

Un projet de loi attendu depuis 1990 : la transposition en droit belge de la directive fiscale « fusions »

Jean-Marie Cougnon
Conseil fiscal – Expert-comptable

« Tout vient à point à qui sait attendre » : cet adage peut parfaitement être évoqué à l'occasion du dépôt à la Chambre du projet de loi, daté du 24 juillet 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 (société européenne) ou d'une SCE (société coopérative européenne) d'un État membre à un autre, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005 ».

Dans son avis, le Conseil d'État¹ regrette qu'alors que la directive modificative de 2005 devait être transposée le 1^{er} janvier 2006 pour certaines de ses dispositions et le 1^{er} janvier 2007 pour d'autres, la Belgique ait déjà été condamnée par la Cour de justice des Communautés euro-

péennes² pour avoir manqué aux obligations qui lui incombaient en vertu de cette directive. Il aurait pu signaler également que l'essentiel des principes de la directive modifiée se retrouvait déjà dans la directive d'origine, qui devait être transposée avant le 1^{er} janvier 1992 et ne l'avait été, par la loi du 28 juillet 1992, que pour les seules opérations d'apport de branches d'activité, sous le prétexte erroné de l'absence d'adoption d'une directive en matière de droit des sociétés.³ Entre-temps, la directive 2005/56/CE du 20 septembre 2005 relative aux aspects « droit des sociétés » des fusions transfrontalières de sociétés de capitaux a été adoptée et transposée.

L'article 2, alinéa 2, du projet précise que la nouvelle loi « étend *mutatis mutandis* les dispositions de cette nouvelle directive aux opérations purement nationales et apporte diverses autres améliorations ». Il s'agit là d'une simple déclai-

¹ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 79.

² C.J.C.E., 8 mai 2007, C-392/07.

³ Notre ouvrage *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, Bruylant, 2005, expose, aux pages 41 à 44, le cadre législatif.

ration d'intention sans force contraignante, qui n'a manifestement pas sa place dans un texte légal.

Échange d'actions ou parts et plus-values sur titres

Personnes physiques

Parmi les « autres améliorations » en question, il y a la modification de l'article 90, 9°, CIR, dont le Conseil d'État signale qu'elle est totalement étrangère à l'objet du projet de loi. Il s'agit de l'article qui reprend les plus-values sur cessions de participations importantes parmi les revenus divers. Il est question d'ajouter à cette catégorie « les plus-values sur actions ou parts qui sont réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux de ces actions ou parts, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé ».

Le Conseil d'État estime⁴ que cet ajout paraît faire double emploi avec l'article 90, 1°, et qu'il a pour effet de modifier la base imposable dans certains cas de cessions excédant les limites de gestion normale d'un patrimoine privé. En effet, la Cour de cassation avait décidé, dans son arrêt du 30 novembre 2006, que lorsqu'une personne physique cède à titre onéreux des actions ou parts d'une société qu'elle n'a pas acquises dans un but spéculatif en vue de la vente, l'article 90, 1°, ne permet de taxer que le bénéfice ou le profit qui résulte de l'opération ou de l'ensemble de l'opération sortant des limites de la gestion normale.

L'exposé des motifs⁵ estime que la remarque du Conseil d'État concernant le soi-disant double emploi est « non fondée » : ne doit-on pas en inférer que s'il n'y a pas à craindre de double emploi, c'est bien qu'il y a une nouvelle cause de taxation ?

Selon le projet, il s'agirait « de tenir compte de la transparence prévue par la directive⁶ », alors que « le Conseil d'État aurait confondu le principe de la qualification d'un revenu comme un revenu divers imposable, avec la détermination de la base imposable ».

Or, celle-ci est bien modifiée, comme on le constate dans la formulation :

- du nouvel article 95 CIR, où on lit que « la plus-value (...) réalisée est égale à la différence entre la valeur réelle des actions ou parts reçues et la valeur d'acquisition des actions ou parts initialement détenues » ;
- du nouvel article 96 CIR, où on lit que l'article 90, 9°, s'applique « aux actions ou parts reçues en échange, à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'une opération [y] assimilée, ou d'une transformation de sociétés, comme si l'échange n'avait pas eu lieu », et ce « pour autant que l'exonération temporaire visée à l'article 95 [soit] applicable ».⁷

Selon le projet, la modification « ne vise pas à rendre imposables des plus-values qui ne seraient déjà pas taxables le cas échéant sur base de l'article 90, 1° ».⁸

Seule la remarque sur la rétroactivité potentielle de l'ajout est prise en compte : la loi sera applicable sur ce point à partir du jour de sa publication au *Moniteur belge*.

Une autre modification à l'article 90, 9°, est l'adaptation faisant suite à l'ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire De Baeck.⁹ Dans la partie de l'article concernant la taxation des plus-values sur participations importantes, une exception sera maintenant prévue pour les cessions au profit des personnes morales (non résidentes) dont le siège social, le principal établissement ou le siège de direction ou d'administration est situé dans un État membre de l'Espace économique européen.

Dans notre ouvrage, nous écrivions¹⁰ : « Les contribuables personnes physiques placés dans les conditions d'application de l'article 90, 9°, CIR 1992 (taxation à titre de revenus divers des plus-values réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux, en dehors de l'exercice de l'activité professionnelle, à une personne morale non résidente, d'actions ou de parts représentatives d'une participation importante) n'échappent à cette taxation que si la société dont les ac-

⁷ Et notamment si les conditions de maintien d'exonération prévues à cet article sont respectées.

⁸ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 27.

⁹ C.J.C.E., 8 juin 2004, C-268/03. Voir, à ce sujet, J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., pp. 194 et s.

¹⁰ *Ibid.*, p. 271.

⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁵ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 28.

⁶ *Ibid.*, p. 29.

tions sont cédées « fusionne, se scinde ou adopte une autre forme juridique, lorsque ces actions sont échangées contre des actions ou parts des sociétés acquéreuses, bénéficiaires ou issues de la transformation » (article 95 CIR 92). Malheureusement, le texte de l'article 95 ne couvre pas les cas d'échange d'actions proprement dits tels que définis à l'article 2, d), de la directive. Cette lacune fait naître une incompatibilité avec la directive. »

Le nouveau texte paraît limiter l'exonération des plus-values aux seules opérations d'échange d'actions

Le projet entend remédier à cette lacune. Il modifie l'article 95, qui ne constituait une exception à l'article 90, 9°, que pour le cas des actions dans des sociétés qui fusionnent, se scindent ou adoptent une autre forme juridique. Le nouveau texte est toutefois quelque peu surprenant, car s'il vise bien maintenant explicitement les cas d'échange d'actions tels qu'ils sont définis à l'article 2, d), de la directive¹¹, il paraît limiter l'exonération des plus-values (également celles en cas de fusion, scission, opération assimilée ou transformation) aux seules opérations dans lesquelles il y aurait « échange d'actions » au sens de la directive.¹² Or, il ne peut y avoir « échange d'actions » au sens de la directive que dans les cas d'apport d'actions ou parts.

