

Chroniques notariales

Sous la coordination de Yves-Henri LELEU

Vol. 52



2010

buable ne justifie pas par toutes voies de droit qu'ils sont effectués dans le cadre d'opérations réelles et sincères et avec des personnes autres que des constructions artificielles».

Ces deux nouvelles mesures visent évidemment à renforcer le contrôle des paiements effectués vers les pays considérés comme des «paradis fiscaux».

Même s'ils ont été déclarés, ils sont présumés non déductibles. Il appartient au contribuable de renverser cette présomption en établissant que les paiements «sont effectués dans le cadre d'opérations réelles et sincères et avec des personnes autres que des constructions artificielles».

Il faut également souligner que l'article 198, 10° C.I.R./92 réserve expressément l'application de la cotisation spéciale de 300% (art. 219 C.I.R./92) à ces paiements, en plus du rejet de leur déduction au titre de frais.

Le 6 mai 2010, un arrêté royal a été pris en exécution de l'article 307, § 1^{er}, alinéas 3 à 6 du C.I.R./92 précité. Il établit la liste des États à fiscalité inexistante ou peu élevée, au sens de cette disposition, via un nouvel article 179 intégré dans l'A.R./C.I.R. 92. L'exposé des motifs de la loi-programme du 23 décembre 2009 précise que cette liste devrait être mise à jour tous les deux ans. Il est prévu que les contribuables prennent en considération la liste existante au 1^{er} janvier de l'exercice d'imposition relatif à la période imposable au cours de laquelle les paiements ont été effectués (*Doc. Parl.*, Ch., sess. 2009-2010, n° 52-2278/001, p. 70).

Ces nouvelles mesures sont applicables pour les paiements effectués à partir du 1^{er} janvier 2010.

6) Les réorganisations de sociétés

Jean-Michel DEGÉE et Xavier PACE

a) Le nouveau régime des réorganisations de sociétés – Exposé général

150. Législation et bibliographie

Directive (C.E.E.) n° 90/434 du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, telle que modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 (le Conseil a adopté une version coordonnée de la Directive fusions qui abroge et remplace l'ancienne Directive, cf. Directive 2009/133/CE du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun ap-

plicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre).

Loi du 11 décembre 2008 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance avec la Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 (*M.B.*, 12 janvier 2009).

Loi du 22 décembre 2009 portant des dispositions fiscales et diverses (*M.B.*, 31 décembre 2009).

VERSTRAELEN, J. et VAN DE WOESTEYNE, I., *Fusie en (partielle) splitsing : de praktijk na de Fusiewet van 11 december 2008*, Malines, Kluwer, 2009, 147 p.

DE BEULE, N., RAPOYE, Ch., CALUWE, B., *Splitsingen en partiële splitsingen*, Gand, Larcier, 2009, 612 p.

VANHULLE, H., et BOUVERET, N., «Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières», *R.G.F.*, 2009, pp. 17 et s.

LAMON, H., SPANOGHE, G., et GILLET, D., «Réorganisations transfrontalières d'entreprises : Transposition de la Directive fusion en droit fiscal belge», *C.&F.P.*, 2009, pp. 99 et s.

VANDENBERGHE, W., «De omzetting van de fusierichtlijn», *A.F.T.*, 2009/4, pp. 4 et s.

151. Vue d'ensemble : neutralité fiscale des réorganisations «intra-européennes» et adaptation du régime des réorganisations nationales

Au cours de la période couverte par cette *Chronique*, le régime fiscal des réorganisations de sociétés a été profondément remanié par la loi du 11 décembre 2008, citée *supra*.

Cette loi achève la transposition en droit belge de la directive fiscale sur les fusions transnationales de sociétés (la «Directive fusions»), en prévoyant (comme cela était déjà prévu pour les réorganisations «purement belges») un régime de neutralité fiscale pour les réorganisations (fusions, scissions, etc.) impliquant une ou plusieurs société(s) d'un État membre de l'Union européenne (les «réorganisations intra-européennes»). Avant

cette loi, la transposition de la directive en droit belge était très incomplète. Au niveau des sociétés impliquées dans la réorganisation, seul le volet «apport d'actifs» avait été transposé.

Pour rappel, la neutralité fiscale a pour principale conséquence la non-imposition, au moment de la réorganisation, des plus-values latentes et des réserves immunisées de la société apporteuse ainsi que des plus-values réalisées par les associés sur les actions échangées, cette imposition étant reportée au moment de la réalisation des éléments concernés.

