

2. La limitation des risques et de la responsabilité en ce qui concerne la gestion du patrimoine donné en location et la professionnalisation de cette gestion. Le contribuable est d'ailleurs devenu un employé de la SPRL, avec un contrat de travail datant du 1er mai 2013.

3. La gestion des biens immeubles donnés en location par le biais d'une société est de nature à favoriser les rénovations et les investissements, du fait que les frais qui en découlent sont déductibles à l'impôt des sociétés.

Il ressort de la désignation du contribuable comme employé et de sa fille comme gérante de

la société que l'objectif n'est pas de vendre les parts, à court ou moyen terme, à des tiers. Il apparaît en outre qu'à la date où l'affaire fut plaidée, les biens immeubles apportés étaient toujours la propriété de la SPRL et qu'il n'y avait toujours pas d'intention de les aliéner.

Selon la Cour, ces motifs montrent clairement que le choix des actes juridiques était justifié par d'autres motifs que l'évitement des droits d'enregistrement. La Cour décide par conséquent qu'il n'y a pas d'abus fiscal.

Stefaan Van Crombrugge

Impôt des sociétés

Cassation : la prime de titrisation finalement exclue de 'l'exit tax'

Dans un récent arrêt, la Cour de cassation décide que la prime dite 'de titrisation' ne fait pas partie de la valeur réelle de l'avoir social qui sert de base à l'exit tax à laquelle sont soumises certaines sociétés d'investissement réglementées (Cass., 28 novembre 2019, n° F.18.0012.N, www.cass.be). La Cour casse ainsi un arrêt dans lequel la Cour d'appel d'Anvers avait estimé qu'il fallait tenir compte de la 'prime de titrisation'.

Contexte

Bien que l'arrêt en question concernât spécifiquement une 'SICAFI' agréée par l'Autorité des services et marchés financiers ('FSMA'), il a aussi une importance particulière pour les autres sociétés d'investissement réglementées soumises à l'exit tax, comme les sociétés agréées par la FSMA en tant que 'sociétés immobilières réglementées' ('SIR') ou les sociétés inscrites en tant que fonds d'investissement immobilier spécialisé (FIIS) auprès du SPF Finances. Notons par ailleurs que quasiment toutes les SICAFI sont passées au statut de SIR ces dernières années et ce, pour des raisons réglementaires (*Fisco*. 2014, n° 1387, p. 6).

Le *ratio legis* de l'exit tax vient du régime fiscal favorable dont bénéficient les sociétés d'investissement collectif. En principe soumises à l'impôt des sociétés, ces sociétés ne sont imposables que sur une base limitée, à savoir sur le montant total des avantages anormaux ou bénévoles reçus, des dépenses et charges non déductibles au titre de frais professionnels (autres que les réductions de valeur et moins-values sur actions ou parts), et des 'surcoûts d'emprunt' qui ne sont pas considérés comme des frais professionnels (à la suite de la déduction limitée des intérêts qui vient d'être introduite en exécution de la

directive 'ATAD'; voyez *Fisco*. 2020, n° 1642, p. 3); (art. 185bis, § 1, CIR 1992). Elles peuvent en outre être soumises à la cotisation spéciale sur commissions secrètes. Autant d'éléments qui signifient que ces sociétés d'investissement ne sont pas imposables sur leur résultat comptable, en ce compris les plus-values.

Imaginons une société 'normalement imposée' qui est par exemple agréée comme SICAFI ou SIR. L'application du régime fiscal favorable précité devrait normalement conduire à ce que toutes les plus-values latentes (non réalisées) à ce moment et toutes les réserves immunisées déjà comptabilisées à ce moment échappent définitivement à l'impôt. Pour éviter ceci, le législateur a instauré un impôt unique, appelé l'exit tax. Au départ, son taux avait été fixé à la moitié du taux normal de l'impôt des sociétés. Par conséquent, le taux de l'exit tax s'élevait jusqu'il y a peu à 16,995 % (33,99 % : 2). Ce taux a toutefois été réduit temporairement à 12,5 % en 2018 (plus contribution complémentaire de crise); (taux applicable aux 'opérations effectuées à partir du 1er janvier 2018'). Il a par contre été relevé à 15 % pour les opérations effectuées à partir du 1er janvier 2020 (art. 217, CIR 1992), soit davantage que 50 % du taux normal actuel de l'impôt des sociétés (25 %); (*Fisco*. 2020, n° 1639, p. 9).

L'*exit tax* s'applique concrètement lorsqu'une société immobilière est agréée par la FSMA par exemple comme SICAFI ou, désormais, comme SIR (ou lors de l'inscription en tant que FIIS par le SPF Finances). Cet agrément (ou cette inscription) sont traités fiscalement comme une dissolution et une liquidation (art. 210, § 1, 5° et 6°, CIR 1992). L'*exit tax* s'applique également notamment en cas de fusion, de scission et d'opération assimilée à une fusion ou une scission à laquelle prend part une SICAFI ou une SIR agréée par la FSMA (ou un FIIS inscrit par le SPF Finances). Pareille réorganisation ne relève donc pas du régime de neutralité fiscale (art. 211, § 1, al. 6, CIR 1992).