L'article 95 est également complété par une condition de respect du prescrit du nouvel article 183*bis* CIR, qui contient la disposition dite « anti-abus », formulée dans des termes analogues à l'article 11.1.a) de la directive, et par une obligation mise à charge du contribuable de produire la preuve qu'il est encore en possession des actions ou parts reçues et que celles-ci n'ont pas fait l'objet d'un remboursement total ou partiel (cette dernière partie de la charge de la preuve n'étant rien d'autre qu'une preuve négative), à l'appui de chacune de ses déclarations IPP subséquentes à l'opération.

Si un échange est exonéré dans le cadre de la gestion normale du patrimoine privé de personnes physiques, le capital libéré sera censé correspondre à la valeur réelle des actions apportées dans la mesure où l'apport est rémunéré en actions (article 184, alinéa 4, en projet).¹³

Sociétés

L'article 45, § 1^{er}, CIR, qui exonère les plus-values sur actions à l'occasion d'opérations neutres fiscalement, ne mentionnera plus les actions ou parts « dans des sociétés qui ont leur siège social, leur principal établissement ou leur siège de direction ou d'administration dans un autre État membre des Communautés européennes », mais bien les actions ou parts « de sociétés intra-européennes » identifiées à l'article 2, § 1^{er}, 5°, b)*bis*, par référence à la définition de l'article 3 de la directive.

Cet article sera également explicitement étendu aux échanges d'actions au sens de la directive, avec, comme prévu par celle-ci, la précision qu'il ne peut y avoir une soulte en espèces supérieure à 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres remis en échange. L'attention est attirée¹⁴ sur l'absence de toute exonération de la plus-value, même si la limite de 10 % n'est pas dépassée, pour les cessions non rémunérées en actions ou parts.

¹¹ Il s'agit des opérations par lesquelles une société acquiert, dans le capital d'une autre, une participation lui conférant la majorité des droits de vote ou une nouvelle participation lui permettant d'augmenter cette majorité.

¹² En outre, il est curieusement question, dans le texte français, d'apport d'actions ou parts *nouvelles*.

¹³ Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 31.

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

L'article 45, § 1^{er}, est également complété par une condition de respect du prescrit du nouvel article 183bis CIR (disposition anti-abus), qui n'était pas prévue dans le texte actuel, si ce n'est sous la forme d'une référence générale à l'article 211, § 1^{er} (pour le cas des fusions).

L'article 192, § 1^{er}, CIR actuel écarte le régime général ordinaire d'exonération définitive et inconditionnelle des plus-values réalisées sur actions ou parts dans le cas de plus-values visées à l'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er} (soit les plus-values obtenues ou constatées à l'occasion d'une fusion, scission, opération assimilée ou transformation). Une précision est apportée sur ce point par le projet : l'exclusion du régime général ne concernera plus qu'un des deux cas qui seront désormais visés à l'article 45, § 1^{er}, à savoir (comme aujourd'hui d'ailleurs) les opérations de fusion, scission, opération assimilée ou transformation. Quant aux plus-values réalisées à l'occasion d'échanges d'actions, le projet a choisi de les faire tomber sous le régime général ordinaire de l'article 192. Il y a pourtant une différence de taille à souligner, dans la mesure où un nouvel alinéa 3 est ajouté, qui précise qu'en cas de plus-value réalisée sur des actions reçues à l'occasion d'un échange d'actions, l'exonération est limitée à la différence entre le prix de réalisation et la valeur réelle des actions ou parts retenue au moment de l'opération d'apport. Il ne s'agit donc pas, lors de l'échange, d'une exonération définitive, puisque l'éventuelle réalisation ultérieure des actions reçues en échange sera limitée à la plus-value accrue après l'échange.¹⁵

Le commentaire des articles indique aussi¹⁶ que « par l'ajout des échanges d'actions ou parts, les dispositions complémentaires contenues à l'article 190 sont aussi d'application pour la plus-value réalisée ». Ce passage donne l'impression que la « condition d'intangibilité » concernerait les échanges d'actions immunisés, ce qui n'est pas exact. Puisque les plus-values réalisées à l'occasion d'échanges d'actions sont reprises, comme on l'a vu, à l'article 192, l'article 190 ne les concerne pas, mais le gouvernement évoque¹⁷ des cas où une plus-value serait bien

comptabilisée à l'occasion d'un échange d'actions (à l'encontre du principe de continuité comptable¹⁸) : elle ne pourrait alors être exonérée que moyennant le respect de ladite condition d'intangibilité.

Une telle condition est-elle conforme à l'article 8.1 de la directive, qui énonce le principe selon lequel l'attribution, à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un échange d'actions, de titres de la société bénéficiaire ou acquérante à un associé de la société apporteuse ou acquise, en échange de titres de cette dernière, ne doit par elle-même entraîner aucune imposition ? Le gouvernement répond par l'affirmative, en invoquant l'article 8.4 de la directive (qui déroge à l'article 8.1 si l'associé attribue aux titres reçus en échange une valeur supérieure à la valeur qu'avaient les titres échangés immédiatement avant l'opération), et écrit : « il semble que l'imposition de la condition d'intangibilité n'est pas contradictoire, parce que le contribuable concerné ne reprend pas lui-même la valeur fiscale des actions ou parts apportées dans les nouvelles actions ou parts reçues ».

A l'avenir, il ne sera pas tenu compte de la valeur réelle supérieure à la valeur immédiatement avant l'opération

Cette justification ne serait correcte que si le contribuable concerné bénéficiait (ce qui n'est pas le cas) d'un *step up* sur la valeur des actions obtenues en échange, par lequel il serait à l'avenir tenu compte, comme valeur fiscale, de la valeur réelle supérieure à la valeur immédiatement avant l'opération.

¹⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸ Que l'on trouve exprimé à l'article 78, § 2, de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés. Voir J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, *op. cit.*, pp. 81 et s.

La distinction entre un « apport d'actions ou parts pour lequel les plus-values sont exonérées » (à titre d'échange d'actions au sens de la directive) et les « autres éventualités » (à savoir les apports d'actions sans exonération autre que celle découlant du régime général) aura un impact également sur la formation du capital libéré fiscalement : si l'échange est exonéré (en application de l'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet), il y aura neutralité fiscale, car le capital libéré à l'occasion de l'émission de nouvelles actions sera égal à la valeur d'acquisition des actions apportées dans le chef de l'apporteur ; si l'échange est exonéré en vertu du régime général de l'article 192, le capital libéré sera censé correspondre à la valeur réelle des actions apportées dans la mesure où l'apport est rémunéré en actions (article 184, alinéas 3 et 4, en projet).