Le législateur n'a pas prévu de réglementation fiscale spécifique pour les réorganisations intra-européennes. Leur régime fiscal est donc aligné sur celui des réorganisations purement belges, sous réserve de certaines conditions et conséquences propres au caractère transnational de ces opérations.

La loi du 11 décembre 2008 va cependant au-delà de la transposition de la Directive fusions et contient également une série de dispositions qui s'appliquent aux réorganisations purement nationales. De nouvelles opérations sont ainsi visées. La loi apporte, en outre, diverses autres modifications qui sont des adaptations à caractère essentiellement «technique».

Ce dispositif a été complété et modifié par une loi de «réparation» du 22 décembre 2009 (portant des dispositions fiscales et diverses, art. 51 à 53) qui corrige certaines imperfections.

Ce nouveau régime s'applique aux opérations réalisées à partir du 12 janvier 2009.

Un commentaire détaillé du nouveau régime des réorganisations dépasserait le cadre de la présente *Chronique*. Nous nous limiterons à signaler, de manière sélective, les principales modifications et nous renvoyons, pour un examen complet, aux études spécialisées qui ont été consacrées sur le sujet et qui sont renseignées dans la bibliographie.

b) Les réorganisations concernées par le régime de neutralité issu de la réforme

152. Opérations visées

La loi du 11 décembre 2008 étend le régime de neutralité fiscale à deux nouvelles catégories d'opérations de réorganisation.

Au total, cinq catégories d'opérations sont désormais concernées.

Les trois catégories d'opérations suivantes étaient déjà visées par l'ancien régime :

– les différentes formes de fusions (fusion par absorption, fusion par constitution d'une nouvelle société, opération assimilée à une fusion par absorption) et de scissions (scission par absorption, scission par constitution de nouvelles sociétés, scission mixte, opération assimilée à la scission, plus connue sous la dénomination «scission partielle»);

– l'apport d'une universalité de biens ou d'une ou de plusieurs branches d'activités;

– l'adoption par une société d'une autre forme juridique.

Nous n'examinerons pas en détail ces opérations mais exposerons les modifications essentielles apportées par la loi du 11 décembre 2008.

La loi du 11 décembre 2008 étend le régime de neutralité aux opérations suivantes :

– le transfert du siège d'une société, de la Belgique vers l'étranger ou de l'étranger vers la Belgique; en ce qui concerne l'émigration de sociétés belges, cette neutralité n'est toutefois accordée que pour certaines opérations en pratique assez limitées (voy. *infra, e*);

– l'«échange d'actions» (voy. *infra, f*).

153. Conditions générales du régime de neutralité

Pour bénéficier du régime de neutralité fiscale, l'opération qui entre dans l'une des cinq catégories ci-dessus doit, en règle, satisfaire aux conditions suivantes :

– elle doit impliquer une (des) société(s) résidente(s) et/ou intra-européenne(s) (voy. *infra, c*);

– l'opération doit être réalisée dans le respect du Code des sociétés ou des dispositions analogues du droit des sociétés d'un État membre de l'Union européenne éventuellement applicables;

– l'opération doit répondre au prescrit de la nouvelle disposition anti-abus de l'article 183*bis* du C.I.R./92 (voy. *infra, d*; la disposition anti-abus n'est pas d'application pour le transfert du siège d'une société, voy. *infra, e*).

La troisième condition n'en est pas à proprement parler une, il s'agit plutôt à notre avis d'une cause de déchéance du bénéfice de la neutralité fiscale (voy. *infra, d*).

154. Régime fiscal des opérations qui ne bénéficient pas du régime de neutralité

Si tout ou partie des conditions indiquées ci-dessus ne sont pas respectées, la réorganisation sera soumise au régime fiscal prévu pour les liquidations (voy. art. 208 et 209 C.I.R./92), ce qui implique :

- a) pour la société «apporteuse» :
- la taxation à l'impôt des sociétés des plus-values latentes sur les actifs et des réserves immunisées;
 - la disparition des pertes fiscales et des autres déductions reportables;
 - l'obligation de verser le précompte mobilier au taux de 10% sur le montant du «boni de liquidation».
- b) pour la société «bénéficiaire de la restructuration» : les actifs transférés entrent dans le patrimoine de la société bénéficiaire à une valeur fiscale correspondant à leur valeur de marché. Cette valeur sert de base de calcul pour les amortissements fiscalement admissibles.

c) *Les réorganisations intra-européennes – la notion nouvelle de «société intra-européenne»*

155. Bibliographie

SMET, P., «La neutralité fiscale requiert un établissement stable», *Le Fiscologue*, n° 1123, pp. 3 et s.

