
Séminaire pluridisciplinaire[BR]- La participation à un séminaire sur une thématique fiscale pointue [BR]- Séminaire pluridisciplinaire : "Quel sort pour les RDT dans le cadre d'une fusion par absorption fiscalement neutre ?"

Auteur : Hagelsteens, Marjorie

Promoteur(s) : Thilmany, Jean; Richelle, Isabelle

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master de spécialisation en droit fiscal

Année académique : 2016-2017

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/2836>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Quel sort pour les RDT dans le cadre d'une fusion par absorption fiscalement neutre ?

Marjorie HAGELSTEENS

Travail de fin d'études : Séminaire pluridisciplinaire (15 ects)

Master de spécialisation en Droit fiscal

Année académique 2016-2017

Titulaires :

Marc BOURGEOIS

Professeur ordinaire

Jean BUBLOT

Maitre de conférences et avocat

Tuteurs académiques :

Jean THILMANY

Maître de conférences

Isabelle RICHELLE

Professeur

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur Thilmany, Maître de conférences à l'Université de Liège. En tant que directeur de mémoire, il a su me guider dans mon travail, me conseiller et faire preuve d'une grande disponibilité.

J'adresse mes sincères remerciements à Madame Richelle, Professeur à l'Université de Liège. En tant que lecteur, elle a su faire preuve d'attention et de disponibilité pour répondre à chacune de mes questions.

Je remercie mes très chers parents ainsi que mon compagnon pour leur soutien tout au long de mes études, leur présence durant la rédaction de ce mémoire, leurs remarques et relectures. Comme le relève si bien Silvio Pellico « Un père et une mère sont nos premiers amis, ils sont les mortels à qui nous devons le plus ».

Je remercie Laura Alexandre pour son soutien et ses judicieux conseils. La valeur de son amitié m'est inestimable.

Je souhaiterais enfin adresser mes remerciements et ma gratitude à l'ensemble des personnes qui ont accepté de m'aider dans la réalisation de ce mémoire.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	7
Titre 1 : La fusion par absorption entre sociétés belges.....	10
Chapitre 1 : La fusion par absorption - Notions de droit des sociétés.....	10
Section 1 : Historique	10
Section 2 : Définition et caractéristiques.....	11
Section 3 : Les effets juridiques de la fusion par absorption.....	12
Chapitre 2 : La fusion immunisée en matière d'impôt sur les revenus	13
Section 1 : Historique	13
Section 2 : La fusion fiscalement neutre dans le chef des sociétés	15
§1. Conditions d'immunisation de la fusion.....	15
§2. Conséquences de l'immunisation	20
Chapitre 3 : Brèves considérations relatives aux droits d'enregistrement.....	22
Chapitre 4 : Brèves considérations relatives à la TVA.....	23
Titre 2 : Le sort des excédents de RDT à l'occasion d'une fusion fiscalement neutre	24
Chapitre 1 : la directive mère-fille et le régime belge des RDT.....	24
Section 1 : La directive mère-fille et sa transposition en droit belge	24
Section 2 : Brève présentation du régime belge des RDT.....	26
Chapitre 2 : le report de l'excédent de RDT	27
Section 1 : Les affaires Cobelfret et KBC et leurs conséquences en droit belge.....	28
Section 2 : L'affaire Punch Graphix.....	30
Chapitre 3 : le transfert de l'excédent de RDT à l'occasion d'une fusion fiscalement neutre	31
Section 1 : Limitation du transfert des RDT au prorata applicable aux pertes professionnelles ?	32
§1. La position défendue par le SDA.....	32
§2. Les jugements du tribunal de première instance du Bruxelles.....	33
A. Le jugement du 17 février 2016 : la reconnaissance de l'application de l'article 206, §2 du CIR92.....	34
B. Le jugement du 20 mai 2016 : la confirmation de l'application de l'article 206§2 du CIR92 ..	38
Section 2 : Une déduction intégrale pour les RDT transférés ?.....	40
§1. La directive mère-fille	40
§2. La directive fusion	42
§3. L'article 206, §2 : une disposition anti-abus problématique.....	43
§4. L'affaire Punch Graphix	44
Conclusions	46
Bibliographie.....	49

INTRODUCTION

1. L'importance du mécanisme de la fusion en pratique.- Dans la pratique des affaires, la fusion entre deux entreprises est un mécanisme juridique souvent utilisé. Pour le premier semestre de l'année 2015, il semblerait que pas moins de 230 fusions-acquisitions aient eu lieu au Benelux, soit plus d'une opération par jour¹ ! Les opérations de fusion relatées par la presse se chiffrent souvent en sommes astronomiques. A titre d'illustration, en 2016, les deux principaux brasseurs mondiaux, AB InBev et SABMiller, ont procédé à une fusion évaluée à 103 milliards de dollars². Il convient néanmoins de garder à l'esprit qu'à côté de ces opérations de fusion chiffrées en milliards de dollars, il existe de nombreuses opérations de fusion entre petites et moyennes entreprises.

2. Motivations d'une opération de fusion.- Les entreprises décidant de recourir au mécanisme de la fusion peuvent être mues par une multitude d'objectifs. A titre d'illustration, une opération de fusion peut, tout d'abord, être motivée par la recherche de synergies³. Les entreprises souhaitent alors regrouper leurs activités en une seule entité afin de réaliser des économies d'échelle ou encore de réduire les coûts administratifs⁴.

Ensuite, les entreprises recourant au mécanisme de la fusion peuvent souhaiter diversifier ou recentrer leurs activités⁵. Une entreprise qui souhaiterait se lancer dans un nouveau domaine d'activité pourrait tenter de fusionner avec une société d'ores et déjà active dans ce secteur d'activité. A l'inverse, une société qui souhaiterait recentrer ses activités dans un domaine particulier pourrait fusionner avec une société ayant un meilleur taux de pénétration dans le marché.

En outre, la fusion peut encore être pratiquée pour de nombreux autres motifs tels que l'accélération de la croissance de l'entreprise, l'accroissement de sa participation dans le marché, ou l'élimination de la concurrence⁶. Dans ce dernier cas, l'entreprise souhaitant fusionner devra néanmoins offrir une prime aux actionnaires de la société cible afin qu'ils acceptent de procéder à une telle fusion.

¹CMS, *European M&A Outlook : a study of European M&A activity*, 2015 : Rapport disponible sur <https://cms.law/en/BEL/News-Information/CMS-publishes-its-European-M-A-Outlook> ;

²Articles de presse traitant de la fusion entre AB InBev et SABMiller disponibles sur : <http://www.lesoir.be/1328564/article/economie/2016-09-28/actionnaires-d-ab-inbev-et-sabmiller-valident-fusion>, <http://www.lalibre.be/economie/libre-entreprise/fusion-entre-ab-inbev-et-sabmiller-le-siege-de-l-entreprise-sera-a-louvain-57a2deeb35704fe6c1cfbf28>

³R., BREALEY, S. MYERS, F. ALLEN, *Principles of Corporate Finance*, New York, McGraw-Hill/Irwin, 2014, p. 808

⁴H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion » in *Acquisitions, financement et cessions d'entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 546, n° 848 ; Th., BLOCKERYE, *Acquisition, fusions et réorganisation de société*, Limal, Anthémis, 2016, p. 353 ; R., BREALEY, S. MYERS, F. ALLEN, *op.cit.*, pp. 809 et 814

⁵R., BREALEY, S. MYERS, F. ALLEN, *op.cit.*, p. 812

⁶*Ibid.*, pp. 810-812

Enfin, le recours à la fusion peut être mû par des considérations exclusivement fiscales⁷. Cependant, afin de faire face aux multiples abus constatés en la matière, le législateur a apporté de nombreuses modifications au Code d'impôt sur les revenus de 1992 (ci-après CIR92), limitant de la sorte le recours à la fusion en raison d'objectifs uniquement fiscaux. A titre d'illustration, le législateur a ajouté aux conditions existantes deux exigences supplémentaires à l'application du régime de neutralité fiscale à la fusion (infra n^{os} 19 et s.)⁸. Il a tout d'abord précisé, par une loi du 6 août 1993, que l'opération de fusion devait être réalisée conformément aux dispositions du Code des sociétés⁹. Il a ensuite introduit, par une loi du 11 décembre 2008, qu'une opération de fusion ne pouvait être fiscalement neutre que si elle n'avait pas pour objectif principal, ou comme l'un des objectifs principaux, la fraude ou l'évasion fiscale¹⁰. Un autre exemple de modification apportée au CIR92 en raison des abus qui ont été constatés est la limitation de la possibilité, pour la société absorbante, de déduire ses pertes antérieures à la fusion¹¹.

3. Traitement fiscal de la fusion.- Il existe, en droit fiscal, deux régimes distincts applicables aux fusions : le régime de taxation, tel que régi par les articles 209 et 210 du CIR92, et le régime de neutralité fiscale, traité à l'article 211 du CIR92¹². Seules les fusions réalisées en neutralité fiscale seront abordées dans le cadre de ce travail.

4. Répercussions et conséquences de la fusion fiscalement neutre - transfert des revenus définitivement taxés.- Le régime de la fusion fiscalement neutre aura des répercussions sur les différents intervenants à la fusion, à savoir la société absorbante, la société absorbée et ses actionnaires. Comme nous l'étudierons ultérieurement, le régime de neutralité fiscale a pour principal avantage d'assurer une non-imposition, au moment de la fusion, des plus-values latentes et des réserves qui n'ont pas encore été taxées dans le chef des sociétés participant à la fusion¹³. De même, les plus-values réalisées par les actionnaires de la société absorbée à l'occasion de l'échange des actions qu'ils détiennent dans la société absorbée contre des actions de la société absorbante ne seront pas taxées au moment de la fusion. Ce n'est qu'ultérieurement, en dehors du cadre de la fusion, que ces éléments pourront éventuellement être taxés.

⁷ Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 354

⁸ Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 354

⁹ Loi du 6 août 1993 portant des dispositions fiscales en matière de fusion et de scission de sociétés, *M.B.*, 31 août 1993

¹⁰ 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'Etats membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, modifiée par la Directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, *M.B.*, 12 janvier 2009

¹¹ Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 354 ; Loi du 22 décembre 1989 portant des dispositions fiscales, *M.B.*, 29 décembre 1989

¹² H., LAMON, *op.cit.*, p. 558, n° 873 ; W., VANDENBERGHE, *Van ontbinding tot fusie, fiscale aspecten*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 593, n° 398

¹³ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 593, n° 398

A propos des conséquences sur le plan fiscal, il existe une controverse sur le sort à réserver, à l'occasion d'une fusion, aux revenus définitivement taxés (ci-après RDT). La doctrine, l'administration et la jurisprudence se déchirent sur la question de savoir si les RDT de la société absorbée pourront être intégralement déduits dans le chef de la société bénéficiaire de la fusion, au même titre que la déduction pour investissement ou la déduction pour capital à risque ou si, au contraire, il convient de refuser leur déduction ou de la limiter au prorata applicable aux pertes¹⁴.

5. Fil conducteur.- Le tribunal de première instance de Bruxelles a rendu, le 17 février 2016, un jugement traitant précisément du sort à réserver aux RDT dans le cadre d'une fusion par absorption fiscalement neutre. Cette décision nous servira de fil conducteur tout au long de ce travail et nous permettra de délimiter la matière abordée. Dans cette affaire, deux sociétés belges possèdent des participations dans des filiales et reçoivent chacune des dividendes auxquels peut être appliqué le régime des RDT. Faute de base imposable suffisante, les deux sociétés ne peuvent déduire ces RDT et les reportent, accumulant de la sorte un stock de revenus déductibles de 396.210,72€ pour l'une et de 5.826.981,27€ pour l'autre. Après mûre réflexion, ces deux sociétés acceptent de procéder à une fusion par absorption avec une autre société belge, société avec laquelle elles n'ont aucun lien de participation. L'absorption des sociétés se fait sous le régime de la neutralité fiscale. Les RDT des sociétés absorbées, non encore déduits par celles-ci, pourront-ils l'être par la société absorbante ou seront-ils perdus ? S'ils peuvent être transférés à la société absorbante, à concurrence de quel montant pourront-ils l'être ?

6. Plan.- Afin de traiter ces questions, nous analyserons, dans un premier titre, le mécanisme de la fusion par absorption entre sociétés belges. Il conviendra, tout d'abord, de présenter brièvement le mécanisme de la fusion par absorption pour ensuite appréhender le régime de la neutralité fiscale applicable à l'opération. Il s'agira alors d'analyser les conditions d'immunisation de la fusion pour, dans un second temps, étudier ses conséquences. Une brève attention sera également accordée aux conséquences engendrées par la fusion en matière de TVA et de droits d'enregistrement. Dans le deuxième titre, nous nous interrogerons plus précisément sur le traitement fiscal des RDT en matière de fusion fiscalement neutre. Il s'agira notamment d'analyser la position défendue par le service des décisions anticipées et l'administration fiscale belge, confirmée par le tribunal de première instance de Bruxelles dans deux décisions, pour ensuite nous demander s'il ne serait pas possible d'aboutir à une autre conclusion.

¹⁴ H., LAMON, *op.cit.*, p. 568, n° 891

TITRE 1 : LA FUSION PAR ABSORPTION ENTRE SOCIÉTÉS BELGES

7. Propos introductifs.- Avant même d'attaquer en profondeur la question du sort à réserver aux revenus définitivement taxés en matière de fusion fiscalement neutre, nous estimons opportun, dans le cadre d'un séminaire, de tout d'abord rappeler brièvement le mécanisme même de la fusion en droit des sociétés pour, ensuite, étudier le régime fiscal de neutralité pouvant lui être appliqué. Une brève attention sera également accordée au régime des droits d'enregistrement ainsi qu'à la TVA, de sorte que la fusion puisse effectivement avoir lieu en exonération de tout impôt dans le chef des sociétés.

CHAPITRE 1 : LA FUSION PAR ABSORPTION - NOTIONS DE DROIT DES SOCIÉTÉS

Section 1 : Historique

8. Introduction en droit des sociétés belge du concept de fusion.- Durant de longues années, la notion de fusion est restée étrangère à la législation applicable en droit des sociétés belge¹⁵. La doctrine et la jurisprudence s'étaient alors alliées afin de reconnaître certains effets juridiques à la fusion, tels que la transmission à titre universel des actifs et passifs de la société absorbée¹⁶. Cependant, tous les problèmes pratiques se présentant ne pouvaient pas être résolus en raison de l'absence de réglementation par le droit des sociétés¹⁷.

Par une loi du 29 juin 1993, à l'occasion de la transposition de la troisième directive CEE sur les fusions et de la sixième directive CEE sur les scissions, le législateur belge a introduit en droit des sociétés le concept de fusion¹⁸. Néanmoins, en raison du champ d'application de la loi de 1993, seules les fusions entre sociétés de droit belge étaient visées, c'est-à-dire les fusions entre sociétés ayant la nationalité belge et ayant leur siège de direction effective en Belgique¹⁹. Si la doctrine considérait déjà, à cette époque, que les fusions transfrontalières étaient possibles, ce n'est que par la transposition de la directive 2005/56/CE par une loi du 8 juin 2008 que le législateur belge consacra cette possibilité²⁰.

¹⁵ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 595, n° 400

¹⁶ Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 356

¹⁷ *Ibid.*, p. 356

¹⁸ H., LAMON, « Chapitre 6 -Fusion », *op.cit.*, p. 547, n° 851

¹⁹ *Ibid.*, p. 547, n° 852 ; D., VAN GERVEN, « Afdeling 2 - Fusies » in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, Gent, Larcier, 2016, p. 1203, n°572

²⁰ N., BOUVERET, H., VANHULLE, « Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières », *R.G.F.*, 2009, n°1, p. 17 ; D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1203, n°572 ; Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 361 ; I., VANDE VELDE, « Eindelijk fiscale neutraliteit voor grensoverschrijdende herstructurerings », *Fisc.Act.*, 2008, n°34

A l'heure actuelle, la matière des fusions est régie par le Code des sociétés (ci-après C. soc.). Les fusions internes, entre sociétés belges, sont traitées au titre II du livre XI, intitulé « restructuration de sociétés »²¹. Les fusions transfrontalières, quant à elles, sont soumises à des dispositions spécifiques reprises par le titre 5bis du même livre. Comme nous l'avons précisé précédemment (supra n°5), seule la fusion entre sociétés belges sera étudiée et nous nous focaliserons plus particulièrement sur le régime fiscal applicable lors de cette fusion.

Section 2 : Définition et caractéristiques

9. Existence de plusieurs types de fusion.- Le Code des sociétés distingue deux types de fusion, à savoir la fusion par absorption (article 671 C. soc.) et la fusion par constitution d'une société nouvelle (article 672 C. soc.)²². Par ailleurs, le Code des sociétés assimile également à une opération de fusion par absorption plusieurs opérations particulières telles que la fusion silencieuse (article 676 C. soc.) ou encore la fusion partielle (article 677 C. soc.). Chacune de ces opérations se voit attribuer sa propre définition mais, en raison de la limitation du sujet du présent travail (supra n°5), notre étude portera uniquement sur la notion de fusion par absorption.

10. Définition de la fusion par absorption.- En vertu de l'article 671 C. soc., la fusion par absorption est définie comme « l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'intégralité de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la société absorbante et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées, ou à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ».

11. Caractéristiques essentielles de la fusion par absorption.- A l'issue de la définition offerte par l'article 671 C. soc., nous retenons quatre caractéristiques essentielles en matière de fusion par absorption²³.

Tout d'abord, il doit exister, préalablement à la fusion, deux ou plusieurs sociétés. Une société en formation ne peut pas fusionner²⁴. Ensuite, le patrimoine de la ou des sociétés absorbées doit faire l'objet d'une transmission universelle vers la société absorbante. En outre, la ou les sociétés absorbées devront faire l'objet d'une dissolution sans liquidation. Enfin, les actionnaires de la ou des sociétés absorbées devront bénéficier d'actions ou de parts de la société absorbante²⁵. Ils peuvent, le cas échéant, se voir octroyer une somme d'argent mais celle-ci ne pourra pas dépasser le dixième de la valeur nominale des actions émises, ou à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable. Si la soulte dépasse ce montant, alors la

²¹ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 595, n° 400

²² D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1203, n°572

²³ Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, « section II - les fusions » in *Droit des sociétés. Précis.*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1028, n° 1485

²⁴ D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1201, n°571

²⁵ *Ibid.*, p. 1201, n°571

restructuration ne pourra pas être qualifiée de fusion au sens du Code des sociétés. Relevons que la limitation de la soulte à 10% en matière de fusion nationale n'existe pas dans le régime applicable aux fusions transfrontalières. En effet, l'article 772/2 C. soc. autorise le versement d'une soulte aux actionnaires qui soit supérieure au dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable²⁶.

Section 3 : Les effets juridiques de la fusion par absorption

12. Les différents effets de la fusion.- Conformément à l'article 682 C. soc., la fusion par absorption entraîne de plein droit et simultanément les effets suivants²⁷ :

- A. La société absorbée cesse d'exister, elle est dissoute sans liquidation.
- B. L'intégralité du patrimoine actif et passif de la société absorbée est transférée à la société absorbante.
- C. Les actionnaires ou associés de la société absorbée deviennent actionnaires ou associés de la société absorbante.

13. (A) Disparition de la société absorbée.- Si le principe est la dissolution sans liquidation de la société absorbée, ce dernier souffre néanmoins d'une exception. Selon l'article 682 C. soc., la société dissoute est réputée exister pendant un délai de 6 mois afin de répondre de l'action en nullité de la fusion qui peut être intentée²⁸. Si une telle action devait être introduite, l'existence de la société absorbée s'étendra jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action par une décision coulée en force de chose jugée²⁹.

14. (B) Transmission du patrimoine de la société absorbée.- La fusion par absorption entraîne la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. Tous les actifs et passifs seront inclus dans les comptes de la société absorbante à la valeur pour laquelle ils sont apparus dans les comptes de la société absorbée³⁰. Selon la Cour de cassation, la société absorbante ne peut être considérée comme la continuatrice de la société absorbée³¹. Il n'y a donc pas de survie passive de la société dissoute au sein de la société absorbante³².

Au principe du transfert de plein droit de l'intégralité du patrimoine, il existe trois exceptions. La première de ces exceptions est relative aux actes translatifs ou déclaratifs de

²⁶ *Ibid*, p. 1201, n°571

²⁷ Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1038, n° 1503 ; H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion » *op.cit.*, p. 549, n° 855 ; Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 356

²⁸ D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1205, n°573

²⁹ Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1042, n° 1507 ; D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1205, n°573

³⁰ D., VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1206, n°573

³¹ Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I., p. 749

³² Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1039, n° 1504

droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques³³. Ce n'est qu'à la suite d'une transcription conforme à la loi hypothécaire que ces actes seront opposables aux tiers.

La deuxième exception concerne la transmission des droits de propriété industrielle ou intellectuelle. Le transfert de tels droits, lorsqu'il est consécutif à une fusion, doit répondre aux conditions de publicité prévues par les lois spéciales applicables en la matière³⁴ afin d'être opposable aux tiers³⁵.

Enfin, la dernière exception est étroitement liée à l'existence de clauses restreignant la libre cessibilité d'éléments d'actif ou de passif en cas de fusion. L'article 682 du Code des sociétés établissant le principe de transmission universelle du patrimoine n'est pas d'ordre public. Il convient dès lors de respecter ces clauses et, par conséquent, de ne pas transférer ces éléments d'actif ou de passif dans le patrimoine de la société absorbante³⁶.