Pertes récupérables

Il s'agit ici également de modifications non exigées par la directive.

Nous écrivions dans notre ouvrage¹⁹ : « L'article 6 de la directive introduit un principe de non-discrimination entre opérations nationales et transnationales ; il n'empêche pas un État membre de limiter le transfert des pertes de la société apporteuse.

Certes la directive n'autorise-t-elle pas expressément la limitation de la récupération des pertes de la société absorbante ou bénéficiaire. Compte tenu de l'exigence de la directive que les États membres fassent profiter les opérations transnationales d'un régime aussi favorable que les opérations internes, non pas qu'ils assurent une totale neutralité de l'opération, nous ne pouvons voir dans cette circonstance une indication que l'article 206, § 2, alinéa 1^{er}, CIR 1992 serait contraire à la directive. »

On trouve bien confirmation, dans le projet²⁰, de ce que « les pertes professionnelles antérieures dans le cadre des opérations transfrontalières qui tombent sous le couvert de l'application de la directive doivent recevoir un traitement identique aux pertes professionnelles antérieures dans le cadre d'opérations purement belges ».

¹⁹ *Ibid.*, pp. 269 et 270.

²⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 9.

Le droit fiscal interne est complété, en y reprenant explicitement la règle de *recapture* des pertes subies dans un pays « avec convention », que l'on trouve exprimée aujourd'hui dans plusieurs conventions préventives de la double imposition.²¹ Selon l'exposé des motifs²², pareille disposition de *recapture* est uniquement requise pour des pertes éprouvées dans un pays « avec convention », parce que c'est dans ce cadre que se pose le problème de la combinaison d'une double déduction de pertes avec un seul pouvoir d'imposition.

Les pertes étrangères déduites sont alors réintégrées dans les bénéfices imposables belges

En substance, il sera prévu explicitement dans le CIR que la déduction en Belgique des pertes professionnelles antérieures éprouvées dans des établissements étrangers (situés dans des pays « avec convention ») sera seulement possible pour autant que la société, sur demande du fonctionnaire taxateur, démontre (sans doute sur présentation de décomptes fiscaux étrangers pour les périodes imposables concernées) que ces pertes n'ont pas été prises en déduction à l'étranger. Si, lors d'une quelconque période imposable, des pertes étrangères ont été déduites des bénéfices belges, ces montants déduits sont alors réintégrés dans les bénéfices imposables belges, et ce pour la période imposable pour laquelle la société ne peut plus longtemps démontrer qu'une telle imputation à l'étranger n'a pas eu lieu.²³

²¹ Par exemple : Convention franco-belge, article 19 A, 3 : « les impôts belges peuvent être établis sur des revenus dont l'imposition est attribuée à la France, dans la mesure où ces revenus n'ont pas été imposés en France parce qu'ils y ont été compensés avec des pertes qui ont également été déduites, pour un exercice quelconque, de revenus imposables en Belgique ».

²² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 10.

²³ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 36.

Ce principe sera formulé positivement (« l'imputation (...) est soumise à la condition que la société démontre que (...) ») à l'article 206, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, et négativement (« Le montant des pertes (...) n'est pas pris en considération (...) sauf pour la partie proportionnelle de ces pertes pour laquelle la société démontre qu'elle n'est pas déduite des bénéfices imposables de cet établissement (...) ») à l'article 185, § 3, en projet.

On ne peut que regretter que, dans chacune des formulations utilisées, une preuve négative soit exigée

Le but est, par exemple, d'exclure toute déduction l'année où une perte étrangère a été éprouvée, si une déduction immédiate a lieu à l'étranger, par exemple par application d'un régime étranger de *carry back* (déduction sur les bénéfices taxables des années précédentes), ou si au moment où les pertes sont déduites des bénéfices belges, celles-ci ont déjà été déduites des bénéfices futurs à l'étranger. Les pertes étrangères déjà déduites en Belgique seront rajoutées à la base imposable dans le cas d'une aliénation de l'établissement étranger.²⁴

On peut se demander pourquoi il convenait de formuler à deux endroits différents un même principe, en des termes dissemblables. On ne peut que regretter que, dans chacune des formulations utilisées, une preuve négative soit exigée :

- tantôt la preuve que des pertes n'ont pas été déduites des bénéfices imposables de l'établissement dans l'État où il est situé, ni compensées avec des bénéfices exonérés en Belgique d'autres établissements étrangers de la société ;

- tantôt la preuve que ces pertes n'ont pas (uniquement) été déduites des bénéfices de l'établissement étranger ;

et ce, en dépit de l'affirmation du commentaire des articles²⁵ selon laquelle la charge de la preuve imposée à la société n'exige pas de preuve négative.

Les règles en matière d'imputation des pertes antérieures en cas d'opérations de restructuration exonérées fiscalement sont complétées pour prévoir leur maintien :

- dans l'établissement belge existant après l'opération, au cas où une société résidente serait absorbée ou acquise par une société intra-européenne, ou en cas de transfert de siège d'une SE ou d'une SCE vers un autre État membre de l'UE ;
- dans l'établissement belge existant avant l'opération, au cas où une société résidente absorberait ou acquerrait une société intra-européenne, ou en cas de transfert de siège vers la Belgique.²⁶

Les modifications se situent aux articles 206, § 2 (extension de la réglementation aux cas de fusions, scissions ou opérations assimilées dans lesquelles une société intra-européenne agit comme société absorbée ou scindée, et d'apports d'établissements belges par une société intra-européenne à une société résidente), et 240*bis* (nouvel article pour les cas de fusions, scissions ou opérations assimilées dans lesquelles une société intra-européenne agit comme société absorbante ou bénéficiaire, et d'apports d'établissements belges par une société intra-européenne à une autre société intra-européenne).

À défaut de tout lien avec la Belgique, les pertes étrangères d'une société absorbée intra-européenne éprouvées avant l'opération ne pourront être déduites des bénéfices de la société après l'opération. En outre, toute équivoque est levée sur l'interprétation de ces règles lorsque la valeur fiscale nette d'une des sociétés concernées est négative ou nulle : une valeur négative sera considérée comme nulle.²⁷

²⁴ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 10.

²⁵ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 34.

²⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 11.

²⁷ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 37. L'article 184*ter*, § 3, en projet confirme la position de l'Administration.