156. Société «intra-européenne» – notion

Une des nouveautés est l'extension de la neutralité fiscale aux opérations de réorganisation transeuropéennes, c'est-à-dire qui impliquent une ou plusieurs sociétés d'un autre État membre de l'Union européenne. A l'exception des opérations d'apports d'actifs pour lesquelles il ne s'agit pas d'une nouveauté : le C.I.R./92 prévoyait déjà, avant la loi du 11 décembre 2008, un régime de neutralité fiscale pour les opérations d'apport à une société d'un autre État membre de l'Union (voy. ancien article 46 du C.I.R./92).

Pour désigner les sociétés établies dans un autre État membre qui entrent dans le champ d'application du régime de neutralité fiscale, la loi du 11 décembre 2008 a introduit dans le C.I.R./92 la notion de «société intra-européenne», à savoir :

- «toute société d'un État membre de l'Union européenne :
- qui n'est pas une société résidente;

– qui a une forme juridique citée dans l'annexe de la Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005;

– qui, selon la législation fiscale d'un État membre de l'Union européenne, autre que la Belgique, est considérée comme ayant dans cet État son domicile fiscal sans être considérée, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, comme ayant son domicile fiscal hors de l'Union européenne; et

– qui, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, est assujettie à un des impôts analogues à l'impôt des sociétés énumérés à l'article 3, c), de la directive précitée» (art. 2, § 1^{er}, 5°, b)bis C.I.R./92).

157. Société «intra-européenne» – Nécessité de maintenir un établissement stable en Belgique

Lorsque la société absorbante ou bénéficiaire de la fusion ou de la scission est une société «intra-européenne», le régime de neutralité fiscale n'est accordé que si les actifs, passifs et les réserves immunisées de la société absorbée ou scindée restent affectés à un établissement belge de la société absorbante ou bénéficiaire de la scission (art. 211, § 1^{er}, al. 5 C.I.R./92).

Cette règle s'explique par le souci du législateur, en conformité avec la Directive, d'éviter une disparition définitive de matière imposable pour la Belgique (exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2007-2008, n° 52-1398/001, p. 15) : les actifs et les réserves immunisées restant affectés à un établissement belge, ils deviendront imposables au moment de leur réalisation (pour les actifs) ou au moment où les réserves ne satisferont plus aux conditions de l'immunisation.

d) *La nouvelle disposition anti-abus en matière de réorganisations*

158. Jurisprudence et bibliographie

CJUE, 5 juillet 2007, C-321/05, *Kofoed*, <http://curia.europa.eu>.

CJUE, 20 mai 2010, C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg BV*, <http://curia.europa.eu>.

Cass., 13 décembre 2007, *Pas.*, n° 632.

GARABEDIAN, D., «Nouvelle disposition anti-abus : guère de changement de fond», *Le Fiscologue*, n° 1132, pp. 1 et s.

GARABEDIAN, D., «Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – Un état des lieux», in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal, actes du colloque du 20^e anniversaire de la Maîtrise en gestion fiscale*, bibliothèque fiscale de la Solvay Brussels School of Economics and Management, Larcier, 2009, pp. 91 et s.

VANISTENDAEL, F., «Misbruik nogmaals!», *A.F.T.*, 2008/12, pp. 1 et s.

SMET, P., et MARTIN, S., «Fusions et choix de la voie la moins imposée : pas de réponse définitive», *Le Fiscologue*, n° 1207, pp. 1 et s.

159. Introduction – L'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2007

La loi du 11 décembre 2008 a complètement réécrit la disposition «anti-abus» en matière de réorganisations, qui permet à l'administration fiscale de refuser, dans certains cas, la neutralité fiscale d'une opération.

Avant cette modification, la neutralité fiscale était subordonnée à la condition que l'opération réponde à des «besoins légitimes de caractère financier ou économique».