15. (C) Echange de droits sociaux.- A l'issue de la fusion, le capital de la société absorbante se verra augmenté. En raison de cette augmentation de capital, les associés de la société absorbée vont recevoir des actions de la société absorbante³⁷. En principe, ces titres seront répartis entre les associés de la société absorbée par l'ancien conseil d'administration de cette dernière, organe en fonction au moment de la fusion. Précisons néanmoins que lorsque la société absorbante détient des actions de la société absorbée, aucune nouvelle action ne sera émise en représentation des actions détenues par l'absorbante dans l'absorbée³⁸. Concernant les actions détenues par la société absorbée dans la société absorbante, ces dernières deviendront des actions propres détenues par la société absorbante.

CHAPITRE 2 : LA FUSION IMMUNISÉE EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LES REVENUS

Section 1 : Historique

16. Les directives 90/434/CEE, 2005/19/CE et leur transposition en droit belge.- En plus d'une harmonisation du droit commun de la fusion (supra n°8), le législateur européen a également opté pour un rapprochement de la législation fiscale des Etats membres afin d'instaurer un cadre commun européen pour le regroupement des sociétés³⁹. La directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 crée ainsi les bases d'un régime de neutralité fiscale pour différentes opérations de restructuration, dont la fusion transfrontalière entre

³³ *Ibid.*, p. 1041, n° 1506

³⁴ Nous pensons par exemple à la loi uniforme Benelux sur les marques du 30 juin 1969, le Traité de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen,...

³⁵ Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1041, n° 1506

³⁶ Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1041, n° 1506

³⁷ VAN GERVEN, *op.cit.*, p. 1205, n°573

³⁸ Article 703,§2 du Code des sociétés ; Y., DE CORDT, P., LAMBRECHT, J., MALHERBE, P., MALHERBE, *op.cit.*, p. 1043, n° 1508

³⁹ N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 17

sociétés établies au sein de l'Union européenne⁴⁰. Cette directive n'avait été transposée que partiellement. En effet, seuls les aspects relatifs aux apports d'universalité et de branches d'activité avaient été transposés par la loi du 28 juillet 1992⁴¹. Quant au régime de neutralité fiscale des fusions, il n'avait été introduit dans le CIR92 qu'au bénéfice de réorganisations entre sociétés résidentes⁴².

La directive fiscale de 1990 a ensuite été complétée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005. Celle-ci introduisait un régime de neutralité fiscale pour le transfert du siège statutaire d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne d'un Etat membre vers un autre⁴³. Cette directive devait faire l'objet d'une transposition pour le 1^{er} janvier 2006 mais la Belgique, à nouveau, ne transposa pas la directive dans les temps et fit d'ailleurs l'objet d'une condamnation en manquement par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE)⁴⁴.

Il fallut attendre la loi du 11 décembre 2008 pour que le législateur belge transpose complètement la directive 90/434/CEE telle que complétée par la directive 2005/19/CE⁴⁵. Ces deux dernières ont fait l'objet d'une refonte dans la directive 2009/133/CE⁴⁶.

17. Applicabilité de la directive aux fusions entre deux sociétés belges.- Lors de la transposition des directives par la loi du 11 décembre 2008, le législateur a choisi de ne pas prévoir une réglementation fiscale particulière pour les opérations purement internes⁴⁷. Il a effectivement précisé, à l'article 2 de cette loi, que celle-ci étendait, mutatis mutandis, les dispositions de la directive aux opérations purement nationales⁴⁸.

Cette transposition extensive des directives a deux conséquences : d'une part, les dispositions du CIR92 relatives aux réorganisations s'appliquent tant aux fusions transfrontalières qu'aux fusions nationales et, d'autre part, les dispositions relatives aux opérations de restructuration nationale ont été modifiées afin de correspondre aux exigences

⁴⁰ J.-A., DELCORDE, T., TILQUIN, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE - (n° 6990) », *Rev. prat. Soc.*, 2009, n°1, p. 30, n° 36

⁴¹ I., VANDE VELDE, *op.cit.*, 2008, n°34

⁴² J.-A., DELCORDE, T., TILQUIN, *op.cit.*, p. 31, n° 39 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 17 ; I., VANDE VELDE, *op.cit.*, 2008, n°34

⁴³ N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 17

⁴⁴ CJCE, 8 mai 2008, *Commission c. Belgique*, C-392/07

⁴⁵ J.-A., DELCORDE, T., TILQUIN, *op.cit.*, pp. 40-41, n° 50

⁴⁶ A., MAITROT DE LA MOTTE, « Section 2. - Les limites de l'harmonisation fiscale » in *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 530, Note de bas de page n°1628 ; A., TIBERGHEN, *Manuel de droit fiscal*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 1897, n° 9482

⁴⁷ P.-F., COPPENS, « Synthèse » in *L'entreprise face au droit fiscal belge - Volume 2*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 269-270, n° 21.1 ; A., BROHEZ, K., DE SCHUTTER, M., DHAENE, A., GUBBELS, L., KETELS, G., PALMAERS, F., SAELENS, *Les réorganisations transfrontalières : Evolutions législatives récentes en droit des sociétés, droit social et droit fiscal*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 79 ; I., VANDE VELDE, *op.cit.*, 2008, n°34

⁴⁸ Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance avec la directive 90/434/CE 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'Etats membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, *Doc. Parl.*, Chambre, 2007-2008, doc. n° 1398/001, pp. 11 et 22

fixées par la directive⁴⁹. Dès lors, en vertu de l'arrêt Leur-Bloem de la Cour de justice de l'Union européenne, les dispositions du CIR92 doivent être interprétées conformément aux dispositions de la directive, y compris pour les fusions purement nationales, et la Cour de justice est compétente pour contrôler cette interprétation⁵⁰.

Section 2 : La fusion fiscalement neutre dans le chef des sociétés

18. Plan.- Le Code d'impôt sur les revenus de 1992 distingue deux catégories de fusion : la fusion taxée et la fusion immunisée. En vertu des articles 209 et 210 du CIR92, la fusion constitue en principe une dissolution et liquidation imposable au titre de dividendes dans le chef de la société absorbée. Néanmoins, lorsque les conditions de l'article 211 du CIR92 sont remplies, cette fusion pourra faire l'objet d'un traitement fiscal neutre⁵¹. Au sein de la présente section, nous allons tout d'abord étudier chacune de ces conditions (§1) pour, ensuite, nous intéresser aux conséquences engendrées par l'application du régime de neutralité fiscale (§2).

§1. Conditions d'immunisation de la fusion

19. Article 211, alinéa 2 et les diverses conditions d'application.- La fusion est fiscalement neutre à condition que « 1° la société absorbante ou bénéficiaire soit une société résidente ou une société intra-européenne; 2° l'opération soit réalisée conformément aux dispositions du Code des sociétés et, le cas échéant, conformément aux dispositions analogues du droit des sociétés applicables à la société intra-européenne absorbante ou bénéficiaire; 3° l'opération répond au prescrit de l'article 183bis ». De cet article 211, alinéa 2, nous retirons que pour tomber sous le régime de la neutralité fiscale, une fusion entre sociétés belges doit remplir trois conditions (fil conducteur - supra n°5)⁵².

20. (A) La société absorbante doit être une société résidente.- La notion de société résidente est définie par le CIR92, en son article 2, §1^{er}, 5°, b), comme étant « toute société qui a en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration et qui n'est pas exclue du champ d'application de l'impôt des sociétés »⁵³.

⁴⁹ A., BROHEZ, K., DE SCHUTTER, M., DHAENE, A., GUBBELS, L., KETELS, G., PALMAERS, F., SAELENS, *op.cit.*, p. 80 ; L., DE BROE, K., WILLOQUE, « Fiscaalrechtelijke gevolgen van inbreuken op het wetboek van vennootschappen » in *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat*, Gent, Larcier, 2011, p. 878

⁵⁰ CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem contre Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, C-28/95, Rec. 1997, p. I- 4161, *F.J.F.*, 1997, n°190, p.192, *R.G.F.* 1997, n°12, p.408 ; A., BROHEZ, K., DE SCHUTTER, M., DHAENE, A., GUBBELS, L., KETELS, G., PALMAERS, F., SAELENS, *op.cit.*, p. 80 ; L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 878 ; J., SCHAFFNER, « 4. - Les réorganisations d'entreprises » in *Droit fiscal international*, Windhof, Larcier, 2013, p. 248, n° 168

⁵¹ N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 21

⁵² A., TIBERGHIEN, *op.cit.*, p. 520, n° 1531,50

⁵³ Précisons néanmoins qu'en vertu de l'article 211, §1^{er}, alinéa 3, le régime de neutralité ne s'appliquera pas aux opérations auxquelles prend part une société d'investissement à capital fixe en biens immobiliers ou en actions non cotées ou une société immobilière réglementée agréée par l'Autorité des services et marchés financiers ou

Nous souhaiterions préciser la portée de cette première condition. En effet, la loi fusion de 2008 a étendu cette première condition et admet que le régime de neutralité fiscale puisse également s'appliquer à la fusion si la société absorbante est une société intra-européenne. Cette notion est définie par l'article 2, §1^{er}, 5°, b)bis du CIR92 comme étant (1) une société non résidente, (2) revêtant l'une des formes juridiques reprise par l'annexe de la directive, (3) ayant son domicile fiscal dans un autre Etat membre de l'UE et (4) qui est, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, assujettie à un impôt analogue à l'impôt des sociétés belges⁵⁴. Nous jugions utile d'apporter cette précision car durant plusieurs années, la loi belge est restée contraire aux directives européennes sur les concentrations d'entreprises, notamment parce que le législateur belge ne consacrait pas la possibilité d'appliquer le régime de neutralité fiscale aux fusions par absorption par une société intra-européenne⁵⁵.

21. (B) Conformité au droit des sociétés.- Pour qu'une fusion puisse être considérée comme fiscalement neutre, il faut qu'elle soit réalisée conformément aux dispositions du Code des sociétés. Cette deuxième condition, tout comme la condition de résidence, a été modifiée par la loi de 2008 afin d'y insérer la référence aux dispositions de droit étranger applicables dans le cadre d'une fusion transfrontalière⁵⁶. Cette hypothèse ne nous retiendra cependant pas puisque notre étude se limite à envisager une fusion par absorption entre sociétés belges.

Afin que la fusion par absorption soit conforme au droit des sociétés, il faut, tout d'abord, qu'elle réponde à la définition donnée par l'article 671 du Code des sociétés à cette notion. Il est donc parfaitement concevable qu'une opération ait économiquement les mêmes effets qu'une fusion par absorption, c'est-à-dire une disparition de la société dont le patrimoine global se retrouve dans le chef de la personne morale absorbante (supra n°12), mais qu'elle ne rencontre cependant pas la définition offerte par l'article 671 C. soc.⁵⁷. Dans un tel cas, l'opération ne pourra alors pas bénéficier de la neutralité fiscale offerte par l'article 211 du CIR92⁵⁸. A titre d'illustration, une fusion rémunérée par une soulte dépassant 10% de la valeur nominale ou du pair comptable des actions ou parts attribuées ne respectera pas l'article 671 C. soc. et ne pourra dès lors pas se voir appliquer le régime de neutralité fiscale⁵⁹.

Ensuite, pour que le régime de neutralité puisse être appliqué, il convient, en principe, que les règles procédurales prévues aux articles 693 et suivants du Code des sociétés soient respectées. Est-ce à dire que toute dérogation, même minime, à ces règles emporte la non-

qui est inscrite auprès du SPF Finances sur la liste des pricaf privées ou sur la liste des fonds d'investissement immobiliers spécialisés, sauf si uniquement de telles sociétés prennent part à l'opération.

⁵⁴ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, p. 560, n° 877

⁵⁵ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 625, n° 428

⁵⁶ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, pp. 560-561, n° 878

⁵⁷ N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 18 ; L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 874

⁵⁸ L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 874

⁵⁹ Projet de loi modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en vue de le mettre en concordance avec la directive 90/434/CE 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'Etats membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, modifiée par la directive 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, *Doc. Parl.*, Chambre, 2007-2008, doc. n° 1398/001, p. 11, p. 6 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 18

application du régime de neutralité fiscale⁶⁰? Deux interprétations sont possibles. Soit l'article 211 du CIR92 est interprété strictement et il convient alors de considérer que toute violation de la procédure de fusion fixée par le Code des sociétés, même mineure, est suffisante pour faire perdre à l'opération sa neutralité fiscale, soit on applique l'exigence de conformité au Code des sociétés de façon plus nuancée, de sorte que la neutralité fiscale ne soit perdue qu'en cas de violation d'un des éléments essentiels de la procédure^{61/62}. La question fut soulevée lors des travaux préparatoires mais aucune réponse n'y a été apportée⁶³.

Certains auteurs, tels que W. VANDENBERGHE et S. VAN CROMBRUGGE, soutiennent que l'article 211 du CIR92 doit être interprété de façon stricte⁶⁴. Nous souhaiterions néanmoins prendre nos distances par rapport à cette interprétation. L'exigence de conformité au Code des sociétés au titre de condition d'application du régime de neutralité fiscale a été introduite dans le CIR92 en 1993, en inspiration de la directive 90/434/CEE, directive finalement transposée en 2008. Or, à aucun moment cette directive, ni même la directive 2009/133/CE la remplaçant, ne prévoit l'obligation de respecter les règles du Code des sociétés afin de pouvoir bénéficier du régime de neutralité fiscale. En insérant cette condition dans la loi, le législateur belge a ajouté une condition à la directive⁶⁵. Or, comme nous l'avons précisé précédemment, le droit belge doit être interprété en conformité avec la directive (supra n°17).

D'autres auteurs, tels que H. LAMON, G. SPANOGHE, D. GILLET, H. VANHULLE, N. BOUVERET ou encore L. DE BROE et K. WILLOQUE, considèrent, à raison selon nous, que l'application du régime de neutralité fiscale ne pourra être rejetée que s'il y a une violation de dispositions pouvant entraîner la nullité de la fusion⁶⁶. Si le législateur a effectivement ajouté une condition d'application au régime de neutralité, il nous paraît peu concevable qu'il ait pu vouloir que l'administration puisse refuser l'application du régime de neutralité fiscale à la moindre petite infraction ne touchant pas à la validité de la fusion. Une telle sanction serait disproportionnée et porterait atteinte à l'objectif principal poursuivi par la directive, à savoir que les restructurations de sociétés ne soient pas « entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des Etats membres »⁶⁷. Par conséquent, nous aurions tendance à considérer que l'administration a la

⁶⁰ L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 874

⁶¹ Peut être considérée comme une règle essentielle de la procédure, une règle prescrite à peine de nullité de la fusion. Par exemple : Si à l'occasion d'une fusion, les rapports sur le projet de fusion ne sont pas établis par le commissaire, ou à défaut, par le réviseur d'entreprise ou l'expert comptable désigné par les administrateurs, il y a alors une violation des règles de procédure pouvant entraîner la nullité de la fusion (articles 689 et 695 C. soc.)

⁶² L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 874

⁶³ S., VAN CROMBRUGGE, « Fusies en splitsingen in het inkomstenbelastingenrecht anno 1993 », *T.R.V.*, 1993, p. 370, n° 34

⁶⁴ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 627, n° 429 ; S., VAN CROMBRUGGE, *op.cit.*, p. 371, n° 34

⁶⁵ L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 877 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 19

⁶⁶ D. GILLET, H. LAMON, G. SPANOGHE, « Réorganisation transfrontalières d'entreprises : Transposition de la directive fusion en droit fiscal belge », *C. & F.P.*, 2009, n°4, pp. 100-101 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 19 ; N., DE BEULE, B., CALUWÉ, C., RAPOYE, « § 1. - Voorwaarden » in *Splitsingen en partiële splitsingen*, Gent, Larcier, 2013, p. 132, n°333 ; N., DE BEULE, L., AGACHE, C., VAN CRAEYVELT, « Afdeling 2 - Het belastingvrije stelsel » in *Inbreng van een algemeenheid van goederen of een tak van werkzaamheid*, Gent, Larcier, 2016, p. 94, n°297 ; L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 877

⁶⁷ L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, p. 880 ; D. GARABEDIAN, « Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux » in *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*, Larcier, 2009, p. 97, n° 43

capacité d'évaluer la validité de l'acte et peut refuser l'application du régime de neutralité fiscale uniquement si la violation du droit des sociétés pourrait conduire à l'annulation de la transaction. La question demeure néanmoins largement controversée en doctrine. Tant que le législateur n'apportera pas de plus amples précisions sur le sujet, ce dernier continuera probablement à faire l'objet de discussions et d'oppositions entre les différents auteurs⁶⁸.

22. (C) Respect de la disposition anti-abus prévue à l'article 183bis du CIR92.-

L'ancienne disposition anti-abus prévoyait que l'exonération fiscale des restructurations de sociétés était soumise à la condition que l'opération réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique⁶⁹. Dans son arrêt du 13 décembre 2007, la Cour de cassation a jugé, en se référant à l'arrêt *Leur-Bloem* de la CJUE, que cette clause de « besoins légitimes » devait être interprétée conformément à la clause anti-abus contenue dans la directive 90/434/CE⁷⁰. A l'occasion de cet arrêt, la Cour a ajouté que, contrairement à la pratique en vigueur, la charge de la preuve incombait à l'administration et non au contribuable.

A l'issue de cette jurisprudence de la Cour de cassation, le législateur procéda à une modification du CIR92: il abandonna la clause de besoins légitimes et la remplaça par l'article 183 bis du CIR92, disposition qui paraphrase l'article 11 de la directive fusion. Ce nouvel article énonce que l'opération de fusion, pour bénéficier du régime de neutralité fiscale, ne peut avoir comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale. Le fait que l'opération ne soit pas effectuée pour des motifs économiques valables 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 fiscale.

Concernant l'impact de ce changement de rédaction, selon D. GARABEDIAN, H. VAN HULLE et N. BOUVERET, il n'apporte guère de modifications sur le fond⁷¹. En effet, en vertu de l'arrêt du 13 décembre 2007 de la Cour de cassation, l'ancienne disposition anti-abus devait déjà recevoir une interprétation conforme au prescrit de la directive. Tout comme c'était le cas sous le régime de la clause de « besoins légitimes », la restructuration motivée par des motifs économiques valables continuera à bénéficier du régime d'immunité fiscale. Si cette modification ne présente pas d'intérêt sur le fond, elle clarifie néanmoins les conditions à respecter pour empêcher l'application de la disposition anti-abus⁷². Le champ d'application de celle-ci devient plus restrictif et il sera probablement plus compliqué pour l'administration de refuser l'application du régime d'immunité fiscale⁷³.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la charge de la preuve repose sur l'administration⁷⁴. C'est à elle qu'il appartient de démontrer que la fusion tombe

⁶⁸ L., DE BROE, K., WILLOQUE, *op.cit.*, pp. 883-884

⁶⁹ D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 91, n° 37 ; T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 308

⁷⁰ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 308 ; Cass, 13 décembre 2007, *Cour. Fisc.*, 2008, p. 355, note M. Van Kiersblich,

⁷¹ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 309 ; D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 93, n° 39 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 20

⁷² D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 93, n° 39

⁷³ D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 93, n° 39 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 20

⁷⁴ Cass, 13 décembre 2007, *FJF*, n°2008/135.

sous le coup de la disposition anti-abus⁷⁵. L'administration pourra tenter de rapporter cette preuve de manière directe en prouvant que la fusion a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale mais cette preuve sera toutefois difficile⁷⁶. C'est la raison pour laquelle l'administration préfère recourir à une voie indirecte, en démontrant que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables⁷⁷. Cette conception a été reprise par la Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 27 janvier 2009⁷⁸.

Selon D. GARABEDIAN, il existe trois catégories de circonstances permettant de considérer un motif économique comme étant non valable⁷⁹. Le premier motif non valable est celui qui consiste en la recherche d'un avantage purement fiscal. Le second est celui qui, bien que non fiscal, est tellement général qu'il est présent dans toutes les opérations du même type et rendrait la disposition anti-abus sans effet. Enfin, le troisième et dernier motif non valable est celui qui est certes spécifique à l'opération mais qui est si peu important qu'une personne raisonnable ne procéderait pas à l'opération pour ce seul motif. Dans ce cas, on ne peut tout simplement pas considérer que le motif invoqué est le véritable motif de l'opération.

Le service des décisions anticipées (SDA) a retenu divers critères permettant de conclure à l'existence de motifs économiques valables. A titre d'illustrations, il s'agit du fait que les administrateurs des sociétés parties à la fusion soient identiques dans les deux sociétés⁸⁰, que l'existence de sociétés distinctes ne se justifie plus à l'heure actuelle⁸¹ ou encore le fait que la fusion vise à améliorer la situation financière de la société absorbante afin d'éviter l'application du mécanisme de la sonnette d'alarme en raison de son endettement⁸².

Si l'administration fiscale estime avoir démontré l'absence de motifs économiques valables, la fraude ou l'évasion fiscale sera présumée comme objectif principal ou comme l'un des objectifs principaux de l'opération⁸³. Le contribuable devra alors, s'il souhaite bénéficier de l'application du régime de neutralité, prouver que la fusion n'est pas effectuée dans un but principalement fiscal.

Une dernière précision importante mérite d'être ajoutée et provient de la jurisprudence de la CJUE. Dans son arrêt *Zwijnenburg*, la Cour explique que « l'article 11, paragraphe 1, sous a) de la directive 90/434 doit être interprété en ce sens que les régimes de faveur que celle-ci instaure ne sauraient être refusés à l'assujetti qui a envisagé, par un montage juridique comprenant une fusion d'entreprises, de prévenir le prélèvement d'un impôt tel que celui en cause au principal, à savoir les droits de mutation, dès lors que cet impôt ne relève pas du

⁷⁵ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 309 ; D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 93, n° 40 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 20 ; Cass, 13 décembre 2007, *Cour. Fisc.*, 2008, p. 355, note M. Van Kiersblick ; J. VERSTRAELEN, « Wie moet wat bewijzen met betrekking tot de specifieke antirechtsmisbruikbepalingen in de artikelen 46§1 en 211§1 WIB 1992 : het Hof van Cassatie stelt terug orde op zaken », note sous cassation, 13 décembre 2007, *TFR*, 2008, p. 417

⁷⁶ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 309 ; D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 94, n° 40

⁷⁷ D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 94, n° 40

⁷⁸ Gand, 27 janvier 2009, *RABG*, 2012/10, p. 672

⁷⁹ D. GARABEDIAN, *op.cit.*, pp. 95-96, n° 42 ; T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 310

⁸⁰ Décisions n° 700.059, 600.522 ou encore 800.154

⁸¹ Décisions n° 600.121 et 700.422

⁸² Décision n° 2010.344

⁸³ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 311

champ d'application de cette directive»⁸⁴. En d'autres mots, par ce considérant, la Cour de justice mentionne que le régime de neutralité fiscale ne peut être refusé au contribuable lorsque ce dernier, par une fusion, a voulu éviter le prélèvement d'un impôt ne relevant pas du champ d'application de la directive.