La réglementation visée à l'avant-dernier alinéa ci-dessus comprend plusieurs volets :

- la proportion pour apprécier le degré de récupération des pertes de la société absorbante ou bénéficiaire, basée sur l'actif net fiscal de la société avant l'opération, est utilisée également si la société absorbée ou scindée est une société intra-européenne (article 206, § 2, alinéas 1^{er} et 3) ;
- il en va de même pour apprécier le degré de récupération des pertes de la société recevant un apport de branche d'activité ou d'universalité, comportant un établissement belge ou des éléments situés en Belgique : la proportion basée sur l'actif net fiscal de la société bénéficiaire de cet apport avant l'opération aussi utilisée si la société apporteuse est une société intra-européenne (article 206, § 2, alinéas 1^{er} et 5) ;
- une règle analogue existe pour les pertes éprouvées par l'établissement belge d'une société étrangère transférant en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration : la proportion est alors basée sur l'actif net fiscal de cet établissement belge (article 206, § 3, en projet) ;
- dans l'hypothèse où une société intra-européenne est la société absorbante ou bénéficiaire, ce sont les pertes antérieures de son établissement belge qui restent déductibles dans la proportion suivante : VFN (valeur fiscale nette) de cet établissement avant l'opération / VFN de l'établissement + VFN des éléments apportés ou absorbés et maintenus dans l'établissement (article 240bis, § 1^{er}, 1^o en projet) ;
- la proportion pour apprécier le degré de récupération des pertes de la société absorbée ou scindée, basée sur l'actif net fiscal des éléments absorbés avant l'opération, est utilisée également si la société absorbée ou scindée est une société intra-européenne, mais elle est limitée aux pertes et à l'actif de l'établissement belge (article 206, § 2, alinéas 2 et 6) ;
- dans l'hypothèse où une société intra-européenne est la société absorbante ou bénéficiaire, les pertes antérieures d'une société résidente absorbée ou scindée, ou, si la société absorbée ou scindée est intra-européenne, celles de son établissement belge restent déductibles dans le chef

de l'établissement belge de la société absorbante ou bénéficiaire dans la proportion suivante : VFN (valeur fiscale nette) des éléments reçus ou absorbés avant l'opération / VFN de l'établissement de la société absorbante + VFN des éléments reçus ou absorbés et maintenus dans l'établissement (article 240bis, § 1^{er}, 2^o, en projet).

Fusions, scissions et opérations assimilées purement belges

Le choix a été fait par les auteurs du projet d'instaurer l'uniformité entre les dispositions qui concernent les opérations purement belges et celles qui concernent les opérations transfrontalières intra-européennes. Il n'y a donc pas de réglementation fiscale particulière ou complémentaire pour celles-ci.²⁸

Dans deux domaines toutefois, une modification de contenu a été apportée, se répercutant sur les opérations purement belges.

Fusions société mère-filiale

De telles opérations sont caractérisées par des amenuisements des éléments de fonds propres de la société filiale absorbée, dans la mesure de l'annulation des actions de la filiale que possédait la mère. Pour éviter la disparition sans impôts de réserves exonérées, il y a actuellement imposition effective, dans la mesure de l'imputation des éléments de fonds propres de la filiale sur les réserves exonérées.

« Dans la mesure où l'opération n'est pas rémunérée en droits sociaux parce que la société absorbante (ou bénéficiaire) détient des titres de la société absorbée ou scindée, l'opération entraîne l'annulation proportionnelle du capital et des réserves de l'absorbée, l'annulation des réserves étant imputée en priorité sur les réserves taxées (article 211, § 2, alinéa 3, CIR). Pareille annulation est assimilée à une distribution de dividendes, dans la mesure où elle se rapporte à des réserves taxées ou à des réserves immunisées autres que les plus-values simplement exprimées et celles soumises à la taxation étalée de l'article 47, ce qui débouche en fait sur

²⁸ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, pp. 1 et 11. Notre ouvrage avait déjà fait ressortir, aux pages 45 à 47, qu'il ne serait pas admissible qu'une réorganisation transfrontalière soit traitée autrement, voire de manière plus favorable, qu'une opération nationale.

une taxation effective à l'impôt des sociétés du dividende prélevé sur les réserves immunisées autres que celles simplement exprimées et celles à taxer de manière étalée (article 211, § 1^{er}, 2^o, CIR, *a contrario*) ». ²⁹ « La violation de l'article 5 de la directive, qui vise les réserves constituées en franchise d'impôt, apparaît clairement ». ³⁰

Le commentaire des articles ³¹ précise qu'« une approche alternative a été élaborée, puisque le texte de la directive prévoit à l'article 5 d'introduire un régime de transfert des réserves exonérées vers l'établissement stable qui subsiste après l'opération et cela sans distinction si la société absorbée ou scindée et la société absorbante ou bénéficiaire ont un lien mère-filiale ou non ». Soulignons que le risque de contrariété existe seulement dans le cas d'une relation mère-filiale. D'ailleurs, il est à remarquer que l'ajout caractéristique est situé à l'article 211, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, dans lequel il est précisé que « l'imposition prévue à l'article 209 ne s'applique pas dans la mesure où, dans les éventualités [où les sociétés absorbantes ou bénéficiaires détiennent des actions de la société absorbée ou scindée], les premières reprennent les réserves exonérées des secondes qui ne sont pas liées à un établissement étranger situé dans un État avec lequel la Belgique a signé une convention préventive de la double imposition ». ³²

La manière dont doit avoir lieu cette reprise n'est pas précisée dans le texte. Il peut être satisfait à la condition de reprise (le commentaire des articles parle ici d'intangibilité, comme la condition exigée par l'article 190) en constituant une réserve immunisée (via le débit du compte de résultats). La condition sera également satisfaite lorsque les réserves exonérées sont reprises dans un sous-compte distinct du capital parallèlement à la création, pour un montant identique, d'une réserve taxée négative incorporée au capital. ³³

Une imposition aura lieu dans deux situations :

- s'il y a une soulte en espèces imputée sur les réserves exonérées ;
- si la société absorbante ou bénéficiaire est une société intra-européenne et que les éléments apportés ne sont pas conservés dans un établissement belge.

Une réglementation de la reprise des réserves exonérées en cas de scission ou d'opération assimilée est instaurée aux alinéas 2 et 3, en projet, de l'article 211, § 1^{er}, en distinguant le cas où la valeur fiscale nette de la société scindée est nulle.

Les crédits d'impôt pour recherche et développement, et les déductions pour capital à risque sont ajoutés, à l'article 212, alinéa 1^{er}, à la liste des éléments à envisager dans le chef des sociétés absorbantes ou bénéficiaires, comme si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu.