Dans un arrêt du 13 décembre 2007, la Cour de cassation a décidé que cette condition devait s'interpréter conformément à disposition anti-abus de la Directive fusions (Cass., 13 décembre 2007, *Pas.*, n° 632). Suivant la Cour : «Il ressort des travaux parlementaires de ces dispositions légales que lors de l'insertion de cette règle qui intéresse les opérations internes, le législateur s'est fondé sur l'article 11 de la [Directive fusions]. Il ressort du régime général de la directive, tel qu'il est interprété par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 17 juillet 1997 en cause de Leur-Bloem, que le régime fiscal communautaire introduit par la directive, qui comprend divers avantages fiscaux, est applicable sans distinction à chaque fusion, scission, échange d'actions, quelle que soit la raison pour laquelle elle est réalisée et qu'elle soit de nature financière, économique ou purement fiscale».

Après avoir analysé la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation de l'article 11 de la Directive fusions, la Cour de cassation décide que la charge de la preuve de l'absence de «besoins légitimes» repose sur l'administration fiscale : «Il appartient à l'autorité compétente qui invoque que le contribuable a agi dans le but d'éviter l'impôt et qui estime devoir baser cette preuve sur le défaut de motifs économiques, [...] d'apporter la

preuve de ce défaut, sans préjudice de l'obligation du contribuable de collaborer à cette preuve. Il ressort en effet du régime de la directive qui est transposé dans le droit national, que l'opération est censée avoir été effectuée pour des motifs économiques et qu'il appartient à l'autorité de prouver le contraire».

Pour tenir compte de cette jurisprudence, le législateur a remplacé l'ancienne condition des «besoins légitimes» par un nouvel article 183bis du C.I.R./92 qui reproduit quasi-littéralement la clause anti-abus de la Directive fusions. Il doit recevoir la même interprétation que celle donnée à la Directive, y compris dans le cadre de réorganisations purement nationales.

160. La nouvelle disposition «anti-abus»

Le nouvel article 183bis du C.I.R./92 dispose que, pour bénéficier du régime de neutralité, l'opération «ne peut avoir comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales. Le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, permet de présumer, sauf preuve contraire, que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales».

Toute réorganisation de sociétés bénéficie donc en principe de la neutralité fiscale, sauf si elle a un objectif principal de «fraude» ou d'«évasion» fiscales.

Les concepts de fraude fiscale et d'évasion fiscale sont donc fondamentaux pour l'application de la disposition anti-abus.

Nous ne nous attarderons pas sur le concept de «fraude fiscale», dont l'application est à notre sens théorique dans le cadre d'une réorganisation.

La notion d'«évasion fiscale» n'est définie ni par la Directive fusions ni par le C.I.R./92, et il n'y a qu'assez peu d'éléments d'interprétation disponibles.

On peut toutefois s'appuyer sur quelques arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pour tenter de définir ce concept.

D'une part, contrairement à la fraude fiscale, qui suppose l'évitement de l'impôt par des moyens illicites, l'évasion fiscale désigne l'évitement de l'impôt par un *moyen licite*.

D'autre part, pour qu'il y ait évasion fiscale, il faut que l'impôt que l'on souhaite «éviter» soit l'un des impôts visés par la Directive fusions, c'est-à-dire, en Belgique, l'impôt sur les sociétés ou l'impôt (sur le revenu) dû

par les associés des sociétés; autrement dit, il n'y a pas d'«évasion fiscale» si la restructuration vise à éviter un autre impôt (tel un droit de mutation immobilière) qu'un impôt visé par la Directive fusions. C'est ce que la Cour de justice a décidé dans son arrêt *Zwijnenburg* du 20 mai 2010 : selon la Cour, «seuls les impôts explicitement visés dans la [Directive fusions] sont appelés à bénéficier des régimes de faveur instaurés par cette dernière et sont, dès lors, susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'exception prévue à l'article 11, paragraphe 1, sous a), de ladite directive».

C'est dans l'analyse du contexte de la réorganisation (situation et opérations avant ou après la réorganisation) que doit être recherché l'éventuel objectif d'évasion fiscale. A notre avis, la seule obtention du régime d'im-munisation fiscale des fusions et scissions n'est pas un objectif d'évasion fiscale pour l'application de la disposition anti-abus de ce même régime fiscal.

Il faut à notre avis considérer qu'il y a «évasion fiscale» en présence d'opérations, certes licites, mais qui ne sont pas réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales voire qui sont purement artificielles, et dont le seul but est d'éviter un impôt visé par la Directive fusions.

En principe, ce n'est donc qu'à titre *exceptionnel*, comme l'a indiqué la Cour de justice dans ses arrêts *Kofoed* (point 38) et *Zwijnenburg* (point 45), que la mesure anti-abus peut être invoquée pour refuser la neutralité fiscale à une opération de restructuration.