23. Régime applicable sans option.- Sous le régime applicable avant le 1^{er} octobre 1993, la société absorbée qui souhaitait bénéficier du régime de neutralité fiscale devait en faire la demande auprès de l'administration⁸⁵. Ce régime est désormais révolu. Les contribuables n'ont désormais plus le choix : pour les fusions réalisées après le 1^{er} octobre 1993, ils seront obligatoirement soumis au régime de neutralité fiscale, sans possibilité de renonciation, lorsque les conditions prévues par l'article 211 du CIR92 sont rencontrées⁸⁶. La seule façon de bénéficier du régime de taxation de la fusion est de se placer en dehors des conditions d'application de cet article. Se pose alors la question de savoir si une telle pratique ne serait pas contraire à l'article 344 du CIR92. Selon H. LAMON et TH. BLOCKERYE, la disposition anti-abus prévue à l'article 344 ne devrait pas s'opposer au choix du contribuable pour une opération taxable plutôt que pour une opération immunisée d'impôt lorsque la liquidation de la filiale n'est pas artificielle⁸⁷.

§2. Conséquences de l'immunisation

24. Application du régime de neutralité.- Lorsque la fusion est rémunérée exclusivement par des actions, celle-ci est gouvernée par le principe de neutralité fiscale. Les conséquences de ce principe de neutralité vont être abordées brièvement. En raison des limites nous étant imposées, nous ne nous intéresserons en profondeur qu'au sort des RDT (titre 2).

25. (A) Actifs.- Tout d'abord, selon l'article 212 du CIR92, les actifs de la société absorbée seront transférés à la société absorbante à la valeur fiscale qu'ils avaient dans le patrimoine de la société absorbée. Concernant les amortissements des actifs amortissables, la société absorbante ne pourra amortir fiscalement ces actifs qu'à concurrence du montant restant encore à amortir dans le chef de la société absorbée avant l'absorption. Les plus-values ou moins-values réalisées par la société absorbante à l'occasion de l'aliénation, la destruction ou la mise hors d'usage d'actifs absorbés doivent, quant à elles, être déterminées en tenant compte de la valeur d'acquisition ou d'investissement admise antérieurement au sein de la société absorbée, déduction faite des amortissements fiscalement admis avant et après l'absorption⁸⁸. Précisons que les plus-values ou moins-values constatées en raison de la fusion n'interviennent pas dans la détermination de la valeur fiscale des actifs absorbés⁸⁹.

⁸⁴ C.J.U.E (1^{ère} ch.), 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV c. Staatssecretaris van Financiën*, C-352/08

⁸⁵ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, pp. 369-370 ;

⁸⁶ Doc. Parl., Sénat, sess. 1992-1993, n° 765-1, 2 juin 1993, pp. 4 et 5

⁸⁷ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, p. 607 ; BLOCKERYE, *op.cit.*, 2016, p. 76

⁸⁸ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 403

⁸⁹ *Ibid.* ; H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, pp. 558-559, n° 874 ; A., TIBERGHIE, *op.cit.*, p. 520, n° 1531,50

26. (B) Le capital fiscal.- Le capital de la société absorbée est transféré à la société absorbante. Il sera déterminé comme si la fusion n'avait pas eu lieu⁹⁰.

27. (C) Le sort des réserves taxées.- Tout comme les actifs et le capital fiscal, les réserves taxées vont être transférées à la société absorbante et ajoutées à ses propres réserves. Le même sort doit être accordé aux réserves non comptabilisées, aux réserves comptables qui ne seraient pas comprises dans le capital social ainsi qu'aux réserves de sous-évaluation d'actif, à savoir les moins-values liées aux éléments apportés à une valeur inférieure à leur valeur comptable⁹¹.

28. (D) Le sort des réserves exonérées et des plus-values exonérées.- Tout comme les réserves taxées, les réserves exonérées ainsi que les plus-values exonérées de la société absorbée vont être transférées à la société absorbante. Sont plus précisément visées, les plus-values non réalisées ayant été exprimées avant la fusion⁹², les plus-values immunisées sous condition de emploi, les subsides en capital, les plus-values réalisées ou constatées à l'occasion de la fusion ainsi que les réductions de valeurs et provisions immunisées⁹³. Ces éléments ne resteront néanmoins immunisés que pour autant que la société absorbante continue à observer la condition d'intangibilité.

L'article 211 du CIR92 ajoute que lorsqu'une opération de fusion est intégralement rémunérée par l'émission d'actions ou de parts nouvelles, les réserves immunisées autres que celles présentées ci-dessus échapperont également à l'imposition⁹⁴.

29. (E) Les avantages fiscaux.- Concernant la déduction pour investissement, la déduction pour capital à risque ainsi que le crédit d'impôt pour recherche et développement, ils sont transférés à la société absorbante comme si l'opération de fusion n'avait pas eu lieu, sans aucune limitation⁹⁵. Ce transfert à 100% de l'avantage fiscal n'existe cependant pas pour les pertes. Seule une fraction des pertes de la société absorbante ou absorbée pourra être maintenue ou transférée à l'occasion de la fusion. Selon l'article 206, §2 du CIR92, cette fraction sera obtenue en divisant la valeur fiscale nette de la société déficitaire (absorbante et/ou absorbée) avant l'opération par la valeur fiscale nette de la société absorbante et des éléments absorbés avant l'opération⁹⁶. Il résulte de cette formule et de l'article 206 du CIR92 qu'une société absorbée ayant un actif net négatif ne pourra transférer aucune perte à la société absorbante et qu'une société absorbante ayant un actif net fiscal de zéro ne pourra

⁹⁰ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 400 ; H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, p. 565, n° 886 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 21

⁹¹ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 401 ; H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, p. 566, n° 887 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 21

⁹² A l'exception des plus-values sur stocks et commandes en cours d'exécution

⁹³ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, pp. 566-567, n° 888 ; T., BLOCKERYE, *op.cit.*, pp. 401-402 ; N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 21

⁹⁴ N., BOUVERET, H., VANHULLE, *op.cit.*, p. 21

⁹⁵ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, pp. 567-568, n° 889 et 891

⁹⁶ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, pp. 404

conserver aucune perte fiscale. Notons que la notion de valeur fiscale nette est définie par l'article 184ter, §3 du CIR92 transposant en droit belge la notion de valeur fiscale telle que définie par la directive 90/434/CEE.

A propos des revenus définitivement taxés, nous verrons que la question du report de l'excédent RDT non encore déduit de la société absorbée suscite de nombreuses controverses car un tel report n'est pas expressément prévu par la loi. Cette question fera l'objet d'une étude plus approfondie au sein du titre II.

CHAPITRE 3 : BRÈVES CONSIDÉRATIONS RELATIVES AUX DROITS D'ENREGISTREMENT

30. Principe.- En vertu des articles 115 et 115 bis du Code d'enregistrement (ci-après C. enr.), les apports de biens meubles ou immeubles à des sociétés civiles ou commerciales ayant leur siège de direction effective en Belgique ou ayant leur siège statutaire en Belgique et leur siège de direction effective hors du territoire de l'Union européenne sont soumis à un droit d'enregistrement de 0%⁹⁷. Néanmoins, l'article 117 du C. enr. déroge à ce principe et exonère, sous certaines conditions, les apports d'universalité des biens d'une société à une ou plusieurs sociétés nouvelles ou préexistantes grâce au mécanisme de la fusion⁹⁸.

31. Conditions d'exonération.- Afin qu'une opération de fusion soit exonérée de tout droit d'apport, plusieurs conditions doivent être rencontrées⁹⁹ :

- A. L'apport doit être réalisé par une société ;
- B. La société réalisant l'apport doit avoir son siège de direction effective ou son siège statutaire sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique ;
- C. La société doit apporter l'universalité de ses biens ;
- D. L'apport doit être réalisé au profit d'une ou plusieurs sociétés nouvelles ou préexistantes ;
- E. L'apport doit être rémunéré exclusivement par l'attribution d'actions ou parts représentatives de droits sociaux. Une soulte ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions est toutefois admise. Si la soulte dépasse ce montant, alors la transaction est soumise à l'article 120 du C. enr. applicable en matière d'apport mixte. Il convient néanmoins de préciser que la reprise par la société absorbante du passif de la société absorbée relève de l'essence même de l'apport d'universalité et ne fait pas obstacle à l'application de l'article 117 du Code d'enregistrement¹⁰⁰.

⁹⁷ F., WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, Waterloo, Kluwer, 2013, p.1438, n° 1070 ; T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 463

⁹⁸ F., WERDEFROY, *op.cit.*, p.1438, n° 1070

⁹⁹ *Ibid.*, p.1439, n° 1071

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.1459, n° 1078

CHAPITRE 4 : BRÈVES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À LA TVA

32. Principe - les articles 11 et 18, §3 du Code de la TVA.- Ces deux articles excluent la perception de la TVA sur les opérations qui emportent le transfert d'une universalité de biens¹⁰¹. L'article 11 énonce effectivement que « n'est pas considérée comme une livraison, la cession, à titre onéreux ou à titre gratuit, sous forme d'apport en société ou autrement, d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité, lorsque le cessionnaire est un assujetti qui pourrait déduire tout ou partie de la taxe si elle était due en raison de la cession». Pour que cet article 11 ainsi que l'article 18 du Code TVA soient applicables en matière de fusion, deux conditions doivent être réunies simultanément : (1) la cession doit porter sur l'universalité des biens du cédant¹⁰² et (2) le cessionnaire et le cédant doivent être assujettis à la TVA avec un droit à déduction¹⁰³. En d'autres mots, le bénéficiaire de l'opération aurait dû pouvoir déduire tout ou partie de la TVA si la fusion avait été soumise à cet impôt¹⁰⁴.

33. Effets du régime de neutralité.- Les conséquences de l'application de l'article 11 du Code de la TVA sont, d'une part, la non-imposition de la fusion¹⁰⁵ et, d'autre part, la continuation de la personne du cédant par le cessionnaire¹⁰⁶. L'acquéreur peut donc exercer les droits à déduction qui appartenaient au cédant, relativement aux biens cédés. Il devra également procéder aux révisions et régularisations qu'aurait dû réaliser le cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Par contre, les droits à déduction acquis par le cédant avant l'opération le resteront après la fusion et il lui appartiendra également de déclarer les taxes dues sur les opérations antérieures à la fusion.

¹⁰¹ S., JOURDAIN, « Fusions et acquisitions » in *Rulings*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 107-108 ; T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 466

¹⁰² CJCE, 27 novembre 2003, aff. C-497/01, *Zita Modes Sàrl*

¹⁰³ T., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 466

¹⁰⁴ F., BALTUS, « Titre 3 - Les cessions d'universalités ou de branches d'activité et les articles 11 et 18, § 3, du Code de la TVA » in *La TVA*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 252-254

¹⁰⁵ Le fait de ne pas percevoir de TVA sur la fusion supprime un frein assez important à la réalisation de telles opérations. En effet, la TVA sur une fusion peut se chiffrer en un montant colossal que le cessionnaire ne pourrait pas toujours avancer, même s'il le récupérerait par la suite via son droit à déduction.

¹⁰⁶ F., BALTUS, *op.cit.*, p. 259

TITRE 2 : LE SORT DES EXCÉDENTS DE RDT À L'OCCASION D'UNE FUSION FISCALEMENT NEUTRE

34. Propos introductifs - rappel de la problématique.- En pratique, il est possible qu'une société belge faisant l'objet d'une absorption par une autre société belge dispose de RDT qu'elle n'a pas eu l'opportunité de déduire, faute de résultat fiscal positif subsistant. Qu'advient-il de ces RDT ? Pourront-ils être transférés à la société absorbante de sorte qu'elle puisse les déduire ? Avant de tenter de répondre à ces questions, nous présenterons brièvement le régime des RDT tel qu'il est issu de la directive mère-fille. Nous nous demanderons ensuite, en dehors de toute forme de restructuration, si les RDT peuvent être reportés aux exercices ultérieurs, pour enfin essayer de déterminer s'ils peuvent être transmis à l'occasion d'une fusion fiscalement neutre.

CHAPITRE 1 : LA DIRECTIVE MÈRE-FILLE ET LE RÉGIME BELGE DES RDT

Section 1 : La directive mère-fille et sa transposition en droit belge

35. Objectif de la directive : la lutte contre la double imposition des dividendes.- En l'absence de toute mesure luttant contre la double imposition, les dividendes pourraient faire l'objet d'une triple imposition économique-juridique¹⁰⁷. Il y aurait, tout d'abord, une taxation des bénéfices de la filiale qui distribue les dividendes dans l'Etat où elle est fiscalement résidente. Ensuite, les dividendes feraient l'objet d'une retenue à la source dans ce pays de résidence de la filiale. Enfin, la société mère serait taxée dans le pays où elle est résidente

Ce problème de pluri-impositions des revenus est une problématique qui préoccupe, depuis longtemps, les Etats. Ces derniers, afin de lutter contre ce phénomène, ont adopté des mesures unilatérales, bilatérales ou encore multilatérales afin d'atténuer l'impact de la double imposition, voir, dans certains cas, de l'éliminer¹⁰⁸. C'est dans ce cadre qu'a été introduite, en matière de distribution de dividendes, la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents. Ce texte a fait l'objet d'une refonte dans une directive 2011/96/UE.

Afin de lutter contre la double imposition économique des dividendes, l'article 4, §1, de la directive de 2011 prévoit que « Lorsqu'une société mère ou son établissement stable perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués

¹⁰⁷ S., JOURDAIN, « Excédents de RDT : une véritable odyssée fiscale », *C&FP*, 2009, n°8, p. 209

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 209

autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable:

- soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, et les imposent dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale ;
- soit les imposent, tout en autorisant la société mère et l'établissement stable à déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale relèvent des définitions de l'article 2 et respectent les exigences prévues à l'article 3, dans la limite du montant dû et de l'impôt correspondant. »

36. Transposition en droit belge de la directive.- Le législateur belge n'avait pas attendu la directive mère-fille de 1990 pour chercher des solutions au problème de la double imposition des dividendes¹⁰⁹. Il a ainsi intégré, dans le CIR64, des mesures visant à supprimer une telle double imposition économique. En raison de l'adoption de la directive européenne, le législateur belge a dû procéder à une transposition de celle-ci par une loi du 23 octobre 1991 et a créé le régime des RDT tel que nous le connaissons¹¹⁰. Par ce régime, le législateur belge a opté pour la méthode de l'exonération de ces bénéfices. Si les dividendes sont inclus dans le résultat comptable et sont incorporés dans la base imposable, ils feront ensuite l'objet d'une déduction à concurrence de 95% lors de la quatrième opération, à concurrence du résultat fiscal positif subsistant à ce stade¹¹¹. Comme nous le verrons, la question du report des RDT dans le temps a suscité de vives interrogations (infra n^{os} 47 et s.).

Tout comme pour la transposition de la directive fiscale fusion, le législateur a décidé de transposer la directive européenne mère-filiale de façon plus large puisqu'il ne fait pas de distinction selon la provenance des dividendes¹¹². En effet, peu importe que le dividende provienne d'une société européenne, d'une société d'un État tiers ou d'une société belge, le même régime sera applicable à chacune de ces opérations. Cette volonté apparaît clairement dans le rapport de la Commission des finances et du budget de la Chambre. Le ministre des Finances de l'époque expliquait que « cette transposition s'applique "worldwide" c'est-à-dire concerne les flux de dividendes entre les sociétés mères et leurs filiales, quel que soit l'endroit où celles-ci sont établies, sans restriction au seul territoire national ou au territoire d'autres pays membres de la CEE »¹¹³.

Néanmoins, en raison des critiques, des interventions de la Commission européenne afin d'assurer une correcte application de la directive et de la jurisprudence de la CJUE, le régime des RDT a été adapté à plusieurs reprises par le législateur belge et ont été introduites des brèches à l'application universelle du régime¹¹⁴. A titre d'illustration, lorsque le

¹⁰⁹ I., RICHELLE, « Cobelfret et l'interprétation de la directive mères-filiales : le régime des RDT est contraire au g.=droit communautaire », *R.F.G.*, 2009, n°3, p.3

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 209

¹¹¹ O., D'AOUT, « Opérations post-acquisition de titres de sociétés : aspects fiscaux et droit des sociétés » in *l'acquisition d'une société*, Limal, Antémis, 2015, p. 304

¹¹² *Ibid.* ; S., GRAZIOSI, « Les RDT refaçonnés par le droit européen », *C&FP*, 2011, n°10, p. 16 ; J., KIRKPATRICK, D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 239, n° 2.167.

¹¹³ *Doc. Parl.*, Chambre, session 1991-1992, doc n° 1784/003, p.4.

¹¹⁴ S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 16

législateur a adapté la disposition anti-abus du régime RDT par la loi de décembre 2002¹¹⁵, il a prévu que la condition de taxation minimale des dividendes ne s'appliquera pas si les dividendes proviennent de filiales établies au sein de l'Union européenne car les dispositions de droit commun en matière d'impôt applicables aux sociétés dans ces Etats ne sont pas censées être notablement plus avantageuses qu'en Belgique¹¹⁶.

Section 2 : Brève présentation du régime belge des RDT

37. Déduction à concurrence de 95%.- Lorsqu'une société A obtient des dividendes en raison d'une participation dans une autre société B, ces dividendes seront inclus dans la base imposable de la société A. Moyennant le respect de certaines conditions, ces revenus feront toutefois l'objet d'une déduction à concurrence de 95% de leur montant du bénéfice de la société à titre de revenus définitivement taxés¹¹⁷. 5% demeureront donc non-déductibles au titre de RDT¹¹⁸. Précisons toutefois que dans le projet de réforme de l'impôt des sociétés, la déduction pour revenus définitivement taxés pourrait passer de 95 à 100%. Néanmoins, il se pourrait qu'une limitation du montant déductible soit introduite¹¹⁹.

38. Revenus entrant en ligne de compte pour la déduction RDT.- Pourront faire l'objet de la déduction pour revenus définitivement taxés non seulement les dividendes au sens strict, à savoir les dividendes tels que définis par l'article 18 du CIR92, mais aussi les bonis d'acquisition ou de liquidation¹²⁰. Dans ce dernier cas, il existe cependant des règles particulières d'admission au régime des RDT. Tout d'abord, le boni doit avoir été réalisé en conformité avec les articles 186, 187 et 209 du CIR92 ou en conformité avec les dispositions analogues de droit étranger. Ensuite, ne pourra être déduite des bénéfices imposables que la différence positive entre les sommes obtenues ou la valeur des éléments reçus et « la valeur d'investissement ou de revient des actions ou parts acquises, remboursées ou échangées par la société qui les avait émises, éventuellement majorée des plus-values y afférentes, antérieurement exprimées et non exonérées »¹²¹.

¹¹⁵ Par la loi de 2002 réformant l'impôt des sociétés, le législateur intervient et ajoute à l'article 203 les termes suivants : « Les dispositions de droit commun en matière d'impôts visées à l'alinéa 1er, 1°, sont présumées être notablement plus avantageuses qu'en Belgique lorsque dans les cas déterminés par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres : - soit le taux nominal de droit commun de l'impôt sur les bénéfices de la société est inférieur à 15 p.c.; - soit, en droit commun, le taux correspondant à la charge fiscale effective est inférieur à 15 p.c. Pour l'application de l'alinéa 1er, 1°, les dispositions du droit commun en matière d'impôts qui sont applicables aux sociétés établies dans un Etat membre de l'Union européenne sont censées ne pas être notablement plus avantageuses qu'en Belgique ».

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 16

¹¹⁷ J., KIRKPATRICK, D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 240, n° 2.168 ; I., VAN DE WOESTEYNE, « Overdracht DBI - overschotten als secundair kenmerk van overgenomen vennootschap », *Fisc. Act.*, 2010, n° 12, p. 7

¹¹⁸ S., Graziosi, *op.cit.*, p. 17

¹¹⁹ Tiberghien, sur son site internet, évoque l'introduction d'une limitation de la déduction des RDT à un montant de 750.000 euros. Au-delà, seul 40% du montant sera pris en compte. Les RDT qui n'auront pas été utilisés pourront être reportés.

¹²⁰ A., TIBERGHIE, *op.cit.*, pp. 476-477, n°s 1503-1504

¹²¹ D. DARTE, Y., NOEL, *Maîtrisez l'I.soc.*, Liège, Edi-pro, 2015, pp. 409-411

39. Conditions d'application de la déduction pour RDT.- Il existe deux conditions d'application du régime des RDT : une condition de participation et une condition de taxation¹²².

Concernant tout d'abord la condition de participation, la société bénéficiaire des dividendes doit impérativement détenir une participation dans la société distribuant les dividendes de 10% du capital ou une valeur d'investissement d'au moins 2.500.000 euros¹²³. Celle-ci doit être détenue en pleine propriété pendant une période d'au moins un an, tout en sachant que la durée de détention « ne doit pas nécessairement être atteinte au moment de l'attribution du dividende »¹²⁴. Afin de déterminer la participation de 10%, seules seront prises en compte les actions ou parts représentatives du capital social. La valeur d'investissement de la participation est quant à elle appréciée à sa valeur historique, avant application de toute réduction de valeur ou réévaluation¹²⁵.