« La plus-value réalisée sur les titres de l'absorbée détenus par l'absorbante, qui devrait être immunisée totalement, définitivement et sans possibilité de dérogation, lorsqu'il s'agit d'une participation d'au moins (...) 15 % [à partir du 1^{er} janvier 2009, de 10 %], peut se voir appliquer le régime des revenus définitivement taxés (RDT) dans lequel la déduction est comprise entre zéro et 95 % (article 204 CIR 1992), voire est de zéro dans l'hypothèse où il n'y a pas de base imposable, ou si la base imposable est insuffisante ». ³⁴ Sur ce point, les articles 202, § 2, et 204, alinéa 2, seront modifiés pour prévoir l'exonération totale exigée par la directive sur la différence positive, dans le chef d'une société mère qui, en cas de fusion ou de scission (transfrontalières ou non), reçoit le patrimoine net (ou des éléments de patrimoine net) de sa filiale. ³⁵

²⁹ J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., pp. 265 et 266.

³⁰ *Ibid.*, p. 87.

³¹ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 39.

³² À ce sujet, il aurait suffi, selon nous, que le texte envisage « un établissement situé à l'étranger ».

³³ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, pp. 39 et 40. Un choix analogue avait déjà été laissé aux contribuables dans la loi du 22 décembre 1998 pour les opérations purement belges (voir J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., pp. 108-117).

³⁴ J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., p. 270.

³⁵ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 36.

Disposition anti-abus

Dans l'économie générale de la directive, telle qu'elle est interprétée par la Cour de justice dans son arrêt Leur-Bloem³⁶, la neutralité est la règle et les États membres peuvent refuser l'application de ce principe seulement si l'opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales.

Même la Cour de cassation a reconnu qu'il appartient au fisc de prouver le contraire

De la sorte, les autorités fiscales ont à fournir la preuve que l'objectif du contribuable était la fraude ou l'évasion fiscales et que des motifs économiques valables étaient absents. Même la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 décembre 2007, a reconnu que l'opération est considérée avoir eu lieu pour des motifs économiques valables et qu'il appartient au fisc de prouver le contraire.

La remarque de l'exposé des motifs³⁷ selon laquelle « le contribuable peut prouver que l'opération n'a pas comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales » n'est pas en contradiction avec ce qui précède, car elle commente uniquement la seconde partie de l'article 183*bis* en projet, qui instaure une présomption dans le cas d'une opération non effectuée pour des motifs économiques valables.

³⁶ C.J.C.E., 17 juillet 1997, C-28/95. Sur cet arrêt et la problématique ici traitée, voir J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., pp. 19-23.

³⁷ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 15.

Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société résidente est absorbée ou scindée

La première condition de l'article 211, § 1^{er}, alinéa 4, est modifiée : pour que la neutralité fiscale puisse s'appliquer, il faut que la société absorbante ou bénéficiaire soit une société résidente *ou intra-européenne*.

Les mêmes réductions de composants fiscaux de fonds propres que celles applicables en cas d'octroi de soultes en espèces (article 211, § 2, alinéas 1 et 2) auront lieu lorsqu'en cas d'absorption ou d'acquisition par une société intra-européenne, les éléments absorbés ou reçus par suite de l'opération ne sont pas affectés dans un établissement dont la société absorbante ou bénéficiaire dispose en Belgique par suite ou non de cette opération, ou ne contribuent pas aux résultats de cet établissement pris en considération pour déterminer la base imposable (article 211, § 2, alinéa 6).

L'article 228, § 2, est complété par un 3^o*bis* ajoutant aux revenus imposables à l'INR/soc. :

- les prélèvements sur réserves exonérées d'établissements belges et lesdites réserves qui ne se retrouveraient pas au niveau d'une nouvelle société résidente née suite au transfert de siège d'une société étrangère vers la Belgique ;
- toute plus- ou moins-value déterminée à l'occasion du prélèvement par le siège social, dans le patrimoine de l'établissement, d'éléments « qui n'y restent pas conservés ».³⁸

L'article 229, § 4, alinéa 1^{er}, définit de manière détaillée les composants des capitaux propres existant en fait dans un établissement belge : le « pseudo-patrimoine propre » de l'établissement³⁹, qui distingue réserves exonérées et taxées, et dotation en capital mise à disposition. L'alinéa 2 indique que « les capitaux propres d'un établissement belge *sont réduits* du montant des moyens empruntés dans le chef du

³⁸ Cette disposition contient, comme on peut le constater, une redondance et assimile des moins-values à des bénéficiaires...

³⁹ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 43. Le but est de pouvoir suivre le développement du patrimoine propre si, par exemple après une fusion transfrontalière avec création d'un établissement belge, celui-ci est ensuite de nouveau incorporé dans une société résidente (*ibid.*).

siège social, dont les intérêts sont à charge du résultat imposable de l'établissement ». Cette disposition doit vraisemblablement se lire comme signifiant que lesdits moyens empruntés ne sont pas pris en compte dans les capitaux propres d'un établissement belge.

Les alinéas 4 et 5 de l'article 229, § 4, en projet traitent des éléments constitutifs des fonds propres fiscaux au niveau d'un établissement belge. Une distinction est opérée entre les opérations taxées et les opérations exonérées. Pour les premières, la valeur réelle nette du patrimoine reçu (correspondant à la valeur réelle qu'avaient les éléments apportés dans la société absorbante ou scindée à la date de l'opération) est déterminante. Pour les secondes, il y a prise en considération des réserves exonérées ou taxées de la société résidente absorbée ou scindée, qui se retrouveront au niveau de la valeur nette totale de l'établissement belge. Dans la même situation d'une opération exemptée, sont énumérés à l'alinéa 5 les divers éléments qui restent déterminés comme si l'opération n'avait pas eu lieu.

Cette disposition doit vraisemblablement se lire comme signifiant que les moyens empruntés ne sont pas pris en compte

Les règles de réduction contenues à l'alinéa 6 sont similaires⁴⁰ à celles comprises dans l'actuel article 211, alinéa 2, pour les opérations domestiques.

Les alinéas 8 et 9 sont symétriques aux alinéas 2 et 3 de l'article 212, pour les opérations purement belges.