On peut cependant craindre que l'administration fiscale adopte une conception plus large de la notion d'objectif principal d'évasion fiscale en l'assimilant à la recherche d'un avantage fiscal prépondérant, en l'absence même de toute artificialité caractérisant l'opération. Cette conception plus large est notamment celle du Service des Décisions anticipées en matière fiscale (commission qui délivre les *rulings*) qui a élaboré un schéma d'analyse pour l'application de la disposition anti-abus (voy. *infra*).

161. Charge de la preuve

C'est l'administration fiscale qui a la charge de la preuve de l'existence d'un objectif principal de «fraude» ou d'«évasion» fiscales.

Cette preuve peut être apportée de manière «directe» en démontrant l'objectif principal de fraude ou d'évasion fiscale.

Cette preuve directe n'est cependant pas aisée à rapporter. C'est pourquoi la disposition anti-abus institue une présomption qui permet à l'adminis-

tration de faire cette preuve par une voie «indirecte», en démontrant que «l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables» (art. 183*bis*, al. 2 C.I.R./92). Si l'administration fait la preuve de l'absence de motif économique valable à la base de la réorganisation, celle-ci est présumée avoir comme objectif principal l'évasion fiscale. Dès lors, si l'administration fait cette preuve indirecte, le régime de neutralité fiscale est refusé, à moins que le contribuable ne prouve à son tour que la restructuration n'a pas comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

Le texte de la disposition anti-abus mentionne expressément «la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération» comme des exemples de motifs économiques valables.

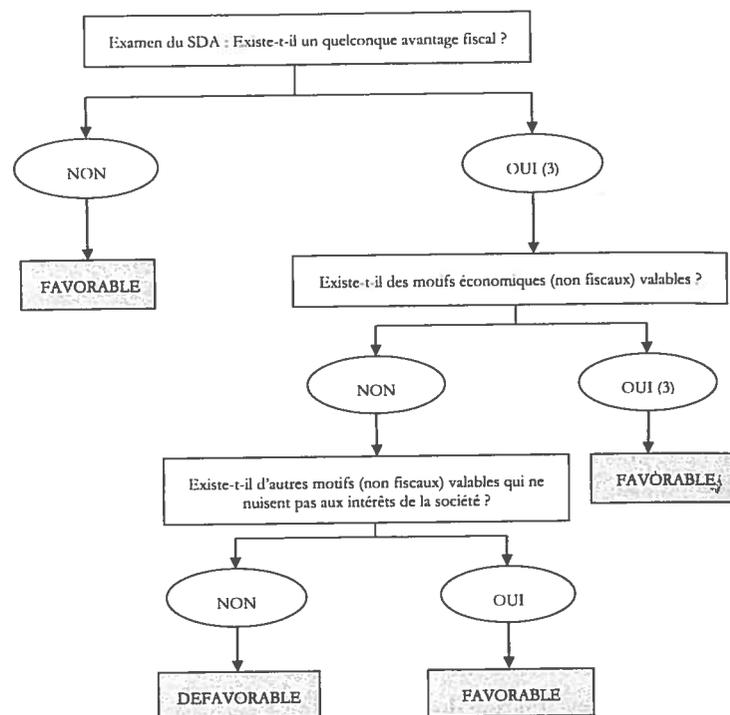
En cas de contrôle fiscal, un contribuable a donc toujours grand intérêt à pouvoir mettre en avant les motifs économiques non fiscaux de l'opération.

Dans cette perspective, la prudence commande d'exposer de manière circonstanciée les motivations de l'opération envisagée dans les rapports à établir à l'occasion de la fusion ou de la scission par les conseils d'administration des sociétés concernées.

A ce niveau, le notaire pourra attirer l'attention de ses clients sur l'incidence de la disposition anti-abus sur la neutralité fiscale de l'opération.

162. Schéma d'analyse du Service des décisions anticipées en matière fiscale

Dans un projet d'avis soumis à consultation publique (disponible sur <http://www.ruling.be>), le Service des décisions anticipées en matière fiscale a élaboré un schéma d'analyse pour l'application de la disposition anti-abus, schéma que nous reproduisons ci-dessous. En pratique, le contribuable qui souhaite examiner s'il y a un risque que l'administration fiscale belge mette en cause la neutralité de l'opération pourra utilement s'y référer. Il est en effet très probable que les agents de l'administration fiscale l'emploieront en cas de contrôle fiscal.