Base imposable

Dans le cadre de ces opérations qui, fiscalement, sont assimilées à une dissolution et une liquidation (agrément ou fusion, scission et transactions assimilées), "la valeur réelle de l'avoir social à la date" de l'opération "est assimilée à une somme répartie en cas de partage de l'avoir social" (art. 210, § 2, CIR 1992). La différence positive entre, d'une part, la somme allouée par fiction légale et, d'autre part, le montant revalorisé du capital libéré, est considérée comme un 'dividende distribué' auquel l'*exit tax* s'applique.

Dans ce contexte, la question fondamentale est de savoir comment déterminer la 'valeur réelle de l'avoir social'. Le commentaire administratif du CIR 1992 reste relativement vague puisqu'il se contente d'indiquer qu'il ne s'agit pas de la valeur comptable ou de la valeur bilantaire. Pour lui, l'adjectif "réelle" s'entend dans son acception normale et habituelle, à savoir le solde subsistant après déduction de toutes les dettes qui grèvent le patrimoine social, peu importe leur nature ou leur origine et que les dépenses génératrices de ces dettes soient ou non déductibles du point de vue fiscal (*Com. IR 92*, n° 210/14).

Dans une circulaire de fin 2004, l'Administration a néanmoins complété son commentaire (Ci.RH.423/567.729 (AFER 43/2004) du 23 décembre 2004). Elle y a notamment accepté (pressée par le secteur) que la valeur réelle du patrimoine immobilier ne comprend pas les taxes sur les futures transmissions des biens immobiliers: la valeur d'expertise du patrimoine immobilier, telle qu'attestée par le rapport d'un expert immobilier indépendant, peut être diminuée des droits d'enregistrement ou de la TVA sur les biens immobiliers ou les droits réels immobiliers qui sont compris dans l'avoir social.

L'Administration estimait par ailleurs que la 'prime de titrisation' fait bien partie de la base imposable de l'*exit tax*. Est visée par là, la prime que les investisseurs sont disposés à payer au-delà de l'actif net en raison du plus grand degré de liquidités résultant de la cotation en

bourse. Selon la circulaire, la 'valeur réelle' ne peut être inférieure à un montant correspondant à "la valeur de l'avoir social telle qu'elle *aurait été déterminée au regard, selon le cas, de la valeur des actions ou parts émises ou du prix des actions ou parts acquises ou offertes au public*, diminuée des droits ou taxe qui ont été inclus dans la valeur d'expertise susmentionnée" (voyez *Fisco*. 2005, n° 966, p. 4).

Arrêt de cassation

L'affaire qui a été soumise récemment à la Cour de cassation traite de la question de savoir si la prime de titrisation doit ou non intervenir pour définir la valeur réelle de l'avoir social pour l'application de l'*exit tax*.

En bref, l'affaire portait sur la fusion par absorption d'une société C par la société immobilière S, agréée comme SICAFI. Comme il s'agissait d'une fusion impliquant une SICAFI, l'opération était taxable. Il fallait par conséquent définir la base imposable de l'*exit tax*; à savoir, donc, "la valeur réelle de l'avoir social" de la société C à la date de la fusion, diminuée du montant revalorisé de son capital libéré, qui s'élevait à dix millions de francs belges. Il n'y avait aucune contestation à ce sujet. Par contre, le premier terme était, lui, contesté.

Selon l'Administration, la valeur réelle de l'avoir social s'élevait à 54 millions de francs belges (de sorte qu'il fallait considérer le versement d'un 'dividende' imposable de 44 millions de francs belges), tandis que le contribuable était d'avis que cette valeur réelle était inférieure à dix millions de francs belges (de sorte qu'il n'y avait aucun 'dividende distribué'). La différence entre les deux visions résidait dans le fait que le contribuable partait simplement de la valeur réelle de l'actif net de C, alors que l'Administration tenait également compte de la 'prime de titrisation'.

Dans ce cadre, l'Administration s'appuyait sur le fait que les parties avaient apparemment négocié et accepté une 'prime de titrisation'. En effet, une valorisation à 54 millions de francs belges avait été appliquée à deux reprises lors de transactions portant sur des actions de la société C (une vente et un apport en nature). Ces transactions avaient eu lieu peu avant la fusion avec la société S et le réviseur d'entreprises avait certifié cette valeur.

Ce même réviseur a également émis un rapport sur la proposition relative à la fusion par absorption de la société C par la société S, l'opération se basant sur une valeur boursière théorique de la société C de 54 millions de francs belges.