Nous avons évoqué déjà les incidences de l'opération sur les pertes antérieures soit de l'établissement belge préexistant de la société absorbante, soit de la société absorbée ou scindée, à la rubrique *Pertes antérieures*, dernier paragraphe, 4^e et 6^e tirets (article 240bis en projet). Si la société absorbante ou bénéficiaire intra-européenne ne possédait pas, antérieurement à l'opération, d'établissement belge, les pertes de la société absorbée (en cas de fusion) seraient maintenues dans l'établissement belge créé lors de la fusion. Il en est de même sur une base proportionnelle en cas de scission. Les pertes provenant des établissements étrangers dont disposait la société absorbée ou scindée avant l'opération ne sont pas déductibles des bénéfices de l'établissement stable de la société absorbante ou bénéficiaire après l'opération.⁴¹

Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société intra-européenne est absorbée ou scindée

Les alinéas 1^{er} et 2 du nouvel article 184bis, § 4, en projet, traitent de la fusion, scission ou opération y assimilée d'une société intra-européenne par laquelle une société résidente reçoit un établissement étranger ou des éléments affectés à l'étranger. Est formulée ici la règle de la reprise du montant du capital libéré présent avant l'opération (au niveau des sociétés étrangères, déterminé selon les normes belges) et la constitution pour le reste des réserves taxées en tenant compte de la valeur comptable des éléments repris qui sont situés à l'étranger.⁴²

L'alinéa 3 du nouvel article 184bis, § 4, est analogue à l'article 211, § 2.

Il ressort du nouvel article 184ter, § 2, alinéa 1^{er}, que les plus-values ultérieures par rapport à des éléments étrangers acquis dans la société résidente sont déterminées sur la base de la valeur comptable de ces éléments au moment de l'opération. Des plus-values qui se rapportent à la période avant l'opération ne sont ainsi pas taxables en Belgique et celles

⁴¹ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 46.

⁴² Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 32 ; Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 17. Celui-ci indique que l'avoir social de la société étrangère constitue des réserves taxées pour les besoins de l'ISoc. belge, dans la mesure où « il n'est pas représentatif des avoirs d'un établissement belge ». Ce texte est assez obscur. On ne retrouve pas la même idée dans le texte de la loi en projet (alinéa 2 du § 4).

⁴⁰ Le texte français mentionne une diminution proportionnelle aux réserves *taxées* de l'établissement belge. Le mot en italique est redondant.

apparues depuis l'opération le sont entièrement. Les amortissements, réductions de valeur et moins-values ne peuvent générer un *step up* fiscal : par conséquent, ils seront déductibles seulement dans la mesure où ils mènent « à une valeur fiscale nette de ces éléments existant au moment de l'opération (qui est égale à la valeur comptable diminuée des plus-values de réévaluation non taxées) ». ⁴³ Autrement dit, « [ils] peuvent être uniquement déductibles dans la mesure où la valeur comptable de ces éléments est inférieure à leur valeur fiscale nette [= valeur d'acquisition diminuée des amortissements pratiqués] au moment de l'opération ». ⁴⁴

Les amortissements sont uniquement déductibles dans la mesure où la valeur comptable est inférieure à la valeur fiscale

L'article 184ter, § 3, vise à donner une base légale à la détermination de la valeur fiscale nette d'un élément, que l'on retrouve aujourd'hui au n° 211/37 du commentaire administratif IR. L'alinéa 2 de ce paragraphe 3 présente la notion nouvelle de « valeur fiscale nette totale des éléments transférés ».

Fusion, scission ou opération y assimilée entre sociétés intra-européennes

Les alinéas 5 et 6 du nouvel article 229, § 4, en projet ⁴⁵ s'appliquent également dans le cas où une société intra-européenne acquiert des éléments dans un établissement belge provenant d'une autre société intra-européenne à l'oc-

cas d'une opération, pour autant que l'exonération visée à l'article 231, § 2, alinéa 1^{er}, soit appliquée dans le chef de la société apporteuse. Les montants des réserves exonérées et taxées, et la dotation en capital dans l'établissement belge transféré se retrouvent, dans l'établissement belge de la société absorbante, respectivement en réserves exonérées et taxées, et en dotation en capital, qui sont soumises aux réductions visées à l'alinéa 6 (nouvel article 229, § 4, alinéa 7). ⁴⁶

Dans ce type d'opérations, on ne retrouve pas de condition selon laquelle un autre État membre où est située l'une des sociétés impliquées dans l'opération devrait appliquer un régime de neutralité fiscale. L'ordre fiscal belge est un régime complet à lui seul dans lequel un décompte fiscal a lieu à partir du moment où des éléments du patrimoine net, qui étaient auparavant entrés en régime de neutralité fiscale dans le cadre d'une réorganisation, sont soustraits au patrimoine de l'établissement belge. ⁴⁷

Apport transfrontalier d'une branche d'activité ou d'une universalité de biens

L'article 229, § 4, alinéa 3, en projet vise les cas :

- d'apport d'une branche d'activité ou d'une universalité de biens à une société intra-européenne aux conditions d'application de l'exonération visée à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o ; ou
- d'apport effectué par une société intra-européenne, aux conditions de l'article 231, § 2, ou d'une exonération similaire d'application dans l'État membre où la société intra-européenne est établie.

Dans ces cas, le montant de la dotation en capital constituée par l'apport est égal à la valeur fiscale nette (voir sur cette notion la rubrique *Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société intra-européenne est absorbée ou scindée*, ci-dessus, *in fine*) que les éléments de cet apport affectés en Belgique avaient dans le chef de l'apporteur.

⁴³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 17.

⁴⁴ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 1398/001, p. 33. Le texte de la loi en projet ne dit pas la même chose et dit même le contraire : « les amortissements, etc., sont uniquement pris en considération dans la mesure où ils résultent en une valeur fiscale nette inférieure à la valeur comptable ».

⁴⁵ Analysés déjà sous la rubrique *Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société résidente est absorbée ou scindée*.

⁴⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 17.

⁴⁷ Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, pp. 44 et 45.

Des modifications sont apportées à l'article 231, § 2, alinéas 1^{er} et 5.

D'abord, la neutralité de la cession d'un établissement belge est étendue, du cas de la cession à une société résidente, à celui d'une opération de réorganisation entre deux sociétés intra-européennes.⁴⁸ Nous avons écrit : « Les apports comportant un établissement belge visés par cette disposition doivent avoir lieu au profit d'une société étrangère. Cette dernière précision peut se déduire de la condition selon laquelle l'établissement (ou les éléments d'actif de celui-ci, sur lesquels une plus-value est constatée) doit être maintenu(s) en Belgique, comme d'ailleurs de la localisation de l'article 231, § 2, CIR 1992 dans le titre V qui traite de l'impôt des non-résidents ; c'est d'ailleurs là également la position de l'administration⁴⁹ ». ⁵⁰ Il n'est donc pas exact qu'il s'agirait d'une extension du cas de la cession à une société résidente, comme le prétend le commentaire des articles : il s'agit en réalité de l'inverse, puisque dorénavant les biens pourront être acquis « *par une société résidente* ou par une société intra-européenne ».