Enfin, pour que la déduction des RDT puisse s'appliquer, il faut que la société distributrice des dividendes ait subi une imposition analogue à notre impôt des sociétés. Sont dès lors exclus du régime toute une série de dividendes, tels que les dividendes provenant de sociétés étrangères non-assujetties à l'impôt des sociétés ou à un impôt étranger analogue, de sociétés d'investissement,... Pour l'étude de ces exceptions, nous renvoyons à l'ouvrage de D. DARTE et Y. NOEL ou encore au manuel d'A.TIBERGHIE¹²⁶.

CHAPITRE 2 : LE REPORT DE L'EXCÉDENT DE RDT

40. Propos introductifs.- Le régime belge prévoyait que les RDT n'étaient déductibles qu'à concurrence des bénéfices imposables subsistant après la troisième opération à l'ISOC. L'excédent de RDT qui ne pouvait pas être déduit du résultat de l'exercice était alors perdu. La Cour de justice de l'Union européenne, à travers plusieurs décisions, a cependant condamné ce régime¹²⁷. Le législateur belge est alors intervenu et a modifié l'article 205 du CIR92 afin d'y intégrer le principe de reportabilité des excédents RDT sur les périodes imposables ultérieures pour les dividendes de l'Espace économique européen^{128/129}.

Dans ce chapitre, nous allons brièvement introduire la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que ses conséquences en droit belge. Ce chapitre est

¹²² O., D'AOUT, *op.cit.*, p. 305

¹²³ S. Graziosi, *op.cit.*, p. 17

¹²⁴ J., KIRKPATRICK, D. GARABEDIAN, *op.cit.*, p. 241, n° 2.169 ; S. Graziosi, *op.cit.*, p. 17

¹²⁵ D. DARTE, Y., NOEL, *op.cit.*, p. 412

¹²⁶ D. DARTE, Y., NOEL, *op.cit.*, pp. 413-420 ; A., TIBERGHIE, *op.cit.*, pp. 480-484, n° 1509

¹²⁷ I., VAN DE WOESTEYNE, *op.cit.*, p. 7 ; CJUE, 12 février 2009 (Cobelfret c. Belgische Staat), C-138/07, T.F.R., 2009/7, n°359, p-321-327 ; CJUE, 4 juin 2009 (KBC Bank NV et Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV c. Belgische Staat), C-439/07 et C-499/07

¹²⁸ O., D'AOUT, *op.cit.*, p. 307 ; A., TIBERGHIE, *op.cit.*, pp. 485, n° 1510 ; I., VAN DE WOESTEYNE, *op.cit.*, p. 7

¹²⁹ Relevons que les bonis d'acquisition et de liquidation sont exclus du report des RDT. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs décidé, dans un arrêt du 18 octobre 2012, que cette exclusion n'est pas contraire à la directive Mère-fille.

fondamental puisque l'Etat et une partie de la doctrine se fondent sur ces dispositifs pour justifier le transfert partiel ou intégral des RDT d'une société absorbante à une société absorbée à l'occasion d'une fusion fiscalement neutre.

Section 1 : Les affaires Cobelfret et KBC et leurs conséquences en droit belge

41. L'arrêt Cobelfret.- Dans cette affaire, la Cour a été amenée à se prononcer sur la conformité du régime belge des RDT avec l'article 4 de la directive mère-fille. Au terme du régime applicable, les dividendes recueillis par une société mère sont initialement inclus dans sa base imposable pour ensuite être déduits à concurrence de 95% de leur montant¹³⁰. En cas d'absence ou d'insuffisance de bénéfices, le solde de RDT est alors perdu car le droit belge n'admet pas le report des RDT sur les périodes imposables suivantes¹³¹.

La Cour explique qu'afin d'éviter la double imposition des dividendes, la Belgique a choisi la méthode prévue par l'article 4, §1, premier tiret de la directive, à savoir la méthode de l'exonération¹³². La Cour relève que cette disposition ne prévoit aucune condition en ce qui concerne l'existence d'autres bénéfices imposables pour que les dividendes perçus par la société mère ne soient pas soumis à imposition¹³³. Or, le régime belge, en refusant le report aux exercices suivants de l'excédent RDT n'ayant pas pu être déduit faute de base imposable, crée une telle condition : la société ne peut bénéficier de cet avantage qu'à la condition de ne pas avoir subi un résultat négatif¹³⁴. La Cour conclut alors que les Etats membres ne peuvent pas instaurer unilatéralement de telles mesures restrictives¹³⁵.

Si la Cour aurait pu en rester là, elle va cependant plus loin et relève que lorsque la société mère ne réalise pas d'autres bénéfices, le régime des RDT tel qu'il était en vigueur en Belgique avait pour conséquence de réduire les pertes de cette société à concurrence des dividendes perçus¹³⁶. Or, puisque la réglementation fiscale belge admet le report des pertes sur les exercices fiscaux suivants, ces dividendes pour lesquels les RDT n'ont pas pu être reportés feront l'objet d'une double imposition indirecte lors des exercices ultérieurs¹³⁷. La Cour juge effectivement qu'« il s'ensuit que, même si les dividendes perçus par la société mère ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice fiscal au cours duquel ces dividendes ont été distribués, ladite réduction des pertes de la société mère est susceptible d'avoir pour effet que cette dernière subit indirectement une imposition sur ces dividendes lors des exercices fiscaux ultérieurs, lorsque son résultat est positif »¹³⁸. Elle conclut ensuite

¹³⁰ O., HERMAND, P., DELACROIX, C., WILS, « Une nouvelle déduction fiscale est née : les excédents RDT - Commentaire du nouvel article 205§3 du CIR », *R.G.F.*, 2010, n°2, p.4

¹³¹ *Ibid.*, p.5

¹³² Considérant n° 32-33

¹³³ Considérant n° 34

¹³⁴ Considérant n° 35

¹³⁵ Considérant n° 36

¹³⁶ Considérant n° 37

¹³⁷ Considérant n° 39-40

¹³⁸ Considérant n° 40 ; I., RICHELLE, « Cobelfret et l'interprétation de la directive mères-filiales : le régime des RDT est contraire au droit communautaire », *R.F.G.*, 2009, n°3, p.5

que le fait que les RDT ne puissent pas être reportés aux exercices suivants n'est compatible ni avec le libellé ni avec les objectifs et le système de la directive 90/435¹³⁹.

Cet arrêt est également intéressant sur un autre point : la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît expressément l'effet direct dont est revêtu l'article 4, §1^{er}, premier tiret de la directive. Elle relève que cette disposition est formulée en des « termes non-équivoques et n'est assortie d'aucune condition ni subordonnée dans son exécution ou dans ses effets à l'intervention d'aucun acte, émanant soit des institutions communautaires, soit des Etats membres »¹⁴⁰. Une telle reconnaissance permet aux contribuables de se prévaloir de cette disposition à l'encontre de l'Etat belge qui ne l'a pas ou ne l'aurait pas transposée correctement¹⁴¹.

42. L'ordonnance KBC et BRB.- L'arrêt Cobelfret condamne le régime belge pour les distributions intra-européennes de dividendes mais ne mettait pas fin à la polémique entourant le report des excédents de RDT aux exercices ultérieurs¹⁴². En effet, la situation n'avait pas été réglée en ce qui concerne les dividendes provenant de filiales belges ou de filiales situées en dehors de l'Union européenne¹⁴³. On attendait donc de la Cour qu'elle prenne position sur cette question dans son ordonnance KBC et BRB. La Cour ne le fit pas.

Concernant les dividendes provenant de filiales établies dans d'autres Etats membres, la Cour confirme la jurisprudence qu'elle avait dégagée dans l'arrêt Cobelfret¹⁴⁴. Par contre, concernant les dividendes trouvant leur source en Belgique, elle explique que l'article 4, §1, premier tiret de la directive ne régit pas les situations purement nationales¹⁴⁵. La Cour relève néanmoins que le législateur belge a décidé, lors de la transposition de la directive 90/435, d'appliquer le même traitement aux situations purement internes qu'à celles régies par la directive¹⁴⁶. Elle rappelle alors « il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire, il appartient au seul juge national, dans le cadre de la répartition des fonctions juridictionnelles entre les juridictions nationales et la Cour prévue à l'article 234 CE, d'apprécier la portée exacte de ce renvoi au droit communautaire, la compétence de la Cour étant limitée à l'examen des seules dispositions de ce droit. En effet, la prise en considération des limites que le législateur national a pu apporter à l'application du droit communautaire à des situations purement internes relève du droit interne et, par conséquent, de la compétence exclusive des juridictions de l'Etat membre concerné ».

¹³⁹ Considérant n° 41 ; I., RICHELLE, *op.cit.*, n°3, p.5

¹⁴⁰ Considérant n°64

¹⁴¹ I., RICHELLE, *op.cit.*, p.5

¹⁴² S., JOURDAIN, *op.cit.*, CF&P, p. 212

¹⁴³ *Ibid.*.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Considérant n°57

¹⁴⁶ Considérant n°58

Enfin, concernant les dividendes trouvant leur source en dehors de l'Union européenne, la Cour adopte la même solution que pour les dividendes belges et décide également de renvoyer la balle au juge national¹⁴⁷.

43. Circulaire du 23 juin 2009.- A l'issue de ces décisions de la CJUE, l'administration a adopté une circulaire dans laquelle elle précise la portée qu'elle entend donner à cette jurisprudence¹⁴⁸. Elle étend la portée de l'arrêt Cobelfret aux dividendes domestiques ainsi qu'aux dividendes provenant de pays non-membres de l'Union européenne mais appartenant à l'Espace économique européen¹⁴⁹.

L'administration traduit la jurisprudence de la Cour et consacre le report des excédents de RDT aux exercices ultérieurs à l'article 4 de la circulaire, où elle exprime expressément que « à l'instar de la déduction pour capital à risque et de la déduction pour investissement, l'excédent de déduction pour RDT pour un exercice donné devra être reporté sur les exercices d'imposition ultérieurs tout en conservant sa nature propre et sa place dans l'ordre de détermination de la base imposable ».

44. Modification législative.- La loi du 21 décembre 2009 est venue modifier l'article 205 du CIR92 et lui ajouter un §3 permettant expressément le report sur les exercices postérieurs des excédents RDT qui n'ont pas pu être déduits, faute de base imposable suffisante¹⁵⁰.

Section 2 : L'affaire Punch Graphix

45. Les faits.- Une société mère absorbe sa filiale et réalise, à l'occasion d'une fusion silencieuse, une plus-value de fusion¹⁵¹. Ce revenu est assimilé à un dividende et est dès lors déductible au titre de RDT¹⁵². L'administration belge refusait cependant que l'excédent de RDT n'ayant pu être déduit soit reporté aux exercices d'imposition ultérieurs car, selon elle, l'article 4, §1 de la directive mère-fille vise les bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de la filiale¹⁵³. Or la fusion silencieuse, selon l'Etat, devait être considérée comme une liquidation au sens de l'article 4.

46. Objet de l'arrêt.- Dans cet arrêt, la question centrale est de savoir ce qu'il faut entendre par le terme « liquidation », tel que repris dans l'article 4 de la directive. La Cour relève tout d'abord que la directive ne définit pas cette notion et se propose d'analyser la

¹⁴⁷ S., JOURDAIN, *op.cit.*, pp. 212-213

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 212-213

¹⁵⁰ S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 20

¹⁵¹ CJUE, 18 octobre 2012 (Punch Graphix Prepress Belgium c. Belgische Staat), C-371/11 ; La société mère détenait 100% des parts de sa filiale.

¹⁵² S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 22

¹⁵³ S., GRAZIOSI, *Ibid.*, p. 22

définition de la notion de « fusion », telle que définie dans la directive fusion¹⁵⁴. Elle explique que ce n'est pas parce que cette définition ne se trouve pas dans la directive mère-fille qu'il ne faut pas la prendre en considération pour interpréter le terme « liquidation »¹⁵⁵. En effet, « ces directives régissant différentes formes d'une coopération transnationale des sociétés, constituent (...) un tout, en ce qu'elles se complètent mutuellement »¹⁵⁶. La Cour conclut en jugeant que « ladite définition de la notion de “fusion”, figurant à l'article 2, sous a), troisième tiret, de la directive 90/434, est également pertinente pour l'interprétation de la notion de “liquidation”, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 90/435, de sorte que la dissolution d'une société dans le cadre d'une fusion par absorption ne saurait être considérée comme une “liquidation”, au sens de cette dernière disposition »¹⁵⁷.

En conclusion, la Cour de justice considère que la directive fusion et la directive mère-fille forment un tout, de telle sorte qu'à défaut de définition spécifique, il est possible de se référer à la directive fusion pour interpréter la directive mère-fille.

CHAPITRE 3 : LE TRANSFERT DE L'EXCÉDENT DE RDT À L'OCCASION D'UNE FUSION FISCALEMENT NEUTRE

47. Propos introductifs.- Le sort à réserver à l'excédent de RDT en cas de fusion fiscalement neutre soulève de sérieuses interrogations. Le législateur n'apporte guère de précisions en la matière de sorte qu'on ne puisse véritablement déterminer si l'excédent de RDT de la société absorbée peut être transféré à la société absorbante et être préservé ou déduit par celle-ci. Comme nous le verrons, la doctrine semble partagée sur cette question. Quant à l'administration, elle essaye en toute logique de limiter ce transfert de RDT en invoquant l'article 206, §2 du CIR92 afin d'éviter que la société absorbante réduise sa base imposable en imputant sur son résultat imposable les RDT en provenance de la société absorbée. Le tribunal de première instance de Bruxelles viendra, dans deux arrêts et sous deux juges différents, confirmer la thèse défendue par l'administration.

48. Plan.- Au sein de ce chapitre, nous tenterons d'étudier les différentes positions défendues et les différents arguments soutenus afin de déterminer si finalement, les revenus définitivement taxés peuvent ou non faire l'objet d'un transfert dans le cadre d'une opération de restructuration réalisée en neutralité fiscale. Dans une première section, nous nous demanderons s'il convient de limiter le montant des RDT à transférer à la société absorbante pour ensuite nous interroger, à l'occasion d'une seconde section, sur l'existence d'une possibilité de déduire intégralement ces RDT.

¹⁵⁴ Considérant 33

¹⁵⁵ Considérant 34

¹⁵⁶ Considérant 34

¹⁵⁷ Considérant 36

Section 1 : Limitation du transfert des RDT au prorata applicable aux pertes professionnelles ?

§1. La position défendue par le SDA

49. Différents traitements.- Puisqu'il n'existe aucune certitude quant au transfert de l'excédent de RDT au profit de la société absorbante, certains contribuables ayant procédé à une fusion fiscalement neutre ont préféré s'adresser au Service des Décisions Anticipées (SDA)¹⁵⁸. Ce dernier a rendu plusieurs décisions et, dans son rapport annuel de 2010, présente les différentes solutions offertes aux redevables¹⁵⁹. De façon assez surprenante, les réponses offertes par le SDA diffèrent selon que le contribuable ait invoqué ou non l'effet direct de l'article 4, §1^{er} de la directive. En effet, si l'effet direct de cette disposition est invoqué par le contribuable, le SDA estime que l'excédent de RDT de la société absorbée est transféré au profit de la société absorbante avec application de la limitation prévue à l'article 206, §2 du CIR92 pour les pertes antérieures (infra n°50)¹⁶⁰. En d'autres mots, selon le SDA, les RDT de la société absorbée ne doivent être transférés que partiellement à la société absorbante en raison de l'application d'un ratio en principe réservé aux pertes. Les RDT de la société absorbante, quant à eux, seront maintenus et pourront être déduits intégralement. Par contre, si le contribuable n'invoque pas l'effet direct de l'article 4 de la directive, le SDA estime que l'excédent RDT de la société absorbée est définitivement perdu et ne pourra par conséquent pas être transféré à la société absorbante¹⁶¹. Les RDT de la société absorbante pourront être déduits.

50. La limitation du transfert des pertes prévues à l'article 206, §2 du CIR92.- Lorsque deux sociétés fusionnent et que la société absorbée dispose de RDT, le SDA et l'administration fiscale invoquent l'article 206, §2 du CIR92 afin de limiter la somme de RDT transférée à la société absorbante. Cette disposition est en principe réservée aux pertes et prévoit que les pertes subies par la société absorbante et la société absorbée avant la fusion immunisée d'impôt ne seront « définitivement déductibles qu'en proportion de la part que représente l'actif net fiscal de la société absorbante ou bénéficiaire avant cette opération dans le total, également avant l'opération, de l'actif net fiscal de cette société et de la valeur fiscale nette des éléments apportés ou absorbés »¹⁶². En d'autres mots, une partie des pertes dont

¹⁵⁸ Décision anticipée n°2011.152 du 10 mai 2011 ; Décision anticipée n° 2011.252 du 28 juin 2011 ; Décision anticipée n° 2015.047 du 3 mars 2015 ; Décision anticipée n° 2015.594 du 1^{er} décembre 2015, Décision anticipée n° 2016.504 du 11 octobre 2016

¹⁵⁹ Service des décisions anticipées en matière fiscales, Rapport annuel 2010, p.14, n°5.2, disponible sur http://www.ruling.be/sites/default/files/content/download/files/2010_sda_rapport_annuel.pdf ; Y. DEWAEL, « Report des RDT et opérations de fusion », *Fisc. Act.*, 2011, n° 28 ; S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 21

¹⁶⁰ Service des décisions anticipées en matière fiscales, Rapport annuel 2010, p.14, n°5.2, disponible sur http://www.ruling.be/sites/default/files/content/download/files/2010_sda_rapport_annuel.pdf ; Y. DEWAEL, « Report des RDT et opérations de fusion », *op.cit.* ; S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 21

¹⁶¹ Service des décisions anticipées en matière fiscales, Rapport annuel 2010, p.14, n°5.2, disponible sur http://www.ruling.be/sites/default/files/content/download/files/2010_sda_rapport_annuel.pdf ; Y. DEWAEL, « Report des RDT et opérations de fusion », *op.cit.* ; S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 21

¹⁶² A., TIBERGHIE, *op.cit.*, p. 499, n° 1512,12

disposaient la société absorbante et la société absorbée sera perdue à l'issue de la fusion réalisée en neutralité fiscale. Concernant la question de savoir s'il convient effectivement d'appliquer cet article aux RDT, nous y reviendrons ultérieurement.

51. Pertinence de ces différences de traitement.- La position adoptée par le SDA peut apparaître déconcertante. Tout d'abord, il est étonnant de voir qu'il réserve un traitement différent selon que les contribuables invoquent ou non l'effet direct de l'article 4 de la directive mère-fille. A notre sens, l'effet direct de l'article 4, §1^{er} de la directive, qui a été reconnu expressément par la Cour de justice dans l'arrêt Cobelfret, doit être reconnu à l'égard de tous les contribuables. En effet, il nous semble assez difficile de concevoir qu'une même opération puisse mener à des résultats fiscaux différents¹⁶³.

En outre, il semble curieux que, dans le cadre d'une même opération, on traite de façon différente les excédents RDT selon qu'il s'agisse d'excédents provenant de la société absorbante ou de la société absorbée¹⁶⁴. Cette position ne nous semble pas pertinente dans la mesure où le SDA considère qu'en raison de la jurisprudence européenne, les RDT excédentaires doivent être traités de la même façon que les pertes antérieures n'ayant pu être déduites avant la fusion¹⁶⁵. Comme nous l'avons présenté au point précédent, le ratio prévu à l'article 206, §2 du CIR92 s'applique tant aux pertes de la société absorbante que de la société absorbée. Dès lors, pourquoi n'appliquer l'article 206, §2 qu'aux RDT de la société absorbée et pas aux RDT de la société absorbante ? En l'état actuel de la législation, nous ne partageons pas l'idée qu'il faille appliquer l'article 206, §2 aux RDT mais dans un souci de cohérence, comme le relève Y. DEWAEL, le SDA devrait également limiter le report des RDT de la société absorbante¹⁶⁶.

§2. Les jugements du tribunal de première instance du Bruxelles

52. Propos introductifs.- Par deux décisions non publiées (disponibles en annexe), le tribunal de première instance de Bruxelles a consacré la position défendue par l'administration et par le service des décisions anticipées¹⁶⁷. La juridiction confirme, dans ses deux jugements, que les RDT de la société absorbée ne peuvent être transférés que partiellement à la société absorbante en vertu de l'article 206, §2 du CIR92. Au sein du présent paragraphe, chaque décision fera l'objet d'une analyse. Seront brièvement présentés les faits pour ensuite nous intéresser aux arguments présentés par les parties et à leur opportunité.

