías.

Por último, no tener en cuenta los instrumentos financieros en los Convenios de doble imposición es también fuente de “competición fiscal internacional”.