Ensuite, la neutralité de la cession d'un établissement belge est rendue dépendante de l'application effective d'un régime d'exonération d'impôt en conformité avec la directive à l'étranger. Le commentaire des articles omet toutefois de signaler le plus important, à savoir que l'exonération ne sera applicable que si l'opération, non seulement est réalisée conformément au Code des sociétés ou aux dispositions étrangères analogues, mais aussi répond au prescrit de l'article 183*bis* (disposition anti-abus). À ce sujet, nous soulignons dans notre ouvrage : « On relèvera le paradoxe auquel aboutit l'absence d'assujettissement des apports effectués par des sociétés non résidentes dont question au paragraphe 2 de l'article 231, à la condition que l'opération réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, comme il est requis à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 3, CIR 1992 (ce qui pourrait constituer une discrimination à l'encontre des apports effectués par des sociétés résidentes) ». ⁵¹

On relèvera également que l'exonération de l'opération visée à l'article 231, § 3 (à savoir l'apport d'un établissement belge à une société résidente) n'est toujours pas, elle, conditionnée par le respect de la disposition anti-abus.

Il est également prévu que l'imposition ne s'appliquera pas dans la mesure (il faut comprendre « uniquement si ») où l'apport est rémunéré par des actions ou parts nouvelles, « *ou dans la mesure où* (...) la société absorbante ou bénéficiaire reprend dans un établissement belge les réserves exonérées présentes dans l'établissement belge de la société absorbée ou scindée avant l'opération » (article 231, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, en projet). Il me semble que les mots en italique auraient avantageusement été remplacés par « et seulement si ».

En cas d'imposition partielle à l'étranger, par exemple à cause d'une rémunération partielle en actions ou parts, le commentaire des articles⁵² expose la raison pour laquelle il n'y a pas lieu de prévoir, au moment de l'opération, une correction de la valeur des éléments de l'établissement : leur valeur fiscale nette sera en effet retenue pour la régularisation lorsque ces derniers quitteront l'établissement.

Il me semble que les mots « ou dans la mesure où » auraient avantageusement été remplacés par « et seulement si »

Les paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 184*bis* en projet exposent les conséquences de diverses opérations d'apport au niveau du capital libéré, qui sera égal :

- à la valeur fiscale nette que l'apport avait chez l'apporteur, dans les cas d'exonération visés à l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o ;

⁴⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁹ Circulaire du 30 avril 1996, *Bull. contr.*, p. 761.

⁵⁰ J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE, op. cit.*, p. 177.

⁵¹ *Ibid.*, p. 178.

⁵² Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, p. 45.

- à la valeur réelle de l'apport, dans le cas où l'opération n'est pas visée audit article 46 « au seul motif que la condition » de correspondance au prescrit de l'article 183bis (disposition anti-abus) n'est pas satisfaite ;
- à la valeur fiscale nette que l'apport avait chez l'apporteur, sous déduction des réserves taxées et exonérées, dans les cas d'exonération visés aux articles 231, §§ 2 et 3 ;
- à la valeur comptable de l'établissement étranger reçu ou des éléments reçus à l'occasion de l'opération, en cas d'apport par une société étrangère à une société résidente.⁵³

Transferts de siège

De l'étranger vers la Belgique

Les transferts de siège sont régis par le § 5 de l'article 184bis, qui prévoit des dispositions parallèles à celles du § 4 du même article, analysé sous la rubrique *Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société intra-européenne est absorbée ou scindée*.

Les mêmes règles que celles prévues pour une société résidente qui reçoit un établissement étranger ou des éléments affectés à l'étranger sont d'application.⁵⁴ Une exception est toutefois à signaler : les autres éléments transférés de l'étranger parmi les capitaux propres sont considérés comme des réserves exonérées s'il s'agit du transfert d'une société non assujettie à un impôt des sociétés ou établie dans un pays où le régime de droit commun est notablement plus avantageux qu'en Belgique, sauf si cette société est établie dans l'UE et y est soumise aux dispositions du droit commun en matière d'impôts.

L'article 184ter, § 2, précise la valeur à retenir, dans le chef de la société, pour déterminer les plus- et moins-values ultérieures qui sont réalisées sur les actifs sis à l'étranger, dans des termes analogues au cas où une société résidente reçoit par fusion, scission ou opération y assimilée, un établissement étranger ou des éléments affectés à l'étranger. Une exception à la valorisation à la valeur comptable est prévue s'il

s'agit d'une société comme celle visée à l'alinéa qui précède.

La base de calcul des amortissements, réductions de valeur et moins-values est réglée dans les mêmes termes que pour la fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société intra-européenne est absorbée ou scindée.

Les pertes éprouvées par l'établissement belge d'une société étrangère transférant en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration sont récupérables seulement selon la proportion prévue à l'article 206, § 3, en projet.

De la Belgique vers un autre État membre de l'UE

Ce cas de figure n'est réglementé que pour ce qui concerne les transferts de SE ou de SCE, conformément à ce que prévoit la directive (articles 10ter à 10quinquies). La limitation de ce régime aux SE et SCE, alors que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes reconnaît, dans son arrêt Centros⁵⁵, le droit à la liberté d'établissement et à la liberté dans le choix de la localisation du siège social à toutes les formes de sociétés, a été regrettée.⁵⁶

On ne peut s'empêcher en effet de regretter que le projet ne réglemente pas les transferts de siège de la Belgique vers un autre État membre pour les sociétés autres que les seules SE et SCE, puisqu'il réglemente bien les transferts en sens inverse pour toutes les formes de sociétés.

Dans le seul cas spécifique visé (transferts de SE ou de SCE), c'est l'alinéa 5 de l'article 229, § 4, en projet (commenté sous la rubrique *Fusion, scission ou opération y assimilée transfrontalières par lesquelles une société résidente est absorbée ou scindée*) qui est d'application en ce qui concerne les éléments et les capitaux propres qui sont affectés de manière permanente dans un établissement belge dont dispose cette société après le transfert (article 229, § 4, alinéa 10, en projet).

⁵³ Ces éléments échappaient totalement aux règles d'imposition belges avant l'opération et il ne peut donc être question de neutralité fiscale par rapport à la réglementation belge (Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, pp. 31 et 32).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁵ C.J.C.E., 9 mars 1999, C-212/97.

⁵⁶ Avis du comité économique et social européen, Com (2003) 613 final – 2003/0239 COD, *J.O.U.E.*, du 30 avril 2004, C-110/32. Voir, sur le régime de la directive, J.-M. Cougnon, *La Directive fiscale « Fusions » : état de sa transposition en Belgique et modifications apportées par l'UE*, op. cit., pp. 245-254.

L'article 214*bis* en projet exempte, dans le cas de figure spécifique, de toute imposition qui serait basée sur les articles 208, alinéa 2, ou de l'article 209.