¹⁶³ Y. DEWAEL, « Report des RDT et opérations de fusion », *op.cit.* ; S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 21 ; Th., BLOCKERYE, *op.cit.*, p. 408

¹⁶⁴ Y. DEWAEL, « Report des RDT et opérations de fusion », *op.cit.* ; S., GRAZIOSI, *op.cit.*, p. 21

¹⁶⁵ Décision anticipée n°2011.152 du 10 mai 2011 ; Décision anticipée n° 2011.252 du 28 juin 2011 ; Décision anticipée n° 2015.047 du 3 mars 2015 ; Décision anticipée n° 2015.594 du 1^{er} décembre 2015, Décision anticipée n° 2016.504 du 11 octobre 2016

¹⁶⁶ Y. DEWAEL, « RDT : une "circulaire" sous la forme d'une décision anticipée », *Fisc. Act.*, 2011, n° 22

¹⁶⁷ Civ. Bruxelles, 17 février 2016, n° 2012/1162/A (jugement disponible en annexe) ; Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, n° 2013/3185/A (jugement disponible en annexe)

A. Le jugement du 17 février 2016 : la reconnaissance de l'application de l'article 206, §2 du CIR92

53. Faits.- Dans cette affaire, deux sociétés belges possèdent des participations dans des filiales et reçoivent chacune des dividendes auxquels peut être appliqué le régime des RDT. Faute de base imposable suffisante, les deux sociétés ne peuvent déduire ces RDT et les reportent, accumulant de la sorte un stock de revenus déductibles de 396.210,72€ pour l'une et de 5.826.981,27€ pour l'autre. Après mûre réflexion, ces deux sociétés décident de procéder à une fusion par absorption avec une troisième société belge, société avec laquelle elles n'ont aucun lien de participation. L'absorption des sociétés disposant de RDT se fait sous le régime de la neutralité fiscale. A l'occasion de cette opération, la société bénéficiaire considère que l'intégralité des RDT des sociétés absorbées lui est transférée. L'administration fiscale s'oppose cependant à la déduction des RDT transmis et procède à une rectification. La société absorbante n'en reste pas là et introduit une réclamation. Celle-ci n'a cependant pas fait l'objet d'une décision directoriale et la société absorbante déposa alors une requête introductive d'instance devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

54. Position du requérant.- Par son action en justice, la société absorbante a pour ambition d'obtenir le transfert et la déductibilité de l'intégralité des RDT accumulés par les sociétés absorbées. Selon elle, les excédents de RDT doivent être traités de la même manière que les excédents de déduction pour capital à risque ou de déduction pour investissement et doivent, par conséquent, être intégralement déductibles en vertu de l'article 212 du CIR92. En doctrine, cet argument est évoqué par plusieurs auteurs tels que I. VAN DE WOESTEYNE, M. DHAENE ou encore S. JOURDAIN¹⁶⁸. Ceux-ci considèrent qu'en vertu d'une circulaire administrative du 23 juin 2009, l'administration reconnaît explicitement que les RDT sont considérés comme une caractéristique fiscale secondaire de la société absorbée, au même titre que la déduction pour capital à risque ou que la déduction pour investissement, et entrent par conséquent dans le champ d'application de l'article 212 du CIR92. Selon ces auteurs, puisque la déduction de RDT tombe sous l'application de l'article 212, elle peut par conséquent être transmise intégralement à la société absorbante dans le cadre d'une fusion par absorption fiscalement neutre.

Cette position adoptée par la partie requérante ne nous semble pas défendable. En effet, la circulaire administrative de 2009 précise expressément, en son article 4, que « A l'instar de la déduction pour capital à risque et de la déduction pour investissement, l'excédent de déduction RDT pour un exercice donné devra être reporté sur les exercices d'imposition ultérieurs tout en conservant sa nature propre et sa place dans l'ordre de détermination de la base imposable ». De cette disposition ressort expressément l'idée que la déduction RDT doit conserver sa propre nature et ne peut, par conséquent, pas être considérée comme devant toujours recevoir le même traitement que les déductions pour capital à risque

¹⁶⁸ I., VAN DE WOESTEYNE, « Overdracht DBI-overschotten als secundair kenmerk van overgenomen vennootschap », *Fisc. Act.*, 2010, n°12; S., JOURDAIN, « Excédents de RDT : une véritable odyssée fiscale », *C&FP, op.cit.*, pp. 214-215 ; M. DHAENE, « Déduction RDT : ce que la circulaire administrative dit et ne dit pas », *Le Fiscologue*, 2009, n° 1167, p. 11

ou pour investissement. Tout ce que dit la circulaire est que les excédents RDT, tout comme les deux autres déductions, pourront être reportés aux exercices d'imposition ultérieurs si la base imposable n'est pas suffisante. On ne peut absolument pas en déduire que dans le cadre d'une fusion, les RDT seront transférés à la société absorbante sans limitation, comme c'est le cas pour les déductions pour capital à risque ou investissement, puisque les RDT ont une nature propre.

En outre, cet article 212 prévoit : « Dans les éventualités visées à l'article 211, les amortissements, déductions pour investissement, crédits d'impôt pour recherche et développement, déductions pour revenus de brevets, déductions pour revenus d'innovation, déductions pour capital à risque, subsides en capital, moins-values ou plus-values à envisager dans le chef des sociétés absorbantes ou bénéficiaires, sur les éléments qui leur ont été apportés, ainsi que le capital libéré sont déterminés comme si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu ». Comme le constatent N. VAN GILS, V.-A. DE BRAUWERE et C. WILS, cette disposition ne fait qu'énumérer, de façon limitative, les différentes caractéristiques fiscales secondaires pouvant faire l'objet d'une transmission intégrale à la société absorbante¹⁶⁹. A aucun moment, nous ne pouvons considérer que cet article érige en principe général la transmission de toutes les caractéristiques fiscales secondaires¹⁷⁰. Par conséquent, puisque l'article 212 CIR92 ne fait pas allusion aux RDT et que le droit fiscal est de stricte interprétation, nous pensons que les excédents de RDT des sociétés absorbées ne peuvent pas être transmis intégralement à la société absorbante sur la base de cette disposition. Ce n'est que par l'intervention du législateur qu'un tel transfert, sur cette base, deviendrait possible¹⁷¹.

55. Position de l'administration.- L'Etat soutenait, dans un premier temps, que puisque l'article 212 du CIR92 ne prévoit pas la possibilité de transférer les RDT des sociétés absorbées à la société absorbante à l'occasion d'une fusion fiscalement neutre, ceux-ci ne peuvent par conséquent pas faire l'objet d'une telle transmission. Cependant, l'administration a renoncé à cette thèse et a plaidé qu'il convenait d'appliquer aux RDT les règles présidant au report partiel de pertes, telles qu'instaurées par l'article 206, §2 du CIR92¹⁷².

Pour justifier sa position, l'Etat se fonde sur deux constatations. Il mentionne tout d'abord que l'article 4 de la directive 90/434/CEE a pour unique vocation de régir la problématique de la double imposition des dividendes perçus par la société mère¹⁷³. Il relève ensuite que l'arrêt Cobelfret condamne le système belge refusant le report des RDT aux exercices d'imposition suivants alors que les pertes sont reportables indéfiniment tant que la base imposable n'est pas suffisante pour les déduire intégralement¹⁷⁴. Le fait de ne pas pouvoir déduire les revenus définitivement taxés obtenus par une société en perte va avoir

¹⁶⁹ N., VAN GILS, « Het onzekere lot van het dbi-overschot bij reorganisaties », *AFT*, 2011, n°1, p.7; V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, « Excédent RDT et fusion : vers une nouvelle condamnation de la Belgique ? », *RGF*, 2015/2, p. 8

¹⁷⁰ W., VANDENBERGHE, *op.cit.*, p. 608, n° 398

¹⁷¹ B. DE MAAYER, « Que faire de l'excédent de RDT en cas de réorganisation (transfrontalière) ? », *Hebdo FiscalNet*, 12 décembre 2009

¹⁷² Civ. Bruxelles, 17 février 2016, p.6, n° 2.2 (disponible en annexe)

¹⁷³ Civ. Bruxelles, 17 février 2016, p.6, n° 2.2 (disponible en annexe)

¹⁷⁴ Civ. Bruxelles, 17 février 2016, pp.6-7, n° 2.2 (disponible en annexe)

pour effet d'accroître son résultat imposable et va, par conséquent, diminuer les pertes qui auraient pu être reportées. Ceci entraîne alors une imposition indirecte sur les dividendes dans le chef de la société mère lorsqu'elle réalise un résultat positif lors d'exercices ultérieurs et n'est pas compatible ni avec le libellé ni avec le système de la directive mère-fille.

De ces deux éléments, l'Etat belge déduit que « c'est en raison de son impact sur le report des pertes que la norme européenne relative à la non-taxation des RDT trouve à s'appliquer pour déterminer la teneur des pertes à reporter ». Il extrapole alors en disant que certes, la directive mère-fille ne prend pas en considération le phénomène de la fusion et ne porte pas atteinte à l'article 212 du CIR92 mais que dans la mesure où l'article 206 du CIR92 permet le transfert partiel des pertes à l'occasion d'une fusion et que les RDT ont un impact sur la composition de ces pertes, il faut nécessairement prendre en compte les RDT aux mêmes conditions que les pertes. L'Etat conclut en expliquant que « puisque c'est en raison du report des pertes d'un exercice à l'autre que la CJUE a estimé requise la prise en compte de RDT dans une situation de pertes, de même, c'est *en raison et dans la mesure du transfert des pertes* de la société absorbée à la société absorbante, que doit se concevoir le transfert de RDT ».

56. Position de l'administration - assimilation aux pertes.- Selon certains auteurs, l'administration et le SDA (supra n°49) vont trop loin dans leur interprétation et semblent vouloir assimiler le report des RDT excédentaires à un report de pertes. Si une telle assimilation devait effectivement exister, elle serait cependant contraire à la jurisprudence de la CJUE telle que résultant de son ordonnance KBC et BRB, à la circulaire du 23 juin 2009 de l'administration ainsi qu'à l'article 205, §3 du CIR92¹⁷⁵.

Tout d'abord, concernant l'affaire KBC et BRB, la Cour estime que l'article 4, §1, premier tiret de la directive mère-fille n'implique pas que les Etats doivent absolument permettre que les dividendes distribués à une société mère par sa filiale soient intégralement déductibles du montant des bénéfices de l'exercice d'imposition de la société mère et que la perte découlant de cet exercice soit susceptible d'être reportée à un exercice ultérieur¹⁷⁶. En d'autres mots, c'est aux Etats qu'il revient de déterminer les modalités à mettre en œuvre pour atteindre le résultat prescrit par l'article 4 de la directive. La Cour s'empresse toutefois de préciser que lorsqu'un Etat membre a choisi le système de l'exonération prévu à l'article 4, §1, premier tiret et que sa législation admet le report des pertes sur des exercices fiscaux ultérieurs, alors cette disposition s'oppose à une réglementation nationale ayant pour conséquence de réduire les pertes de la société mère qui sont susceptibles de bénéficier d'un tel report à hauteur des dividendes perçus¹⁷⁷.

Selon V.-A. DE BRAUWERE et C. WILS, la CJUE, par son ordonnance, n'a, à aucun moment, assimilé les excédents RDT à des pertes mais a simplement interdit de réduire les

¹⁷⁵ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, « Excédent RDT et fusion : vers une nouvelle condamnation de la Belgique ? », *RGF*, 2015/2, p. 7

¹⁷⁶ C.J.U.E (5ème ch.), 4 juin 2009 (Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV c. Belgische Staat), C-499/07, considérant n°53;

¹⁷⁷ C.J.U.E (5ème ch.), 4 juin 2009 (Beleggen, Risicokapitaal, Beheer NV c. Belgische Staat), C-499/07, considérant n°54

pertes à due concurrence¹⁷⁸. La seule chose dite par la Cour est que si un Etat a choisi, pour transposer le système d'exemption prévu par l'article 4 de la directive, d'intégrer les dividendes dans la base imposable pour ensuite admettre leur déduction et que cet Etat permet le report des pertes sur les exercices ultérieurs, alors il convient d'admettre le report des dividendes n'ayant pu être déduits sur les exercices ultérieurs¹⁷⁹. En conclusion, ces auteurs relèvent que si une telle assimilation des excédents RDT aux pertes ne résulte pas de la jurisprudence et n'est pas exclue par celle-ci, il n'en demeure pas moins que la CJUE interdit clairement qu'une telle assimilation conduise à une réduction des excédents RDT. Par conséquent, ils jugent l'application de l'article 206, §2 du CIR92 au transfert d'excédents RDT dans le cadre d'une fusion comme étant contraire à cette jurisprudence¹⁸⁰.

A l'issue de cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'administration a adopté une circulaire du 23 juin 2009. Selon nous, l'assimilation des excédents RDT aux pertes est contraire à ce texte puisque l'administration y consacre expressément que l'excédent RDT doit conserver « *sa nature propre et sa place dans l'ordre de détermination de la base imposable* »¹⁸¹. En d'autres mots, il semble que l'on puisse conclure de ce texte que les excédents de RDT conservent leur caractère de dividende et ne se transforment pas en pertes fiscales¹⁸². Cette position pourrait être confirmée par le fait que le formulaire de déclaration fiscale prévoit des codes spécifiques concernant le report des RDT¹⁸³.

Enfin, l'assimilation des pertes aux RDT nous semble également contredire l'option retenue par le législateur qui, par l'article 205, §3, du CIR92, a créé, à défaut de base imposable suffisante, un nouveau report fiscal pour les RDT qui est indépendant de celui des pertes professionnelles prévu par l'article 206 du CIR92¹⁸⁴.

56bis. Pertinence du régime belge.- Plutôt que d'intégrer dans la base imposable les dividendes perçus pour ensuite admettre leur déduction au titre de RDT, ne serait-il pas plus simple d'exclure, d'emblée, les dividendes de la base imposable¹⁸⁵ ? Le résultat en serait qu'il n'y aurait plus d'excédents de RDT et il y aurait alors d'avantages de pertes fiscales récupérables. La problématique du *distinguo* entre RDT et pertes fiscales ne se poserait plus et il n'y aurait plus à se demander si les excédents de RDT peuvent ou non être reportés.

¹⁷⁸ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, « Excédent RDT et fusion : vers une nouvelle condamnation de la Belgique ? », *RGF*, 2015/2, p. 7 ; O., HERMAND, P., DELACROIX, C., WILS, « Une nouvelle déduction fiscale est née : les excédents RDT - Commentaire du nouvel article 205§3 du CIR », *R.G.F.*, 2010, n°2, p.7.

¹⁷⁹ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, « Excédent RDT et fusion : vers une nouvelle condamnation de la Belgique ? », *RGF*, 2015/2, pp. 7-8

¹⁸⁰ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, p. 8

¹⁸¹ Art.4 Circulaire n° Ci.RH.421/597.150 (AFER n°32/2009) du 23 juin 2009

¹⁸² O., HERMAND, P., DELACROIX, C., WILS, *op.cit.*, p.7 ; N., VAN GILS, *op.cit.*, p.6 ; Y., DEWAEL, « Report des RDT après fusion », *Fisc. Act.*, 2016, n°14

¹⁸³ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, p. 8 ; N., VAN GILS, *op.cit.*, p.6

¹⁸⁴ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, p. 8

¹⁸⁵ M., DASSESE, « Récupération des pertes fiscales et des excédents de Revenus définitivement taxés (RDT) en cas de fusion/absorption. Incidence de la prohibition des aides d'État sélectives » in *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 139

B. Le jugement du 20 mai 2016 : la confirmation de l'application de l'article 206§2 du CIR92

57. Faits.- Une société absorbe plusieurs autres sociétés avec lesquelles elle n'a aucun lien de participation. A l'issue de la fusion, la société absorbante décide de reporter un montant de 21.857.231, 60 euros au titre d'excédents de RDT provenant des sociétés absorbées. Le FISC refuse, comme pour l'affaire précédente, un tel transfert et procède à plusieurs avis de rectification de la déclaration fiscale rentrée par la société absorbante. Malgré les contestations de cette dernière, l'administration maintient sa position et procède à l'enrôlement des cotisations contestées.

Mécontente, la société absorbante introduit une réclamation auprès du directeur régional. Elle soutient fermement que les RDT de la société absorbée doivent être intégralement reportés au profit de la société absorbante. Le directeur régional rejette cette possibilité mais admet néanmoins la transmission des RDT dans la mesure de l'application de l'article 206, §2 du CIR92. Un accord est alors conclu entre l'administration et la société dans lequel les parties admettent qu'un montant de 8.275.695,57 euros peut être reporté. Pour les 13.581.536,03 euros restant (21.857.2031, 60 - 8.275.695,57), ceux-ci sont considérés par l'administration comme perdus. La société s'était réservée le droit de contester l'application du prorata prévu à l'article 206, §2 et, décida de se porter en justice contre la décision afin de faire admettre au juge que l'intégralité des RDT des sociétés absorbées peut être transmise et qu'il convient, par conséquent, d'également reporter les 13.581.536,03 euros restant.

58. Position de l'administration.- Contrairement à la décision du 17 février 2016, le jugement du TPI de Bruxelles du 20 mai 2016 présente de façon plus étoffée la position de l'administration. Cette dernière constate qu'il n'existe aucun fondement en droit interne permettant le transfert des RDT. Selon elle, l'article 212 du CIR92 étant de stricte interprétation, les excédents de RDT ne devraient pas pouvoir être transférés sur cette base. Cependant, l'administration explique qu'une telle solution ne serait pas conforme à la jurisprudence Cobelfret et à l'ordonnance KBC et BRB. Elle considère qu'il convient par conséquent d'admettre un report limité des excédents de RDT de la société absorbée dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement neutres¹⁸⁶.

Pour justifier sa position, l'Etat invoque à nouveau l'article de 4 de la directive mère-fille et la jurisprudence européenne (Cobelfret et KBC)¹⁸⁷. Il retire de ces éléments que « puisque l'Etat belge a opté pour la méthode de l'exonération, il doit être accordé au report des excédents de RDT, un régime au moins équivalent à celui prévu en matière de report de pertes. Il peut dès lors être admis, d'accorder le report des excédents de RDT, dans le cadre d'opérations de restructuration, visées à l'article 211 CIR92, conformément à ce qui est prévu à l'article 206, §2 du CIR 92 en matière de pertes récupérables»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, pp.8-9 (disponible en annexe)

¹⁸⁷ Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, p.10

¹⁸⁸ Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, p.10

Afin de contrer l'application de l'article 206, §2 du CIR92, la partie demanderesse invoque expressément le fait que l'administration assimile les excédents RDT aux pertes (supra n°56), permettant au FISC de se défendre sur ce point. Ce dernier explique qu'il n'a jamais procédé à une telle assimilation mais considère simplement, sur base de la jurisprudence européenne, que le report des RDT doit suivre le même régime que celui des pertes. Selon l'Etat, l'arrêt Cobelfret et l'ordonnance KBC font apparaître que les « RDT devaient être intégralement reportables vu que les pertes étaient intégralement reportables dans la législation belge ». L'Etat transpose ceci en matière de fusion et considère alors que puisque les pertes ne sont reportées que partiellement en vertu de l'article 206, §2 du CIR92, alors il convient d'appliquer la même limite au transfert des RDT¹⁸⁹.

Selon nous, l'Etat remarque, à raison, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que lorsqu'une société mère est en perte et reçoit des dividendes d'une filiale, si les pertes sont reportables, il convient également que les RDT n'ayant pu être déduits le soient également. Les mots employés par la Cour de justice sont les suivants : « lorsqu'un Etat membre a choisi le système de l'exonération prévu à l'article 4, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 90/435 et que, en principe, la réglementation dudit Etat membre admet le report des pertes sur des exercices fiscaux ultérieurs, ladite disposition s'oppose à une réglementation d'un Etat membre ayant pour effet de réduire les pertes de la société mère qui sont susceptibles de bénéficier d'un tel report à hauteur des dividendes perçus ». De ce considérant, nous pouvons, tout comme le fait l'Etat, déduire que puisque les pertes sont reportées à 100%, il convient d'également de reporter l'intégralité des excédents RDT n'ayant pas pu être déduits faute de base imposable suffisante. Cet arrêt explique uniquement qu'il faut, au minimum, réserver le même report aux RDT qu'aux pertes afin d'éliminer toute forme de double imposition. Nous prenons cependant nos distances par rapport à la thèse défendue par l'Etat car nous estimons que la jurisprudence de la Cour ne dit, à aucun moment, que les RDT ne peuvent pas être reportés plus largement que les pertes. En d'autres mots, si les pertes étaient reportées à 75%, il conviendrait au minimum que les excédents de RDT soient reportés à 75% mais rien n'empêcherait qu'ils soient reportés à 100%. Par conséquent, si on transpose ce raisonnement à la fusion, on en conclut que puisque les pertes sont reportables à concurrence du ratio prévu à l'article 206, §2, les RDT doivent également être reportables, au minimum, à concurrence du montant obtenu en leur appliquant ce ratio. Il n'est cependant pas interdit que les RDT soient reportés plus largement, à 100% par exemple.

Enfin, à juste titre selon nous, la partie demanderesse invoque la théorie défendue par M. DHAENE selon laquelle la limitation prévue par l'article 206, §2 ne trouve qu'à s'appliquer aux pertes et pas aux excédents RDT¹⁹⁰. Légalement, cette disposition ne vise que les pertes reportées et ne peut pas être appliquée par analogie aux excédents de RDT¹⁹¹. En effet, la loi fiscale est de stricte interprétation et il n'y a pas lieu de compléter une loi fiscale en l'interprétant.

¹⁸⁹ Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, p.10

¹⁹⁰ Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, p.12

¹⁹¹ M., DHAENE, *op.cit.*, p.11 ; D., GARABEDIAN, « "Forme" et "substance" en droit fiscal belge », *J.D.F.*, 2003/7-8, p. 195.

59. Position défendue par la demanderesse.- Outre les arguments déjà présentés précédemment au point 54, la société absorbante invoque également l'article 682 du Code des sociétés. Comme nous l'avons expliqué précédemment, cette disposition implique qu'à l'occasion d'une fusion par absorption, l'ensemble du patrimoine de la société absorbée est transféré à la société absorbante. Sont de la sorte transmis à la société bénéficiaire tous les actifs et passifs, mais également les dettes et créances, droits et obligations de la société absorbée.

Une thèse défendue par A. HUYGHE et G. BOMBEKE, reprise par la demanderesse, consiste à dire que le transfert automatique des droits et obligations s'applique notamment à l'impôt des sociétés¹⁹². Ceci implique, selon eux, que tous les droits et obligations en la matière sont transférés à la société absorbante. Par conséquent, la société absorbée transfère sans limite ses excédents RDT au profit de la société absorbante qui peut les utiliser. Le tribunal relève cependant dans son jugement qu'un tel transfert automatique ne s'applique en impôt des sociétés que dans la mesure où le législateur l'admet, eu égard à l'existence de dispositions légales réglant spécialement la matière. En l'absence de telles règles spécifiques, l'article 682 du Code des sociétés ne peut à lui seul constituer la base d'un droit au report des excédents RDT.