Ce schéma d'analyse implique de faire les trois vérifications suivantes :

Dans un premier temps, identifier les avantages fiscaux éventuels pour les sociétés impliquées et leurs actionnaires : en l'absence de tout avantage fiscal, il n'y a pas de risque de refus de l'immunité.

S'il y a un avantage fiscal pour les sociétés impliquées, il faut examiner ensuite si l'opération envisagée est justifiée par des motifs économiques non fiscaux valables ; si oui, l'opération peut bénéficier de la neutralité fiscale.

Enfin, en présence d'un avantage fiscal et en l'absence de motifs économiques valables, il faut vérifier s'il n'existe pas d'autres motifs (non fiscaux) qui ne nuisent pas aux intérêts des sociétés impliquées.

e) Le transfert du siège d'une société

163. Le transfert à l'étranger du siège d'une société établie en Belgique : modifications pour les sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes

Fiscalement, le transfert à l'étranger du siège d'une société « belge » est une opération assimilée à une *liquidation* (art. 210, §1^{er}, 4^o C.I.R./92) (voy. J. Kirkpatrick et D. Garabedian, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 3^e éd., Bruylant, 2003, pp. 314 et s.), avec cette double conséquence que :

(i) les plus-values latentes et les réserves immunisées de la société sont soumises à l'impôt des sociétés ; et que

(ii) la société doit en règle retenir un précompte mobilier de 10% sur les sommes qui sont considérées fictivement comme un dividende distribué.

Ce régime fiscal n'était pas compatible avec la Directive fusions dans la mesure où il s'appliquait au transfert du siège d'une société européenne (SE) ou d'une société coopérative européenne (SCE) établie en Belgique vers un autre État membre de l'Union européenne. La Directive fusions prévoit, en effet, que le transfert du siège d'une SE ou SCE d'un État membre vers un autre doit se faire en neutralité fiscale.

Le nouvel article 214^{bis} du C.I.R./92 transpose la Directive fusions mais ne va pas plus loin : il soumet le transfert du siège d'une SE ou d'une SCE « belge » vers un autre État membre à un régime de neutralité fiscale semblable à celui prévu pour l'absorption d'une société belge par une société intra-européenne.

La disposition anti-abus (voy. *supra*, d) n'est pas applicable à cette opération. Mais le régime de neutralité fiscale n'est accordé que si les actifs, passifs et les réserves immunisées de la société qui émigre restent affectées à un établissement belge de la société.

Le transfert à l'étranger (y compris au sein de l'Union européenne) du siège de toute autre forme de société belge que la SE ou la SCE demeure taxé comme une liquidation.

164. Le transfert du siège d'une société étrangère vers la Belgique

Le transfert du siège d'une société établie à l'étranger vers la Belgique implique que cette société devient une société résidente, assujettie à ce titre à l'impôt (belge) des sociétés.

Cet assujettissement à l'impôt des sociétés soulève de nombreuses questions d'application (composition fiscale des fonds propres de la société, valeur fiscale des actifs et passifs de la société) qui sont désormais réglées

par deux nouvelles dispositions introduites par la loi du 11 décembre 2008 (voy. art. 184^{bis} et 184^{ter} C.I.R./92).

Des règles dérogatoires sont prévues pour les sociétés en provenance d'un «paradis fiscal» (voy. art. 184^{bis}, §5, al. 3 et 4 et art. 184^{ter}, §2, al. 3 C.I.R./92).

f) L'échange d'actions

165. Échange d'actions – Notion

Par «échange d'actions», on entend «l'apport [d']actions ou [de] parts à une société résidente ou une société intra-européenne en échange de nouvelles actions ou parts émises par la société bénéficiaire de l'apport, par lequel la société bénéficiaire acquiert au total plus de 50 p.c. des droits de vote dans la société dont les actions ou parts sont apportées, ou par lequel, si elle dispose déjà d'une majorité de droits de vote, elle accroît sa participation, et ceci s'il n'y a pas de soultes en espèces supérieure à 10 p.c. de la valeur nominale, ou à défaut de valeur nominale, du pair comptable des nouvelles actions ou parts émises» (art. 45, §1^{er}, 2^o C.I.R./92).