La question du report des pertes antérieures de ces SE et SCE est précisée à l'article 240*bis*, § 2 (déjà commenté sous la rubrique *Pertes antérieures*), en ce sens que seules les pertes éprouvées par la société en Belgique avant le transfert sont déductibles dans l'établissement belge dont dispose la société après le transfert.

Autres modifications

Le projet vise à permettre que, pour les opérations de fusion et de scission, l'imposition relative aux revenus imposables recueillis par la société absorbée ou scindée jusqu'à la date de l'opération puisse être établie dans le chef de la société absorbante ou d'une société bénéficiaire dans les délais d'imposition prévus par les articles 353 à 356 et 358 CIR, et ce que la société absorbée ou scindée existe toujours ou non en tant que personne morale.

Cette modification, contenue dans un nouvel article 365 en projet, tend à réagir au risque de voir prise à nouveau une décision telle que celle de la Cour d'appel de Bruxelles⁵⁷ selon laquelle, après l'absorption, un impôt dû sur des revenus réalisés par la société absorbée avant l'absorption ne peut être légalement enrôlé qu'au nom de la société absorbante. Elle serait applicable, compte tenu des remarques faites par le Conseil d'État⁵⁸, aux opérations effectuées à partir de la publication de la loi au *Moniteur belge*.

Parallèlement, pour faciliter la possibilité pour le fisc d'enrôler des cotisations nouvelles (article 355 CIR) ou subsidiaires (article 356 CIR), le projet modifie l'article 357 CIR en ajoutant, à la liste des personnes qui sont assimilées au

« même redevable » pour l'application de ces articles : « selon le cas, la société absorbante ou les sociétés bénéficiaires ».

Enfin, le nouvel article 399*ter* en projet limite le recouvrement de l'impôt d'une société scindée dans le chef de chacune des sociétés bénéficiaires au prorata de la valeur réelle de l'actif net qu'elle a reçu, sauf si l'acte constatant l'opération le prévoit autrement.

Alors que la directive tient en 16 articles assez brefs, le projet ne compte pas moins de 34 articles, certains de plus d'une page

Conclusions

On peut certes se réjouir que, finalement, la Belgique transpose la directive fiscale « fusions » dans l'essentiel de ses dispositions, même si c'est avec un grand retard.

Les auteurs du projet n'ont apparemment pas ménagé leurs efforts pour parvenir à classer logiquement dans le CIR les divers articles nécessaires. Il est frappant de constater qu'alors que la directive tient en 16 articles assez brefs (si l'on excepte l'article 10*bis* traitant des entités transparentes et non transposé par le projet), le projet de transposition ne compte pas moins de 34 articles, certains s'étalant sur plus d'une page de texte.

⁵⁷ Bruxelles, 11 janvier 2008, faisant l'objet d'un pourvoi de l'État devant la Cour de cassation. Il avait été confirmé, dans les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1993 modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, que l'impôt, dans ce cas, ne pouvait plus être enrôlé dans le chef de la société disparue.

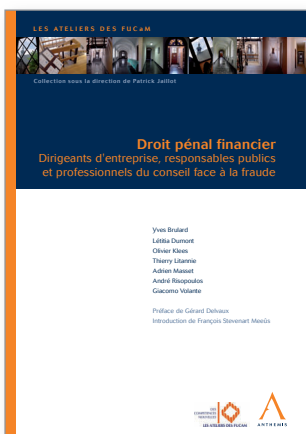
⁵⁸ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-08, n° 1398/001, pp. 86-88.

On doit faire ressortir en conclusions les remarques suivantes, déjà faites ci-dessus :

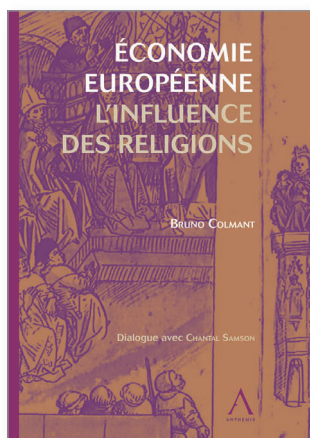
- la directive n'obligeait pas à bouleverser d'une manière aussi profonde la matière de la taxation au titre de revenus divers des plus-values sur actions ou parts ;
- une suite de preuves négatives de non-remboursement d'actions ou parts est mise à charge du contribuable dans l'article 95 CIR ;
- l'exonération à l'ISoc. des échanges d'actions au sens de l'article 2, d), de la directive par le recours à l'article 45, § 1^{er}, CIR, donnant le cas échéant matière à respect de la condition d'intangibilité, est contraire à l'article 8.1 de la directive et ne peut être justifiée par l'article 8.4 de la directive ;
- la réglementation des *recaptures* de pertes antérieures n'était pas nécessaire et il est dommage qu'elle soit basée sur une suite de preuves négatives à fournir par le contribuable ;
- lorsqu'il est indiqué que « les capitaux propres d'un établissement belge *sont réduits* du montant des moyens empruntés dans le chef du siège social, dont les intérêts sont à charge du résultat imposable de l'établissement », il faut sans doute comprendre que lesdits moyens empruntés ne sont pas pris en compte dans les capitaux propres d'un établissement belge ;
- le texte de la loi en projet selon lequel les amortissements, moins-values et réductions de valeur par rapport aux actifs affectés à l'étranger sont uniquement pris en considération « dans la mesure où ils résultent en une valeur fiscale nette inférieure à la valeur comptable » est assez obscur ;
- le projet ne régleme pas les transferts de siège de la Belgique vers un autre État membre pour les sociétés autres que les seules SE et SCE, alors qu'il régleme bien les transferts en sens inverse pour toutes les formes de sociétés. ●

Droit pénal financier

Entreprises et professionnels face à la fraude : responsabilités et sanctions

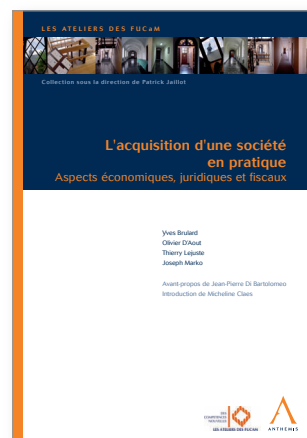


Édition 2008 - 342 pages - 76,50 €



Édition 2008 - 100 pages - 29,50 €

**Économie européenne
L'influence des religions**
Comment les mouvements religieux ont-ils influencé notre économie aujourd'hui en crise ?



Édition 2008 - 370 pages - 78 €

L'acquisition d'une société en pratique
Aspects économiques, juridiques et fiscaux

ANTHEMIS

T. 010 39 00 70 F. 010 39 00 01 info@anthemis.be COMMANDEZ NOS OUVRAGES SUR WWW.ANTHEMIS.BE