Section 2 : Une déduction intégrale pour les RDT transférés ?

60. Propos introductifs.- Contrairement à la thèse défendue par l'administration selon laquelle il conviendrait de leur appliquer l'article 206, §2 du CIR92, certains auteurs défendent fermement que les RDT devraient pouvoir être transférés intégralement. Plusieurs arguments invoqués en doctrine ont déjà été présentés dans la section précédente, lors de l'analyse des deux jugements du tribunal de première instance de Bruxelles (supra n^{os} 53 et s.). Dans la présente section, il s'agira principalement de nous demander si, en vertu de la directive mère-fille et de la directive fusion, il ne faudrait pas admettre un transfert intégral des RDT de la société absorbée vers la société absorbante lors d'une fusion. Nous tenterons ensuite de déterminer si l'arrêt *Punch Graphix* de la CJUE ne pourrait pas être un indice allant dans ce sens.

§1. La directive mère-fille

61. Position du problème.- Selon nous, en nous limitant au droit belge, il convient de conclure que l'excédent de RDT n'ayant pas pu être déduit par la société absorbée est intégralement perdu à l'occasion d'une fusion. En effet, comme nous l'avons présenté précédemment, ni l'article 206, §2 du CIR92, ni l'article 212 du CIR92, ne traite expressément des RDT. Or, le droit fiscal belge étant de stricte interprétation, nous ne

¹⁹² Civ. Bruxelles, 20 mai 2016, p.15 ; A., HUYGHE, G., BOMBEKE, « Het jaar van de Notionele Intrest », *T.F.R.*, 2005, pp. 999-1000

pouvons pas, par conséquent, leur appliquer ces dispositions¹⁹³. Cependant, certains auteurs tels que V.-A. DE BRAUWERE, C. WILS, N. VAN GILS, J. COESSENS, H. PUTMAN ou encore J. VANHECKE considèrent qu'une telle solution serait contraire à la directive mère-fille et/ou à la directive fusion¹⁹⁴.

62. Violation de l'article 4 de la directive mère-fille ?- En refusant le transfert intégral des RDT de la société absorbée à la société absorbante, le droit fiscal belge entraîne une double imposition indirecte des dividendes puisque les RDT ne peuvent pas être reportés après la fusion. Pour illustrer ceci, prenons un exemple. Une société A dispose de RDT qu'elle n'a pas pu déduire faute de base imposable suffisante. Cette société décide de fusionner avec une société B et se fait absorber. Selon le droit belge en vigueur, ces RDT devraient être perdus. Par conséquent, les dividendes versés à la société A feront l'objet d'une double imposition puisqu'ils auront été imposés à l'impôt des sociétés dans le chef de l'entreprise qui a distribué les dividendes à A et ils seront ensuite imposés indirectement puisque les RDT de la société A, qui étaient reportés, seront perdus à l'occasion de la fusion. Ce faisant, selon V.-A. DE BRAUWERE, C. WILS et N. VAN GILS, le droit fiscal belge est contraire à la jurisprudence européenne et à l'obligation faite aux Etats membres, par l'article 4 de la directive mère-fille, de ne pas imposer les dividendes¹⁹⁵. Il faudrait dès lors, pour respecter cette obligation, prévoir que cette déduction d'excédent de RDT est transférée de la société absorbée vers la société absorbante¹⁹⁶.

63. Si l'article 4 devait être considéré comme applicable, quel serait le montant de RDT pouvant être transféré ? Selon nous, les RDT, sur la base d'une interprétation de la jurisprudence Cobelfret et KBC, pourraient être reportés intégralement. Comme nous l'avons déjà présenté ultérieurement, la Cour de justice considère, dans son ordonnance BRB, que c'est parce que les pertes sont reportables à 100% que les RDT doivent être reportables à 100%. Cependant, nous avons relevé que la Cour n'interdisait pas qu'un régime plus favorable que celui des pertes soit réservé aux RDT¹⁹⁷. Par conséquent, nous pouvons en déduire qu'en matière de fusion, puisque les pertes sont reportables à concurrence du ratio prévu à l'article 206, §2 du CIR92, les RDT doivent également être reportables, au minimum, à concurrence du montant obtenu en leur appliquant ce ratio. Il n'est cependant pas interdit que les RDT soient reportés plus largement, à 100% par exemple.

¹⁹³ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, p. 8 ; M., DHAENE, *op.cit.*, p.11

¹⁹⁴ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, pp. 8-9 ; N., VAN GILS, *op.cit.*, pp. 8-9 ; J., COESSENS, H., PUTMAN, J., VANHECKE, « Hof van justitie laat overdracht niet-benutte DBI-afrek bij moeder-dochterfusie wel toe », *Fisc. Act.*, 2012, n°38, pp. 4-7.

¹⁹⁵ V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, pp. 8-9

¹⁹⁶ I., VAN DE WOESTEYNE, *op.cit.* ; N., VAN GILS, *op.cit.*, pp. 8

¹⁹⁷ O., HERMAND, P., DELACROIX, C., WILS, *op.cit.*, p.7.

§2. La directive fusion

64. Violation des objectifs de la directive fusion, du principe de neutralité fiscale ?- La directive 2009/133/CE, dite directive fusion, prévoit en son considérant 5 que « le régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion (...) tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'État de la société apporteuse ou acquise ». De ce considérant, nous concluons que le régime de neutralité fiscale de la fusion suppose que la réorganisation des sociétés ne génère pas d'imposition en raison de sa réalisation. Or, en refusant le transfert intégral des RDT de la société absorbée à la société absorbante, la fusion génère une imposition indirecte des dividendes. En effet, lorsqu'une société belge reçoit des dividendes, celle-ci va, comme nous l'avons vu à plusieurs reprises, les inclure dans sa base imposable pour ensuite, à l'occasion de la 4^{ème} opération de la déclaration, procéder à leur déduction. A défaut de base imposable suffisante, afin d'éviter toute forme de double imposition des dividendes, la société pourra reporter les RDT aux exercices ultérieurs jusqu'à ce qu'elle puisse les déduire. Si cette société belge est absorbée par une autre société alors qu'elle n'a pu déduire ses RDT et qu'elle ne peut pas les transférer à la société absorbante, il y aura dès lors une (double) imposition indirecte des dividendes qui aura lieu à l'occasion de la fusion, ce qui irait à l'encontre du principe même de neutralité de la fusion. Par conséquent, nous estimons que l'intégralité des RDT de la société absorbée doit être transférée à la société absorbante, conformément au principe de neutralité de la fusion.

65. La situation particulière des plus-values de fusion.- Certains auteurs tels que I. VAN DE WOESTEYNE ou J. COESSENS, H. PULMAN et J. VANHECKE, relèvent qu'en plus d'une violation de la directive mère-fille, le refus du transfert des excédents RDT pourrait également, dans certains cas, entraîner une violation de la directive fusion¹⁹⁸. Pour illustrer ces propos, prenons un exemple. Une société A détient des participations dans la société B. La société A décide de procéder à une absorption de B. Se dégage, à l'occasion de cette fusion, une plus-value de fusion car la valeur des actions détenues par la société absorbante dans la société absorbée est inférieure à la quote-part que les actions représentent dans les capitaux propres de celle-ci¹⁹⁹. Cette plus-value est assimilée à un dividende et doit bénéficier du régime des RDT, sauf qu'à titre d'exception, elles seront exemptées à concurrence de 100%²⁰⁰. La société A n'a cependant pas suffisamment de base imposable pour déduire ces RDT et procède dès lors à un report (si un tel report n'est pas prévu par la loi, la doctrine l'admet néanmoins). La société A est ensuite absorbée par une autre société, C. Si on ne permet pas la transmission des RDT de la société A vers la société C, la directive fusion sera violée. En effet, elle prévoit, en son article 7, que « *lorsque la société bénéficiaire détient une participation dans le capital de la société apporteuse, la plus-value obtenue par la société bénéficiaire à l'occasion de l'annulation de sa participation ne donne lieu à aucune imposition* ». Dès lors, si les RDT liés à la plus-value de fusion ne sont pas transférés à la

¹⁹⁸ I., VAN DE WOESTEYNE, *op.cit.*; ; N., VAN GILS, *op.cit.*, pp. 8-9 ; J., COESSENS, H., PUTMAN, J., VANHECKE, *op.cit.*

¹⁹⁹ H., LAMON, « Chapitre 6 - Fusion », *op.cit.*, pp. 556-557, n° 869

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 578-579, n° 904

société absorbante, l'exemption complète à laquelle la directive fusion donne droit n'aura pas lieu²⁰¹. Par conséquent, il y a lieu de conclure que l'intégralité des RDT devrait également être reportée en vertu de la directive fusion²⁰².

§3. L'article 206, §2 : une disposition anti-abus problématique

66. L'article 206, §2 contraire au droit européen.- Depuis plusieurs années, le CIR92 contient une disposition anti-abus venant limiter le report des pertes fiscales en cas de fusion fiscalement neutre (supra n°50). Le problème est que l'article 206, §2 engendre une réduction automatique des pertes fiscales alors même qu'il n'y a pas d'abus, violant de la sorte le principe de proportionnalité²⁰³. En outre, quand bien même il y aurait un motif légitime à l'opération de fusion, celle-ci aura nécessairement un coût fiscal puisqu'en raison de l'application du ratio, une partie des pertes récupérables disparaîtra²⁰⁴. Or, l'objectif poursuivi par la directive fusion est précisément d'éviter que ces opérations de réorganisation soient entravées par un coût fiscal²⁰⁵. En plus d'une atteinte au principe de proportionnalité, cette limitation du report des pertes prévue par l'article 206, §2 n'engendrerait-elle pas une violation de la directive fusion ?

M. DASSESSE relève, à cet égard, que le fait que la directive fusion n'organise pas la façon dont les pertes doivent être reportées par les Etats membres est sans pertinence²⁰⁶. Selon lui, « le pouvoir discrétionnaire des Etats membres dans ce domaine est limité, selon une jurisprudence constante, par l'obligation de ne pas porter atteinte aux principes généraux de droit communautaire et aux libertés fondamentales garanties par le Traité ainsi que par l'obligation de coopération loyale »²⁰⁷. Cette dernière obligation implique que les Etats membres ne peuvent pas prendre des mesures qui mettraient en péril la réalisation de l'objectif assigné par une directive. Or, la limitation des pertes reportables pourrait avoir pour conséquence que les entreprises opte pour des modalités de regroupement ne permettant pas d'appliquer le régime de neutralité fiscale de la fusion²⁰⁸.

Concernant le principe de proportionnalité, la CJUE a déjà utilisé ce principe afin de condamner les présomptions générales de fraude instaurées sur la base de la clause « anti-abus » figurant à l'article 11. 1. a. de la directive fusion²⁰⁹. Dans un arrêt du 10 novembre 2011, la Cour a effectivement jugé : « il résulte de la jurisprudence de la Cour que, pour

²⁰¹ I., VAN DE WOESTEYNE, *op.cit.*;

²⁰² E.-J., NAVEZ, « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE - Examen du droit commercial et fiscal belge, à la lumière de l'influence européenne » in *droit des groupes de sociétés : questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2013, p.140

²⁰³ M., DASSESSE, *op.cit.*, p. 142

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Si on avait procédé à une fusion taxée, la société absorbée aurait été mise en liquidation et aurait, par l'intermédiaire de son liquidateur, transféré ses biens à la société absorbante. L'actif net aurait été transmis à une valeur réévaluée. Une plus-value aurait alors été réalisée par la société absorbée et elle aurait pu imputer sur celle-ci l'intégralité de ses pertes, sans aucune limitation.

²⁰⁹ *Ibid.*

vérifier si l'opération envisagée poursuit un tel objectif, les autorités nationales compétentes ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder, au cas par cas, à un examen global de l'opération en cause. En effet, l'institution d'une règle revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories d'opérations de l'avantage fiscal, sans qu'il soit tenu compte de la question de savoir s'il y a ou non effectivement évasion ou fraude fiscale, irait au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter une telle fraude ou une telle évasion fiscale et porterait atteinte à l'objectif poursuivi par la directive 90/434»²¹⁰.

67. Violation du principe d'égalité ?- En outre, la transmission des pertes de la société absorbée à la société absorbante n'existe pas lorsque l'opération est réalisée hors du cadre de la neutralité fiscale. Néanmoins, en raison de la transmission de l'actif net à sa valeur réelle et non à sa valeur comptable, la société absorbée va réaliser une plus-value sur laquelle elle pourra imputer l'intégralité de ses pertes reportées, sans limitation, pour autant que la plus-value soit suffisante. Dans une telle situation, selon M. DASSESSE, on pourrait se demander si une telle différence de traitement est au conforme au principe de l'égalité devant l'impôt garanti par la Constitution, s'il est légitime de pénaliser fiscalement l'opération de fusion réalisée en neutralité fiscale²¹¹.

68. Conclusion.- L'article 206, §2 du CIR92 fixant une limitation des pertes transmises/conservées par la société absorbée/absorbante à l'occasion d'une fusion n'est ni conforme au droit européen ni au principe d'égalité garanti par la Constitution. Il semblerait que les pertes devraient être intégralement reportées si l'on souhaite garantir la neutralité fiscale de la fusion. Ce n'est qu'à titre d'exception qu'elles devraient pouvoir être limitées, afin de lutter contre les abus, après une analyse au cas par cas par le juge. Ceci nous permet de dire que quand bien même on adopterait la position de l'administration consistant à soutenir qu'en matière de fusion, il convient d'appliquer aux RDT le même régime qu'aux pertes, il faudrait malgré tout reporter l'intégralité des RDT puisque les pertes devraient être, elles-mêmes, intégralement reportables. Quoiqu'il en soit, tant que cet article n'a pas été modifié, il conviendrait d'éviter de l'appliquer aux RDT.

§4. L'affaire Punch Graphix

69. Un impact sur la question du transfert des RDT.- Si le droit des sociétés prévoit qu'à l'occasion d'une fusion, la société est dissoute sans liquidation, le droit fiscal, quant à lui, repose sur une fiction : une fusion, emporte sur le plan fiscal, une liquidation²¹². Même lorsqu'une telle opération se réalise en neutralité fiscale, seuls les éléments expressément visés par la loi sont transmis à la société absorbante²¹³. C'est sur cette base que

²¹⁰ CJUE, 10 novembre 2011 (Foggia c. Sociedade Gestora de Participações Sociais), C-126/10

²¹¹ M., DASSESSE, *op.cit.*, pp. 132, 137 et 143

²¹² V.-A., DE BRAUWERE, C. WILS, *op.cit.*, p. 10

²¹³ *Ibid.*

l'administration refuse la transmission intégrale des RDT au profit de la société absorbante : puisque la fusion entraîne une liquidation et que les RDT ne sont pas visés par l'article 212 du CIR92, ils sont perdus²¹⁴.

Cependant, dans l'arrêt *Punch Graphix*, la Cour explique que la directive mère-fille et la directive fusion se complètent. Elle relève ensuite que le mécanisme de fusion implique, en réalité, une dissolution sans aucune forme de liquidation. Dès lors, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 4, §1^{er} de la directive mère-fille, l'administration belge doit se référer, pour les effets de la fusion, non pas au droit fiscal belge mais au droit européen²¹⁵. Par conséquent, une fusion ne peut pas impliquer, pour les excédents RDT, une liquidation. Ces derniers doivent, en tant qu'attributs fiscaux propres, être transférés à la société absorbante²¹⁶.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

CONCLUSIONS

Afin de bénéficier du régime de neutralité fiscale de la fusion, diverses conditions doivent être remplies : la société absorbante doit être une société résidente et, le droit des sociétés, ainsi que la disposition anti-abus prévue à l'article 183 bis du CIR92 doivent être respectés. Ce régime de neutralité implique que l'opération de fusion ne devra générer aucune imposition en elle-même. Parmi les conséquences fiscales de la fusion, se pose la question, largement controversée et non solutionnée par le droit belge, de savoir si les RDT non encore déduits par la société absorbée peuvent être transférés à la société absorbante.

Nous ne pouvons qu'inviter le législateur à intervenir afin de trouver une solution à cette question et à offrir, de la sorte, un peu plus de sécurité juridique aux contribuables. Deux possibilités s'offrent à lui : soit il modifie l'article 205, §3 du CIR92 afin de prévoir qu'en cas de fusion, les RDT de la société absorbée se verront appliquer le régime prévu à l'article 206, §2, en matière de pertes - dans un tel cas, il consacrerait la position défendue par le SDA ainsi que par le tribunal de première instance de Bruxelles- soit il procède à une modification de l'article 212 du CIR92 afin d'y prévoir que les RDT sont, tout comme la déduction pour revenus de brevets, la déduction pour revenus d'innovation ou encore la déduction pour capital à risque, intégralement transférés à la société absorbante à l'occasion de la fusion. Selon nous, c'est cette seconde alternative qui devrait être choisie par le législateur.

A l'heure actuelle, si nous laissons temporairement de côté le droit européen, le droit belge ne permet pas le transfert des RDT de la société absorbée à la société absorbante. En effet, l'article 212 du CIR92 ne vise pas expressément les RDT. Si certains ont pourtant soutenus que la déduction pour RDT devait être assimilée aux déductions pour revenus de brevets, déductions pour revenus d'innovation ou encore déductions pour capital à risque, une circulaire de 2009 précise expressément que les RDT ont une nature propre et un régime propre, empêchant de la sorte une telle assimilation. En outre, cet article n'érigeant pas en principe général le transfert de toute caractéristique fiscale secondaire et le droit fiscal étant de stricte interprétation, il est tout simplement impossible de se baser sur cette disposition pour admettre le transfert des RDT. L'article 206 doit se voir réserver le même sort : à lui seul, il est insuffisant pour admettre un transfert même partiel des RDT puisqu'il ne prévoit pas expressément cette possibilité. D'autres auteurs se sont basés sur l'article 682 du Code des sociétés prévoyant le transfert intégral des actifs et passifs mais aussi droits et obligations de la société absorbée à la société absorbante pour justifier la transmission des RDT. Cet argument a cependant été débouté par le tribunal de première instance de Bruxelles au motif qu'un tel transfert automatique ne s'applique en impôt des sociétés que dans la mesure où le législateur l'admet, eu égard à l'existence de dispositions légales réglant spécialement la matière.

Le droit belge n'offrant pas de fondement permettant la transmission des RDT, nous nous sommes alors tournés vers le droit européen. Le SDA et la jurisprudence développée par le tribunal de première instance se basent sur l'article 4 de la directive mère-fille et sur la jurisprudence s'y rattachant pour plaider que les RDT de la société absorbée doivent faire l'objet d'une transmission limitée à la société absorbante. Selon nous, l'application de cette

disposition devrait permettre le transfert de l'intégralité des RDT et non d'une partie seulement comme le soutiennent le SDA et le tribunal. En effet, la jurisprudence développée par la Cour de justice dans l'arrêt Cobelfret et dans l'ordonnance KBC et BRB prévoit que les RDT d'une société mère qui n'ont pu être déduits faute de base imposable suffisante doivent être reportés lorsque les pertes sont elles-mêmes reportables. Il peut être retiré de cet arrêt que les RDT doivent se voir appliquer un report au minimum identique à celui des pertes mais rien n'empêche que les RDT soient transférés plus largement que les pertes. Par conséquent, ce n'est pas parce qu'en matière de fusion la transmission des pertes est limitée par l'article 206 qu'elle doit l'être pour les RDT. Etant confrontés à deux possibilités, à savoir le report limité des RDT par l'article 206 et le report intégral, et le droit belge étant muet sur la question, nous estimons qu'il convient de retenir le régime le plus favorable au contribuable, à savoir la transmission intégrale des RDT.

En outre, relevons que l'article 206, §2 du CIR92 prévoyant une limitation des pertes transmises/conservées à l'occasion de la fusion peut être considéré comme ne respectant pas le droit de l'Union européenne ainsi que le principe d'égalité devant l'impôt. Il conviendrait, en réalité, d'admettre, semble-t-il, le report intégral des pertes. Par conséquent, même si l'on devrait appliquer le même régime aux pertes qu'aux RDT, il conviendrait de reporter, malgré tout, l'intégralité des RDT. Quoiqu'il en soit, tant que cette disposition n'a pas été modifiée, il conviendrait de ne pas l'appliquer aux RDT.

La directive fusion et le régime de neutralité semblent également justifier le transfert de l'intégralité des RDT de la société absorbée à la société absorbante. En effet, le régime de neutralité vise à éviter une imposition à l'occasion d'une fusion. Si la société absorbée ne peut pas transférer à la société absorbante ses RDT, n'y aurait-il pas imposition indirecte des dividendes à l'occasion de la fusion ? Ceci irait alors à l'encontre du principe même de neutralité de la fusion.

En conclusion, il semble crucial, pour les contribuables procédant à des fusions, que le législateur intervienne afin de mettre fin à ces interrogations. En attendant, nous ne saurions que conseiller les sociétés procédant à une fusion de demander une décision anticipée au SDA en veillant bien à invoquer l'effet direct de la directive mère-fille. De la sorte, elles se verront au moins appliquer l'article 206, §2 du CIR92 et bénéficieront au minimum d'un report partiel des RDT. Pour l'excédent, il conviendra d'agir en justice pour tenter d'obtenir son transfert.