Le législateur belge est allé plus loin que la Directive : dans un souci de parallélisme entre le régime fiscal des opérations intra-européennes et celui des opérations purement belges, le régime fiscal des échanges d'actions prévu par la Directive a été étendu aux opérations purement belges.

La Directive fusions impose d'assurer la neutralité fiscale chez l'apporteur des actions qui font l'objet d'un «échange» (dont la définition au sens du C.I.R./92 ne correspond cependant pas totalement à celle reprise à l'article 2, lit. *d*, et litt. *g* et *h*, de la Directive fusions), ce qui implique que :

- l'échange des actions ne peut entraîner pour l'actionnaire cédant aucune imposition immédiate;
- en contrepartie, les actions reçues en échange ont chez l'actionnaire cédant la même valeur que les actions échangées.

166. Adaptations du C.I.R./92

La transposition de la Directive fusions dans le C.I.R./92 n'a nécessité que peu de modifications car plusieurs dispositions existantes permettaient déjà d'assurer la neutralité fiscale souhaitée : pour les sociétés, les plus-values sur les actions ou parts «échangées» bénéficient en règle de l'exonération prévue à l'article 192, §1^{er}, alinéa 1^{er} du C.I.R./92; les plus-values réalisées par une personne physique, si elles sont réalisées dans le cadre de la gestion normale d'un patrimoine privé et hors spéculation, sont également exonérées (art. 90, 1^o C.I.R./92).

Ces cas d'exonération restent d'application (exposé des motifs, *o.c.*, p. 8) et permettent un traitement fiscal plus favorable que celui de la Directive fusions (voy. *infra*).

La loi du 11 décembre 2008 a modifié le C.I.R./92 en prévoyant un régime de neutralité fiscale pour les autres catégories de plus-values réalisées en cas d'«échange d'actions» qui n'étaient pas visées par les régimes d'exonération décrits ci-dessus et qui, si on suivait le droit commun, étaient donc taxables, c'est-à-dire : (i) les plus-values sur actions réalisées par une personne physique agissant dans un cadre professionnel, (ii) les plus-values réalisées par une personne physique agissant en dehors du cadre de la gestion normale d'un patrimoine privé ou dans un but spéculatif, (iii) les plus-values sur actions réalisées par une société qui ne bénéficient pas de l'exonération prévue à l'article 192, §1^{er}, alinéa 1^{er} du C.I.R./92.

Ce régime de neutralité fiscale est moins favorable que les cas d'exonération existants, à plusieurs égards.

D'une part, la neutralité fiscale peut être refusée si l'opération d'échange d'actions poursuit principalement un but fiscal (la disposition anti-abus décrite *supra*, *d*, est applicable).

D'autre part, les actions reçues en échange de l'apport ont la même valeur fiscale que les actions apportées, ce qui signifie qu'en cas d'aliénation ultérieure de ces actions, la partie de la plus-value réalisée qui correspond à celle exonérée au moment de l'apport deviendra taxable (voy. art. 45, §1^{er}, al. 2, 96 et 192, §1^{er}, al. 3 C.I.R./92). En ce qui concerne les sociétés, en cas d'aliénation ultérieure des actions reçues en échange de l'apport, cela signifie que l'exonération prévue à l'article 192, §1^{er}, alinéa 1^{er} du C.I.R./92 ne vaudra qu'à concurrence de la différence entre le prix de réalisation et la valeur réelle des actions ou parts apportés au moment de l'apport (voy. art. 192, §1^{er}, alinéa 3 C.I.R./92).

De plus, l'article 190 du C.I.R./92 n'a pas été modifié, de sorte que pour bénéficiaire du régime de neutralité fiscale, la société apporteuse doit maintenir la plus-value temporairement exonérée à un compte distinct du passif.

g) Principales autres modifications techniques

167. Bibliographie

VERSTRAELEN, J., et VAN DE WOESTEYNE, I., «Fiscaal-technische verwerking van belastingneutrale moeder-dochterfusies tussen binnenlandse vennootschappen na de fusiewet van 11 december 2008», *T.F.R.*, 2009, pp. 597 et s.

168. Opérations de fusion ou de scission « mère-fille »

Les opérations de fusion ou de scission impliquant une filiale et sa société mère présentent des particularités d'un point de vue fiscal (pour un aperçu, voy. J. Kirkpatrick et D. Garabedian *o.c.*, pp. 350 et s.).

La loi du 11 décembre 2008 a corrigé deux imperfections de l'ancien régime pour assurer la neutralité fiscale de ces opérations.