La Cour d'appel d'Anvers donna raison à l'Administration, déduisant des éléments qui précèdent que l'on avait effectivement tenu compte d'une

prime de titrisation pour déterminer le rapport d'échange tel qu'il avait été accepté par toutes les parties. Selon la Cour, cette prime fait partie de la 'valeur réelle' de l'avoir social de la société C et rien n'indique que l'on doive simplement partir de l'actif net pour déterminer cette valeur réelle. L'actif net est 'une notion purement comptable qui n'est en l'espèce pas utile pour déterminer la valeur réelle de l'avoir social'.

La Cour estima en outre que 'rien n'indique' que la base de *l'exit tax* 'doive être limitée aux plus-values latentes sur les biens immobiliers de la société absorbée C, ni que l'on ne pourrait pas tenir compte d'autres éléments susceptibles d'influencer la valeur réelle de l'avoir social'.

La Cour décida dès lors que l'on pouvait tenir compte des perspectives d'avenir, et, partant, d'une prime de titrisation (Anvers, 25 avril 2017, 2015/AR/1880).

Le contribuable s'est pourvu en cassation contre cet arrêt. Avec succès. Dans son arrêt du 28 novembre 2019, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'Anvers. Dans des termes très sommaires, la Cour affirme que 'la valeur réelle de l'avoir social [égale] la valeur réelle des actifs de la société, diminuée des provisions et des dettes. *La prime de titrisation, soit la majoration, en sus de l'actif net de la société, que l'investisseur est disposé à payer pour les actions dans la SICAFI, en raison de ses caractéristiques particulières, ne fait pas partie de ces éléments de l'avoir social*' (traduction libre).

Commentaire

En statuant de la sorte, la Cour de cassation se rallie au point de vue du secteur, qui est d'avis que la valeur réelle de l'avoir social ne peut être autre que la valeur réelle de l'actif net de la société reprise, c'est-à-dire la valeur réelle des éléments de l'actif, minorée des provisions et des dettes. La prime de titrisation vient s'ajouter à l'actif net et reflète le prix que les investisseurs sont disposés à payer pour le plus grand degré

de liquidités, ainsi que pour le statut fiscal particulier de la SICAFI ou de la SIR. Cette prime est toutefois indépendante *en soi* de la valeur réelle des actifs de la filiale absorbée.

La Cour confirme ainsi que la base de *l'exit tax* ne porte que sur les actifs concernés, dont les plus-values latentes déjà constituées ne peuvent pas échapper complètement à l'impôt des sociétés; cette base n'a donc rien à voir avec les perspectives d'avenir de la société repreneuse comme SICAFI ou comme SIR (statut fiscal particulier, cotation en bourse, liquidité, etc.).

Au vu de ces éléments, l'Administration aurait tout intérêt à actualiser sa circulaire de 2004 le plus rapidement possible, de manière à faire toute la clarté sur la façon dont la valeur réelle de l'avoir social doit être calculée concrètement.

Enfin, se pose la question des conséquences de l'arrêt de cassation sur d'autres litiges (pendants ou non). Cet arrêt peut-il être considéré comme un 'élément nouveau' (au sens de l'art. 376, § 1, CIR 1992) sur base duquel d'autres contribuables pourraient introduire une demande de dégrèvement d'office? Ou s'agit-il d'un changement de jurisprudence que le législateur a explicitement exclu de la notion 'd'élément nouveau' (art. 376, § 2, CIR 1992)? Traditionnellement, seuls les arrêts dans lesquels la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour constitutionnelle belge se prononcent à l'occasion d'une question préjudicielle sur la compatibilité d'une règle légale avec le droit européen ou constitutionnel, sont considérés comme un fait ou élément nouveau et non comme un changement de jurisprudence. En l'espèce, l'arrêt de la Cour de cassation porte sur une simple question d'interprétation et est étranger à toute appréciation en rapport avec une norme juridique supérieure, de sorte qu'il est fort probable qu'il s'agisse vraiment d'un changement de jurisprudence.

Marc De Munter

La base de l'exit tax n'a rien à voir avec les perspectives d'avenir de la société comme SICAFI ou comme SIR

Avantages de toute nature

ATN lors de la cessation d'un usufruit et d'un droit de superficie accessoire

Jusqu'à présent, le problème lié aux éventuels avantages de toute nature (art. 32, al. 2, CIR 1992) qu'un gérant recueille sur base d'un usufruit qu'il a attribué à sa société ou que celle-ci a acquis s'est toujours présenté sous

deux formes dans la jurisprudence. La première question qui se pose est de savoir si la société n'a pas payé un prix excessif pour l'usufruit dans le cadre d'une acquisition conjointe (*Fisco*. 2016, n° 1469, p. 11 et n° 1485, p. 8-10; *Fisco*. 2018,