BIBLIOGRAPHIE

- ALLEN, F., BREALEY, R., MYERS, S., *Principles of Corporate Finance*, New York, McGraw-Hill/Irwin, 2014, pp. 808-812
- BALTUS, F., « Titre 3 - Les cessions d'universalités ou de branches d'activité et les articles 11 et 18, § 3, du Code de la TVA » in *La TVA*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 252-259
- BLOCKERYE, Th., *Acquisition, fusions et réorganisation de société*, Limal, Anthémis, 2016
- BOUVERET, N., VANHULLE, H., « Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières », *R.G.F.*, 2009
- BROHEZ, A., DE SCHUTTER, K., DHAENE, M., GUBBELS, A., KETELS, L., PALMAERS, G., SAELENS, F., *Les réorganisations transfrontalières : Evolutions législatives récentes en droit des sociétés, droit social et droit fiscal*, Waterloo, Kluwer, 2009,
- COESSENS, J., PUTMAN, H., VANHECKE, J., « Hof van justitie laat overdracht niet-benutte DBI-aftrek bij moeder-dochterfusie wel toe », *Fisc. Act.*, 2012, n°38
- COPPENS, P.-F., « Synthèse » in *L'entreprise face au droit fiscal belge - Volume 2*, Bruxelles, Larcier, 2009
- D'AOUT, O., « Opérations post-acquisition de titres de sociétés : aspects fiscaux et droit des sociétés » in *l'acquisition d'une société*, Limal, Anthémis, 2015
- DARTE, D., NOEL, Y., *Maîtrisez l'I.soc*, Liège, Edi-pro, 2015
- DASSESE, M., « Récupération des pertes fiscales et des excédents de Revenus définitivement taxés (RDT) en cas de fusion/absorption. Incidence de la prohibition des aides d'État sélectives » in *Mélanges Pascal Minne*, Bruxelles, Bruylant, 2016
- DE BEULE, N., AGACHE, L., VAN CRAEYVELT, C., « Afdeling 2 - Het belastingvrije stelsel » in *Inbreng van een algemeenschap van goederen of een tak van werkzaamheid*, Gent, Larcier, 2016
- DE BEULE, N., CALUWÉ, B., RAPOYE, C., « § 1. - Voorwaarden » in *Splitsingen en partiële splitsingen*, Gent, Larcier, 2013
- DE BRAUWERE, V.-A., WILS, C., « Excédent RDT et fusion : vers une nouvelle condamnation de la Belgique ? », *RGF*, 2015/2
- DE BROE, L., WILLOQUE, K., « Fiscaalrechtelijke gevolgen van inbreuken op het wetboek van vennootschappen » in *Vennootschapsrechtelijke Clausules voor het Notariaat*, Gent, Larcier, 2011

DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P., MALHERBE, J., MALHERBE, P., « section II - les fusions » in *Droit des sociétés. Précis.*, Bruxelles, Bruylant, 2011

DE MAAYER, B., « Que faire de l'excédent de RDT en cas de réorganisation (transfrontalière) ? », *Hebdo FiscalNet*, 12 décembre 2009

DELCORDE, J.-A., TILQUIN, T., « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE - (n° 6990) », *Rev. prat. Soc.*, 2009, n°1

DEWAEL, Y., « RDT : une “circulaire” sous la forme d’une décision anticipée », *Fisc. Act.*, 2011, n° 22

DEWAEL, Y., « Report des RDT après fusion », *Fisc. Act.*, 2016, n°14

DEWAEL, Y., « Report des RDT et opérations de fusion », *Fisc. Act.*, 2011, n° 28

DHAENE, M., « Déduction RDT : ce que la circulaire administrative dit et ne dit pas », *Le Fiscologue*, 2009, n° 1167

GARABEDIAN, D., « “Forme” et “substance” en droit fiscal belge », *J.D.F.*, 2003/7-8

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*, Larcier, 2009

GILLET, D., LAMON, H., SPANOGHE, G., « Réorganisation transfrontalières d'entreprises : Transposition de la directive fusion en droit fiscal belge », *C. & F.P.*, 2009

GRAZIOSI, S., « Les RDT refaçonnés par le droit européen », *C&FP*, 2011, n°10

HERMAND, O., DELACROIX, P., WILS, C., « Une nouvelle déduction fiscale est née : les excédents RDT - Commentaire du nouvel article 205§3 du CIR », *R.G.F.*, 2010, n°2

HUYGHE, A., BOMBEKE, G., « Het jaar van de Notionele Intrest », *T.F.R.*, 2005, pp. 999-1000

JOURDAIN, S., « Fusions et acquisitions » in *Rulings*, Bruxelles, Larcier, 2012

JOURDAIN, S., « Excédents de RDT : une véritable odyssée fiscale », *C&FP*, 2009, n°8

KIRKPATRICK, J., GARABEDIAN, D., *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2003

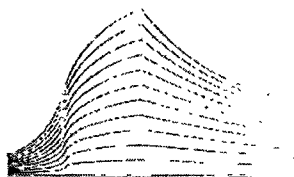
LAMON, H., « Chapitre 6 - Fusion » in *Acquisitions, financement et cessions d'entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2015

MAITROT DE LA MOTTE, A., « Section 2. - Les limites de l'harmonisation fiscale » in *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016

NAVEZ, E.-J., « Le transfert du siège social et la transformation transfrontalière des sociétés commerciales au sein de l'UE - Examen du droit commercial et fiscal belge, à la lumière de

- l'influence européenne » in *droit des groupes de sociétés : questions pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2013
- RICHELLE, I., « Cobelfret et l'interprétation de la directive mères-filiales : le régime des RDT est contraire au droit communautaire », *R.F.G.*, 2009, n°3
- SCHAFFNER, J., « 4. - Les réorganisations d'entreprises » in *Droit fiscal international*, Windhof, Larcier, 2013
- TIBERGHIE, A., *Manuel de droit fiscal*, Waterloo, Kluwer, 2014
- VAN CROMBRUGGE, S., « Fusies en splitsingen in het inkomstenbelastingenrecht anno 1993 », *T.R.V.*, 1993
- VAN DE WOESTEYNE, I., « Overdracht DBI - overschotten als secundair kenmerk van overgenomen vennootschap », *Fisc. Act.*, 2010, n° 12
- VAN GERVEN, D., « Afdeling 2 - Fusies » in *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, Gent, Larcier, 2016
- VAN GILS, N., « Het onzekere lot van het dbi-overschot bij reorganisaties », *AFT*, 2011, n°1
- VANDE VELDE, I., « Eindelijk fiscale neutraliteit voor grensoverschrijdende herstructurerings», *Fisc.Act.*, 2008, n°34
- VANDENBERGHE, W., *Van ontbinding tot fusie, fiscale aspecten*, Mechelen, Kluwer, 2007,
- VERSTRAELEN, J., « Wie moet wat bewijzen met betrekking tot de specifieke antirechtsmisbruikbepalingen in de artikelen 46§1 en 211§1 WIB 1992 : het Hof van Cassatie stelt terug orde op zaken », note sous cassation, 13 décembre 2007, *TFR*, 2008
- WERDEFROY, F., *Droits d'enregistrement*, Waterloo, Kluwer, 2013, p.1438-1440

ANNEXES



numéro de répertoire 2016/ 4337
date de la prononciation 14. 02. 2016
numéro de rôle 12/ 11621A

☐ ne pas présenter à l'inspecteur

JUG - J9C

N° 143

expédition

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le € BUR	le € BUR	le € BUR

Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile

Jugement

32^{ème} chambre
affaires civiles

présenté le 19 FEV. 2016
ne pas enregistrer <i>P. D'HOOGHE K.</i>

32ème chambre

Impôts sur les revenus
Jugement contradictoire définitif

Annexes: 1 requête + annexes
 1 ordonnance 747 CJ
 2 conclusions

EN CAUSE DE :

La sa. V [REDACTED] BCE [REDACTED], [REDACTED] Bruxelles, agissant pour son compte « *et en sa qualité d'ayant cause universel des sociétés anonymes -(1) Vi [REDACTED], qu'elle a absorbée le 28 septembre 2007, dont le siège était établi à [REDACTED] Bruxelles, [REDACTED] et qui était inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro [REDACTED], et -(2) V [REDACTED] L [REDACTED] qu'elle a absorbée le 28 septembre 2007, dont le siège était établi à [REDACTED] Bruxelles, [REDACTED] et qui était inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro [REDACTED]* »,

partie demanderesse, représentée par l'avocat Pierre Desenfans, boulevard de l'Empereur, 3 à 1000 Bruxelles — p.desenfans@liedekerke.com

CONTRE :

L'ETAT BELGE, SPF Finances, direction du Centre Grandes Entreprises de Bruxelles, dont les bureaux sont situés bld. du Jardin Botanique, 50/ 3350 à 1000 Bruxelles,

partie défenderesse, ayant comparu en personne, à l'intervention de M. D. Schoenmaekers, Conseiller — goge.bru.reg@minfin.fed.be

Cause prise en délibéré le 4 février 2016,

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête contradictoire, et annexes, déposées au greffe le 16 janvier 2012 ;
- l'ordonnance rendue sur pied de l'article 747 CJ ;
- les ultimes conclusions déposées les 16 septembre 2015 (*pour la partie demanderesse*) et 7 janvier 2016 (*pour la partie défenderesse*).

Entendu les parties comparissant à l'audience publique du 4 février 2016.

La Procédure.

1- Le litige a trait à l'enrôlement de la demanderesse à l'ISoc pour l'exercice 2008, sous l'article de rôle 804.400.434 (*dossier adm. pièce 12-142*), selon AER portant date d'envoi du 23 décembre 2010, sur rectification opérée selon avis du 18 octobre 2010 (*dossier adm. pièces 12-121 et suiv.*) confirmée par décision de taxation du 30 novembre 2010 (*pièce 12-135*).

Le litige porte sur la comptabilisation par les sociétés absorbées de revenus définitivement taxés, contestée par l'administration.

L'État résume ces rétroactes de la manière suivante :

« La demanderesse a absorbé la société Vi [REDACTED] par acte du 28 septembre 2007.

Cette fusion a pris effet, du point de vue comptable, le 1er juillet 2007. Elle a été réalisée sous le régime de neutralité fiscale des articles 211 et suivants du CIR.

Au cours de l'exercice d'imposition 2007 spécial (bilan clôturé au 30 juin 2007), Vi [REDACTED] n'a pu déduire de ses bénéfices imposables des RDI d'un montant de 396.210,72 €, après correction, car le résultat de l'exercice avant imputation des RDI était inférieur au montant des dividendes déductibles au titre de RDI.

La demanderesse a absorbé la société V [REDACTED] L [REDACTED] par acte du 28 septembre 2007.

Cette fusion a pris effet, du point de vue comptable, le 1er juillet 2007. Elle a été réalisée sous le régime de neutralité fiscale des articles 211 et suivants du CIR.

Au cours des exercices d'imposition 2005, 2006 et 2007, V [REDACTED] L [REDACTED] n'a pu déduire, après correction, de ses bénéfices imposables des RDI d'un montant de 3.728.775,47 € (exercice 2005), 4.817.000,70 € (exercice 2006) et 8.147.242,11 € (exercice 2007) car le résultat de ces exercices avant imputation des RDI était inférieur au montant des dividendes déductibles au titre de RDT.

Au cours de l'exercice d'imposition 2007 spécial (bilan clôturé au 30 juin 2007), V [REDACTED] L [REDACTED] a déduit de ses bénéfices imposables des RDT issus des exercices d'imposition 2005 à 2007 à concurrence d'un montant de 10.866.037,02 €.

Le montant des RDT que V [REDACTED] L [REDACTED] n'a pu effectivement déduire de ses bénéfices imposables s'élevait donc à la somme de 5.826.981,27 € à l'issue de l'exercice d'imposition 2007 spécial (3.728.775,4 + 4.817.000,70 + 8.147.242,11 - 10.866.037,02).

L'intégralité de ces RDT provient de sociétés établies dans un Etat membre de l'EEE (y compris la Belgique). Les conditions de participation minimales ne sont pas d'application étant donné que les dividendes ont été recueillis par une compagnie d'assurance. »

2- La réclamation administrative fut introduite le 22 juin 2011 ; la requête introductive d'instance porte en annexe une décision directoriale du 18 octobre 2011 qui, cependant, mentionne être rendue suite à une réclamation du 5 octobre 2009, mais aborde les impôts litigieux.

En toutes hypothèses, si la réclamation n'a pas fait l'objet d'une décision directoriale, l'administration admet à bon droit la recevabilité de la requête introductive d'instance dès lors que la réclamation est recevable et que la requête a été introduite dans le respect du délai légal ; la requête tend au dégrèvement intégral de la cotisation litigieuse.

3- En conclusions la demande, qui comporte une position subsidiaire, se présente comme suit :

« Dire pour droit que les revenus définitivement taxés (RDT) que les sociétés Vi et V L n'ont pu déduire de leurs bénéfices imposables avant leur absorption par la demanderesse, et dont le montant s'élève à 6.223.191,99 EUR, ont été intégralement transférés à la demanderesse, ou, subsidiairement, en proportion de la fraction de l'article 206, § 2, alinéa 2, du CIR ;

Dire pour droit que les RDT que la demanderesse a perçu au cours de l'exercice d'imposition 2008 sont intégralement déductibles et peuvent compenser les « mauvaises DNA » énumérées dans l'article 205, § 2, du CIR ;

En conséquence, annuler ou à tout le moins dégrever intégralement la cotisation à l'impôt des sociétés enrôlée le 23 décembre 2010 à charge de la demanderesse, pour l'exercice d'imposition 2008, sous l'article n° 00804400434 des rôles de la commune de ;

En conséquence, dire pour droit que qu'à l'issue de l'exercice d'imposition 2008 (bilan au 31 décembre 2007), le montant des excédents de RDT de la demanderesse s'élève à 5.732.589,89 EUR ou subsidiairement à 872.667,88 EUR si les excédents de RDT des sociétés absorbées ont été transférés à la demanderesse, en proportion de la fraction de l'article 206, § 2, alinéa 2, du CIR ;

Condamner l'État belge à la restitution de toutes sommes indûment perçues, que ce soit en espèces, par imputation de précomptes et versements anticipés ou imputation de sommes à rembourser ;

Condamner l'Etat belge au paiement des intérêts moratoires calculés comme prévu par l'article 418 du Code des impôts sur les revenus 1992 ;

Condamner l'Etat belge aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure (montant de base 11.000 EUR).

La demande formulée par l'État, consacrant un accord de l'administration avec la thèse subsidiaire de la demanderesse, est formulée comme suit :

« Dire pour droit :

1. que les RDT que Vi et V L n'ont pu déduire de leurs bénéfices imposables avant leur absorption par la demanderesse, et qui s'élèvent respectivement à 41.478,44 € et 1.321.790,60 € en appliquant la fraction qui est d'application à des pertes reportées (article 206, §2, alinéa 2 CIR92) sont transférés à la demanderesse ;

2. que les RDT que la demanderesse a perçu pour l'exercice d'imposition 2008 sont intégralement déductibles et peuvent compenser les « mauvaises DNA » énumérées dans l'article 205, §2 CIR92 ;

En conséquence :

3. dégrever intégralement la cotisation formée sous l'article 00804400434 pour l'exercice d'imposition 2008 avec allocation des intérêts moratoires.

4. dire pour droit qu'à l'issu de l'exercice d'imposition 2008 les excédents des RDT s'élèvent à 872.667,88 EUR

Montant de base de l'indemnité de procédure : 11.000,00 EUR »

Discussion.

1- La rectification fiscale litigieuse avait tout d'abord pour objet de contester la prise en compte de revenus définitivement taxés comptabilisés par les sociétés avec lesquelles la demanderesse a fusionné en 2007, pour raison d'insuffisance de bénéfice enregistré par ces sociétés durant les exercices antérieurs, sur lequel imputer ces revenus.

Eu égard à la teneur de la Directive 90/435 (« mère-fille ») et à la portée de l'arrêt 90/435 de la CJUE du 12 février 2009 —qui devait susciter l'ajout d'un paragraphe 3 à l'article 205 Cir9¹—, l'État renonce à bon droit à ce motif de rectification.

2- La rectification visait aussi à rejeter cette prise en compte des RDT dans le cadre d'une fusion fondée sur les articles 211 Cir92 et suivants, dès lors que ces dispositions légales, en particulier l'article 212 Cir92², ne prévoient pas le transfert des RDT à la société absorbante.

-
- 1 Article 202, CIR 92 - § 1. Des bénéfices de la période imposable sont également déduits, dans la mesure où ils s'y retrouvent :
- 1° les dividendes, à l'exception des revenus qui sont obtenus à l'occasion de la cession à une société de ses propres actions ou parts ou lors du partage total ou partiel de l'avoir social d'une société <...>
- Article 204, CIR 92 - Les revenus déductibles conformément à l'article 202, § 1er, 1°, 3° et 4°, sont censés se retrouver dans les bénéfices de la période imposable à concurrence de 95 pct du montant encaissé ou recueilli <...>
- Article 205, CIR 92- § 1er. Aucune déduction n'est accordée en vertu de l'article 202 à raison des revenus provenant d'avoirs affectés à l'exercice de l'activité professionnelle dans des établissements dont le contribuable dispose à l'étranger et dont les bénéfices sont exonérés en vertu de conventions internationales préventives de la double imposition.
- § 2. La déduction prévue à l'article 202 est limitée au montant des bénéfices de la période imposable, tel qu'il subsiste après application de l'article 199, diminué : 1° des libéralités non déductibles <.....>
- [§ 3. Les revenus, à concurrence de 95 pct de leur montant, visés à l'article 202, § 1er, 1° et 3°, alloués ou attribués par une société visée au § 2, alinéa 2, qui n'ont pu être déduits peuvent être reportés sur les périodes imposables postérieures.] (L 21.12.2009 – M.B. 31.12.2009)
- 2 Art. 212 - Dans les éventualités visées à l'article 211, les amortissements, déductions pour investissement, crédits d'impôt pour recherche et développement, déductions pour capital à risque, subsides en capital moins-values ou plus-values à envisager dans le chef des sociétés absorbantes ou bénéficiaires, sur les éléments qui leur ont été apportés, ainsi que le capital libéré sont déterminés comme si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu.
- Dans les mêmes éventualités, les dispositions du présent Code restent applicables, selon les modalités et aux conditions qui y sont prévues, aux réductions de valeurs, provisions, sous-estimations, surestimations, [subsides en capital], créances, plus-values et réserves existant dans les sociétés absorbées ou scindées, dans la mesure où ces éléments se retrouvent dans les avoirs des sociétés absorbantes ou bénéficiaires; la fusion ou la scission ne peut avoir pour effet une prolongation du délai de emploi des plus-values soumises à cette condition au-delà du terme initialement prévu.
- Pour l'application du présent Code, les plus-values visées à l'article 211, § 1er, alinéa 1er, 1° réalisées ou constatées à l'occasion de cette opération sont considérées comme non réalisées.

2-1. La demanderesse expose (*ccls p.6*) que « ces excédents doivent être traités comme les excédents de déduction pour capital à risque, de déduction pour investissement et de crédit d'impôt pour recherche et développement ».

2-2. L'État (*ccls p.4*) revendique une stricte application de la loi fiscale belge —tout en admettant cependant, la nécessité d'appliquer les règles présidant au report partiel de pertes, telles qu'instaurées par l'article 206 -§2 al.2³ (*ce qui constitue aussi l'objet de la demande subsidiaire de la sa. V[REDACTED]*).

La thèse de l'État se fonde tout d'abord sur les constatations suivantes :

- l'article 4 de la directive 'Mère-fille' (90/434/CEE du 23 juillet 1990)⁴ n'a pas vocation à régir autre chose que la problématique d'une imposition des dividendes perçus d'une société ayant déjà vu ses bénéfices imposés et a été mis en œuvre en droit belge dans le sens de l'article 4-1 deuxième tiret ;
- l'arrêt Cobelfret, C-138/07, rendu le 12 février 2009 par la CJUE, après comparaison avec l'option représentée par l'article 4-1 premier tiret⁵, prend en considération le problème posé par la non imputation des RDT dans une

3 Article 206, CIR 92 - § 2. <...>

En cas de fusion opérée en application de l'article 211, § 1er, les pertes professionnelles qu'une société absorbée a éprouvées avant cette fusion restent déductibles dans le chef de la société absorbante en proportion de la part que représente l'actif net fiscal avant la fusion des éléments absorbés de la société citée en premier lieu, dans le total, également avant la fusion, de l'actif net fiscal de la société absorbante et de la valeur fiscale nette des éléments absorbés. En cas de scission opérée en application de l'article 211, § 1er, la règle tracée ci-avant s'applique à la partie des pertes professionnelles qui est déterminée en proportion de la valeur fiscale nette des éléments absorbés dans le total de l'actif net fiscal de la société absorbée.

4 Article 4 -1. Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, l'État de la société mère:

- soit s'abstient d'imposer ces bénéfices,
- soit les impose, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices et, le cas échéant, le montant de la retenue à la source perçue par l'État membre de résidence de la filiale en application des dispositions dérogatoires de l'article 5, dans la limite du montant de l'impôt national correspondant.

- 2. Toutefois, tout État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation et des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère. Si, dans ce cas, les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

5 « 33- Il y a lieu de relever que l'obligation de l'État membre ayant choisi le système prévu à l'article 4, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 90/435 de s'abstenir d'imposer les bénéfices que la société mère reçoit, à titre d'associée, de sa société filiale n'est assortie d'aucune condition et est exprimée sous la seule réserve des paragraphes 2 et 3 du même article ainsi que de celle prévue à l'article 1er, paragraphe 2, de cette directive.

34- Aucune condition n'est notamment prévue à l'article 4, paragraphe 1, premier tiret, de ladite directive en ce qui concerne l'existence d'autres bénéfices imposables pour que les dividendes perçus par la société mère ne soient pas soumis à l'imposition. »

situation de perte ⁶ et invalide le rejet par le droit belge du bénéfice des RDT en une telle hypothèse, dès lors que l'objection liée à l'absence de portée de ladite directive sur la notion de pertes ⁷ ne peut être retenue dans la mesure où les pertes son reportables ⁸.