D'une part, la loi a remédié au problème de la taxation de certaines réserves immunisées dans l'hypothèse d'une absorption d'une société filiale par sa société mère, problème provoqué par la disparition des fonds propres de la filiale à concurrence de la participation de la société mère.

Elle instaure un régime très technique qui permet à la société absorbante ou bénéficiaire (la société mère) de reprendre les réserves immunisées de sa filiale et d'éviter ainsi la taxation de ces réserves à l'occasion de la fusion ou de la scission (voy. art. 211, §1^{er}, 2^o et §2, alinéas 3 et 4 C.I.R./92) (pour plus de développements, voy. J. Verstraelen, et I. Van De Woesteyne, « Fiscaal-technische verwerking van belastingsneutrale moeder-dochterfusies tussen binnenlandse vennootschappen na de fusiewet van 11 december 2008 », *T.F.R.*, 2009, pp. 598-599).

D'autre part, la loi exonère le reliquat taxable (sous l'ancien régime) de l'éventuelle plus-value réalisée par la société absorbante (ou bénéficiaire de la scission) à l'occasion de l'annulation de sa participation dans la société absorbée ou scindée au moment de la fusion ou de la scission (pour plus de développements, voy. J. Verstraelen, et I. Van De Woesteyne, *o.c.*, pp. 599 et s.).

169. Apport transfrontalier d'une branche d'activités ou d'une universalité de biens : élimination du risque de double imposition en cas d'opération taxée par application de la disposition anti-abus

La loi du 11 décembre 2008 corrige une anomalie du régime fiscal des apports de branches d'activité ou d'universalité, en cas d'apport taxé par application de la disposition anti-abus.

Avant la modification législative, dans ce cas, il existait un décalage entre le droit comptable et le droit fiscal : la loi comptable imposait de comptabiliser chez le bénéficiaire de l'apport les actifs apportés en continuité comptable (c'est-à-dire à la valeur à laquelle ils étaient comptabilisés chez l'apporteur) alors que, fiscalement, les plus-values latentes sur ces actifs ont été taxées chez l'apporteur.

Ce décalage pouvait entraîner une double imposition dans un second temps : au moment de l'aliénation des actifs par le bénéficiaire de l'ap-

port, la plus-value taxable était déterminée (en raison de la continuité comptable) par rapport à la valeur à laquelle ces actifs avaient été comptabilisés chez l'apporteur et non par rapport à la valeur réelle des actifs au moment de l'apport.

Le nouvel article 184*bis*, §1^{er}, al. 2 du C.I.R./92 précise désormais que dans ce cas c'est la valeur réelle au moment de l'apport et non la valeur comptable qui, chez la société bénéficiaire de l'apport, détermine la valeur fiscale des actifs apportés (et le capital libéré par l'apport).

170. Modification des règles de déduction des pertes professionnelles antérieures

La loi du 11 décembre 2008 revoit de manière générale les règles en matière de déduction des pertes professionnelles antérieures (notamment l'introduction du régime dit de « recapture » de l'imputation des pertes éprouvées à l'étranger dans un pays qui est lié avec la Belgique par une convention préventive de la double imposition). Ces nouvelles règles ont vocation aussi à s'appliquer aux réorganisations de sociétés.

h) Comptabilisation des opérations de réorganisation

171. Bibliographie

BREESCH, D., « Fusions transfrontalières et scissions : avis de la C.N.C. », *Bilan*, 2009, n° 593, pp. 1 et s.

SMET, P., « Continuité comptable et apport de branche d'activité : avis de la C.N.C. », *Le Fiscologue*, n° 1195, p. 5.

172. Avis de la Commission des Normes comptables

En 2009, la Commission des Normes comptables (C.N.C.) a rendu six nouveaux avis concernant la comptabilisation des opérations de réorganisation : Avis C.N.C. 2009/6 sur le traitement comptable des fusions (entre sociétés belges) – Avis C.N.C. 2009/7 sur le traitement comptable des fusions transfrontalières – Avis CNC 2009/8 sur le traitement comptable des scissions – Avis C.N.C. 2009/11 sur le traitement comptable des scissions partielles – Avis C.N.C. 2009/15 sur le traitement comptable de l'apport de branche d'activités ou d'universalité de biens – Avis C.N.C. 2009/16 sur la conversion du capital lors de fusions transfrontalières.

Ces avis sont publiés sur le site internet de la C.N.C. (www.cnc-cbn.be).