L'État en déduit que c'est en raison de l'impact sur le report des pertes que la norme européenne relative à la non taxation des RDT trouve à s'appliquer pour déterminer la teneur des pertes à reporter.

La thèse de l'État consiste ensuite à extrapoler ces conclusions sur l'hypothèse d'une fusion-absorption :

- la Directive « Mère-Fille » ne prend pas en compte une telle situation et ne porte pas directement atteinte à la teneur, précise, de l'article 212 Cir92 ;
- toutefois dès lors que ladite fusion permet le transfert de pertes dans la mesure édictée par l'article 206 Cir92 et dès lors que les RDT ont un impact sur la composition de ces pertes, l'État admet la nécessité de les prendre en compte aux mêmes conditions.

Selon l'État, puisque c'est en raison du *report* des pertes *d'un exercice à l'autre* que la CJUE a estimé requise la prise en compte de RDT dans une situation de pertes, de même, c'est en raison et dans la mesure du *transfert* des pertes *de la société absorbée à la société absorbante*, que doit se concevoir le transfert de RDT.

-
- 6 « 35- Cependant, le régime RDT, qui prévoit que les dividendes perçus par la société mère sont ajoutés à la base imposable de celle-ci et que, par la suite, un montant correspondant à 95 % de ces dividendes n'est déduit de cette base que dans la mesure où existent des bénéfices imposables dans le chef de la société mère, a pour effet que cette dernière ne peut entièrement bénéficier de cet avantage qu'à la condition de ne pas avoir subi, s'agissant de ses autres revenus imposables, un résultat négatif au titre de la même période. »
- 7 « 38- À cet égard, <selon> le gouvernement belge <...> l'article 4, paragraphe 1, premier tiret, de la directive 90/435 n'implique pas l'interdiction de tels effets sur les pertes »
- 8 « 39- Or, il y a lieu de relever qu'il résulte du dossier soumis à la Cour que, en principe, la réglementation fiscale belge admet le report des pertes sur des exercices fiscaux ultérieurs. **Par conséquent**, la réduction des pertes de la société mère susceptibles de bénéficier d'un tel report à hauteur des dividendes perçus a un effet sur la base imposable de cette société lors de l'exercice fiscal qui suit celui durant lequel ces dividendes sont perçus, dans la mesure où ses bénéfices sont supérieurs aux pertes reportables. En effet, à la suite de la réduction des pertes reportables, ladite base imposable se trouve plus élevée.
- 40- Il s'ensuit que, même si les dividendes perçus par la société mère ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice fiscal au cours duquel ces dividendes ont été distribués, ladite réduction des pertes de la société mère est susceptible d'avoir pour effet que cette dernière subit indirectement une imposition sur ces dividendes lors des exercices fiscaux ultérieurs, lorsque son résultat est positif.

2-3. En réponse, à cet argumentaire, la demanderesse se borne à invoquer la nécessité « de s'abstenir d'imposer les dividendes », et la neutralité fiscale qui est la ratio legis des transferts reconnus par l'article 212 Cir92.

En réalité, l'analyse faite par l'État démontre de manière convaincante que la Directive 'mère-fille' n'a pas en soi pour objet de régler les effets d'une fusion-absorption ; d'autre part, l'article 212 Cir92, qui est une disposition de stricte interprétation, n'instaure pas un principe de neutralité fiscale, mais établit une liste limitative d'éléments passant du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et ne porte pas sur les RDT.

Il sera fait droit à la position de l'État belge en tenant compte de l'impact de contentieux encore ouverts, concernant une des sociétés absorbées, selon les termes des conclusions de la demanderesse et moyennant accord des parties dégagées à l'audience quant à ce.

3- La rectification visait enfin à la limitation des RDT à concurrence des 'mauvaises' DNA, par application de l'article 205-§2 Cir92 dans son texte initial, ⁹ avant adjonction d'un ultime alinéa en 2005 ¹⁰.

L'État admet à bon droit que ces restrictions étaient en contradiction avec les normes européennes précitées.

4- La demande est partiellement fondée dans la mesure de la position concédée par l'État ; les parties s'accordent sur l'impact chiffré des questions de principe débattues ci-dessus.

9 Article 205 Cir92 - <...> § 2. La déduction prévue à l'article 202 est limitée au montant des bénéfices de la période imposable, tel qu'il subsiste après application de l'article 199, diminué :
1° des libéralités non déductibles à titre de frais professionnels, à l'exception des libéralités déduites des bénéfices en application des articles 199 et 200;
2° des frais visés à l'article 53, 6° à 11° et 14°;
3° des intérêts, redevances et rémunérations visés à l'article 54;
4° des intérêts non déductibles visés à l'article 55;
5° des cotisations patronales d'assurance complémentaire contre la vieillesse et le décès prématuré et les primes y assimilées de certaines assurances-vie, dans la mesure où ces cotisations et primes ne satisfont pas aux conditions et limite fixées par les articles 59 et 195, ainsi que les pensions, rentes et autres allocations en tenant lieu dans la mesure où ces sommes ne satisfont pas aux conditions et à la limite fixées par l'article 60;
6° de 25 p.c. des frais et moins-values afférents à l'utilisation des voitures, voitures mixtes et minibus visés à l'article 66 à l'exception des frais de carburant;
7° des ristournes considérées comme des bénéfices, visées à l'article 189, § 1er;
8° des taxes visées à l'article 198, alinéa 1er, 4° , 8° et 9°.]

10 [Les diminutions énumérées à l'alinéa 1er ne s'appliquent pas aux revenus visés à l'article 202, § 1er, 1° et 3°, alloués ou attribués par une société établie dans un État membre de l'Espace économique européen, pour autant que les conditions visées à l'article 202, § 2, alinéa 1er, 1° et 2°, soient remplies.] Ainsi inséré par la loi du 2 mai 2005, et modifié par la loi du 14 avril 2011.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL,**

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Statuant contradictoirement et écartant toutes conclusions contraires,

Déclare la demande recevable et fondée partiellement, et dit pour droit :

1. que les RDT que Vi [REDACTED] et V [REDACTED] L [REDACTED] n'ont pu déduire de leurs bénéfices imposables avant leur absorption par la demanderesse, et qui s'élèvent respectivement à 41.478,44 € et 1.321.790,60 € en appliquant l'article 206 §2 al. 2 Cir92, sont transférés à la demanderesse ;
2. que les RDT que la demanderesse a perçu pour l'exercice d'imposition 2008 sont intégralement déductibles et peuvent compenser les « mauvaises DNA » énumérées dans l'article 205 §2 CIR92 ;

En conséquence :

1. ordonne le dégrèvement de la cotisation formée sous l'article 00804400434 pour l'exercice d'imposition 2008 avec allocation des intérêts moratoires.
2. dit pour droit qu'à l'issue de l'exercice d'imposition 2008 les excédents des RDT s'élèvent à 872.667,88 €, sous réserve du litige encore ouvert entre parties quant à l'enrôlement de la société V [REDACTED] ([REDACTED]) pour l'exercice 2005 (et les exercices ultérieurs par répercussion) quant « (1) à la déductibilité fiscale des provisions dites "pour risques en cours" et à (2) à la qualité de RDT de dividendes tirés d'actions et parts comptabilisées sous un poste autre que le poste C.2 "Placements dans les entreprises liées et participations" du bilan ».

Condamne l'État aux dépens, liquidés à la somme de 11.000 € au titre de l'indemnité de procédure due à la demanderesse.

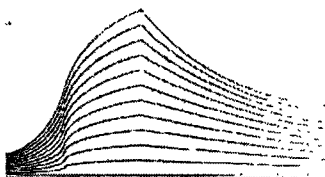
Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 32ème chambre du Tribunal de première instance Francophone de Bruxelles, le 17 février 2016 où étaient présents et siégeaient :

M. Christian Bernard, juge,

Mme. Claire Boone, greffier délégué,


Claire Boone


Christian Bernard.



17/05/2016

2

numéro de répertoire 2016 / 13085
date de la prononciation 20/05/2016
numéro de rôle 2013/3185 /A

expédition

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le € BUR	le € BUR	le € BUR

☐ ne pas présenter à
l'inspecteur

N° 178.

JUG-JGC

Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile

Jugement

34ème chambre
affaires civiles

présenté le 25 MAI 2016
ne pas enregistrer D'HOOGHE K.

Impôt sur les revenus
Jugement définitif
Contradictoire

Annexes: 1 requête + annexes
1 ordonnance 747 CJ
7 conclusions

EN CAUSE DE:

La SA Al [REDACTED] désignée dans la requête comme
SA Al [REDACTED], dont le siège social est établi à
[REDACTED] Bruxelles, [REDACTED] inscrite à la BCE sous le
n° [REDACTED]

Demanderesse,
Représentée par l'avocate Chr. WILS loco V.-A.
de BRAUWERE, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles,
place Poelaert, 6 (va.debrauwere@thales.be), ✓

CONTRE:

L'ETAT BELGE, SPF Finances, représenté par le conseiller
général - directeur des contributions directes du centre
des grandes entreprises, gestion et contrôles spécialisés,
dont les bureaux sont établis à 1000 Bruxelles, boulevard
du Jardin Botanique, 50 (boîte 3351),

Défendeur,
ayant comparu en personne à l'intervention de l'attaché ✓
S. VAN BOST (stephane.vanbost@mifin.fed.be).

En cette cause, tenue en délibéré le 4 mars 2016, le tribunal prononce le jugement
suivant.

Vu les pièces de la procédure, et notamment :

- la requête contradictoire et ses annexes, déposées au greffe du tribunal le 13 mars 2013 ;
- l'ordonnance rendue le 10 janvier 2014 sur base de l'article 747, §2, du Code judiciaire ;
- les conclusions, les conclusions additionnelles, les conclusions additionnelles et de synthèse et les conclusions suite à la mise en continuation prononcée à l'audience du 16 décembre 2015, prises par le défendeur, et les conclusions, les conclusions additionnelles et de synthèse et les conclusions - mise en continuation à l'audience du 16 décembre 2015, prises pour la demanderesse ;

Entendu le conseil de la demanderesse et le représentant du défendeur en leurs dires et moyens aux audiences publiques des 16 décembre 2015 et 4 mars 2016.

*** ** **

Les faits

La demanderesse reprend l'exposé des faits suivant :

« En 1995, les sociétés U[REDACTED] FE[REDACTED] et CO[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ES[REDACTED] furent successivement absorbées par la société AGF[REDACTED]. En 1999, la société ASSU[REDACTED] absorba les sociétés AGEF[REDACTED], AF[REDACTED], ASSU[REDACTED]-IM[REDACTED] ASSU[REDACTED]-ACC[REDACTED], ASSU[REDACTED]-ET[REDACTED] [REDACTED] et AGF[REDACTED]. Toutes ces sociétés constituent actuellement AL[REDACTED] [REDACTED]

L'administration, refusant le report des excédents de revenus définitivement taxés (ci-après « excédents RDT ») et des intérêts relatifs à certains dividendes, a procédé à plusieurs avis de rectification de la déclaration fiscale à l'impôt de sociétés rentrée par AL[REDACTED] [REDACTED] (ci-après « AL[REDACTED] »). L'administration refusait, dans un premier temps, tout report des excédents RDT de la société absorbée dans le chef de la société absorbante.

Al[REDACTED] a contesté, au travers de ses réponses aux avis de rectification, les rectifications faites par l'administration. L'administration a maintenu sa position et a procédé à l'enrôlement des cotisations contestées.

Al[REDACTED] a, dans les délais, rentré une réclamation auprès du Directeur régional du Centre de Contrôle des grandes entreprises, dans laquelle elle apporte des arguments qui soutiennent d'une part le report au bénéfice de la société absorbante de l'intégralité des excédents de RDT de la société absorbée, d'autre part la déduction intégrale des intérêts pour les intérêts couverts par certains dividendes pour les exercices d'imposition 2002 et 2003.

L'administration, en la décision de son directeur régional du 19 décembre 2012, rejette partiellement le report intégral des excédents de RDT des sociétés absorbées, admettant le report de ceux-ci, mais dans la mesure de l'application de l'article 206, §2 du Code des impôts sur les revenus (ci-après « CIR »), et totalement la déduction d'intérêts relatifs à certains dividendes.

Ce rejet partiel du report des RDT implique une augmentation de la base taxable de la société Al[REDACTED] de 13.581.536,03 EUR, montant total pour les exercices d'imposition 2004, 2005, 2006 et 2007. Les intérêts dont la déduction est rejetée s'élèvent à 4.853.496,11 EUR pour les exercices d'imposition 2002 et 2003.

Al[REDACTED] a décidé de se porter en justice contre cette décision, et a introduit une requête auprès du Greffe du tribunal de première instance de Bruxelles le 13 mars 2013, soit dans le délai de 6 mois qui lui était imparti par l'article 375 du CIR et l'article 1385undecies du Code judiciaire ».

Le défendeur précise ce qui suit, quant à l'exposé des faits :

« En ce qui concerne les RDT des sociétés absorbées :

Dans le cadre de l'instruction de la réclamation, les parties sont arrivées à un accord en ce qui concerne le montant des RDT à reporter des sociétés absorbées.

Le 12 novembre 2012, l'administration a adressé un courrier à la requérante (voir pièces 219 à 227) dans lequel elle lui proposait de fixer les

RDT des sociétés absorbées comme suit : *(pour le détail voir le tableau repris à la pièce 228)* :

- RDT des sociétés absorbées n'ayant pas été déduits par celles-ci :
21.857.231,60 €
 - RDT des sociétés absorbées transmis à la société absorbante après application du prorata de fusion de l'article 206, §2 du CIR 92
8.275.698,42 €
 - Le contribuable a marqué son accord sur le report d'un montant de
8.275.695,57 €
- tout en se réservant le droit de contester l'application du prorata de fusion *(voir courrier du contribuable du 10 décembre 2012 – pièces 229 à 230)*.

Ce montant de 8.275.695,57 € a été admis dans la Décision administrative du 19 décembre 2012 (annexée à la requête).

L'enjeu du litige soumis à l'appréciation du Tribunal en ce qui concerne les RDT des sociétés absorbées non admis par l'administration est de :
 $21.857.231,60 - 8.275.695,57 = 13.581.536,03$ € (Par enjeu il faut comprendre le montant des déductions susceptibles d'être éventuellement défalquées des résultats fiscaux futurs selon l'interprétation de la législation actuelle que la requérante propose dans ses conclusions dans la présente affaire).

A la page 3 de sa requête la demanderesse indique « *ce rejet partiel du report des RDT implique une augmentation de la base taxable de la société A de 13.598.611,40 €* ».

La différence entre les deux montants soit 17.075,37 € ($13.598.611,40 - 13.581.536,06$) s'explique par le rejet d'une série de dividendes qui ne remplissent pas les conditions pour être déduits au titre de RDT. A savoir les dividendes perçus par la société D (Sc L'escaut) pour les titres « W () » et « Z () » pour les montants suivants *(voir proposition de l'administration du 12 novembre 2012 – pièce 221)* :

- Ex. imposition 1998 : 4.493,50
- Ex. imposition 1999 : 3.736,54
- Ex. imposition 2000 : 8.845,34 ».

Le contribuable a marqué implicitement son accord sur ces rejets vu que ces exclusions font partie de la base de calcul du montant de 8.275.695,57 € qu'il a accepté dans son courrier du 10 décembre 2012 *(pièces 229 à 230)*. Le montant correct est donc bien de 13.581.536,03 €.

En ce qui concerne les intérêts couverts par certains dividendes :

Ce grief a été soulevé dans la réclamation complémentaire du 30 mars 2012 relative à l'exercice d'imposition 2004 (voir pièces 38 à 43). Le contribuable y demandait que le solde des pertes antérieures au début de la période imposable de l'exercice d'imposition 2004, soit le solde des pertes antérieures au 01/01/2003 soit majoré des montants suivants :

- Intérêts couverts par certains dividendes - Ex.imp. 2002	2.428.746,54 €
- Intérêts couverts par certains dividendes - Ex.imp. 2003	2.424.749,57 €
- TOTAL	4.853.496,11 €

Ce grief a été rejeté dans la Décision administrative du 19 décembre 2012.

Situation des pertes reportables et des RDT reportables suite à la décision administrative du 19 décembre 2012 :

Vu que pour les exercices d'imposition 2004 à 2007, la S.A. ALL [REDACTED] n'était pas en base imposable vu l'importance des pertes et des RDT reportables des exercices antérieurs, la Décision directoriale du 19 décembre 2012 n'a donné lieu à aucun dégrèvement pour les exercices en cause et se borne à fixer le montant des pertes et des RDT à reporter à l'issue de la dernière cotisation ayant fait l'objet d'une réclamation soit l'article de rôle 880 423 123 de l'exercice d'imposition 2007.

En effet, les montants positifs qui ont été enrôlés pour les cotisations suivantes :

Ex. imp. 2004 (art. 864 422 594)	69.264,54 €
Ex. imp. 2005 (art. 874 402 103)	14.506,87 €
Ex. imp. 2006 (art. 884 401 820)	69.452,95 €

constituent des cotisations distinctes enrôlées sur base de l'article 219 du CIR 92 sur lesquelles il n'y a pas de possibilité d'imputation des RDT et des pertes.

Les imputations successives de RDT et de pertes, pour les exercices d'imposition 2004 à 2007, sont détaillées aux pages 22 à 25 de la décision administrative.

Suite aux imputations sur la dernière de ces cotisations (art. 880 423 123 de l'ex. imp. 2007), la situation se présente comme suit :

- Montant des RDT reportables :	0,00 €
- Montant des pertes reportables :	194.213.218,47 € ».

Cotisations contestées et objet de la demande

Les cotisations contestées suivantes ont été enrôlées à charge de la demanderesse à l'impôt des sociétés :

Exercice d'imposition	Article de rôle	Date exécutoire	Date de l'AER	Montant enrôlé
2004	864422594 (supplémentaire)	12/12/2006	15/12/2006	69.264,54 €
2005	862011023 (primitive)	21/06/2006	23/06/2006	-1.528.781,81 €
2005	874402103 (supplémentaire)	13/12/2007	17/12/2007	14.506,87 €
2006	884401820 (supplémentaire)	16/12/2008	18/12/2008	64.452,95 €
2007	880423123 (primitive)	18/02/2008	21/02/2008	-2.086.915,01

La demande tend à titre principal à entendre dire que la demanderesse « est autorisée à reporter sur les exercices d'imposition ultérieurs le montant de 13.581.536,03 EUR à titre d'excédents RDT relatifs aux exercices d'imposition 2004, 2005, 2006 et 2007 et le montant de 4.853.496,11 EUR à titre de pertes fiscales reportées résultant d'intérêts déductibles » et à voir condamner le défendeur à restituer à la demanderesse toutes sommes indûment perçues, à majorer des intérêts moratoires.

A titre subsidiaire, la demanderesse invite le tribunal à poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union Européenne :

« L'article 4, § 1er de la Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale qui prévoit que les bénéfices distribués visés par la Directive sont intégrés dans la base imposable de la société bénéficiaire des dividendes avant d'être déduits de celle-ci à concurrence de 95 % de leur montant et sont, le cas échéant, reportés sur les exercices d'imposition ultérieurs mais qui, à défaut

de disposition spécifique prévoyant en cas d'opération de réorganisation de sociétés, que les déductions ainsi reportées dans le chef de la société apporteuse sont intégralement transférés à la société bénéficiaire, a pour conséquence que le transfert de ces déductions peut être limité par l'administration fiscale à l'occasion de telles opération et qui emporte de ce fait une imposition indirecte desdits dividendes ? ».

Recevabilité de la demande

La demande est recevable, ce qui n'est pas discuté.

Fondement de la demande

1. Quant au report des RDT des sociétés absorbées

Il convient de dire si, en cas d'absorption, les excédents de RDT sont reportés en totalité de la société absorbée vers la société absorbante ou s'ils sont définitivement perdus, fût-ce pour une partie comme l'admet le défendeur.

L'article 206, §2, du CIR 92 disposait à l'époque des faits :

« Lorsqu'en application de l'article 46, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, et alinéa 3, ou de l'article 211, §1^{er}, une société reçoit l'apport d'une branche d'activité ou d'une universalité de biens ou absorbe en tout ou en partie une autre société par fusion ou scission, les pertes professionnelles que la société absorbante ou bénéficiaire a éprouvées avant cet apport ou cette absorption ne sont définitivement déductibles qu'en proportion de la part que représente l'actif net fiscal de la société absorbante ou bénéficiaire avant cette opération dans le total de l'actif net fiscal de cette société et de la valeur fiscale nette des éléments apportés ou absorbés, également avant l'opération.

En cas de fusion opérée en application de l'article 211, §1^{er}, les pertes professionnelles qu'une société absorbée a éprouvées avant cette fusion restent déductibles dans le chef de la société absorbante en proportion de la part que représente l'actif net fiscal avant la fusion des éléments absorbés de la société citée en premier lieu, dans le total, également avant la fusion, de l'actif net fiscal de la société absorbante et de la valeur fiscale nette des éléments absorbés. En cas de scission opérée en application de l'article 211, § 1^{er}, la règle tracée ci-avant s'applique à la partie des pertes professionnelles qui est déterminée en proportion de la valeur fiscale nette des éléments absorbés dans le total de l'actif net fiscal de la société absorbée ».

L'article 212, alinéa 1^{er}, du CIR 92 disposait à l'époque des faits :

« Dans les éventualités visées à l'article 211, les amortissements, déductions pour investissement, crédits d'impôt pour recherche et développement, déductions pour capital à risque, subsides en capital, moins-values ou plus-values à envisager dans le chef des sociétés absorbantes ou bénéficiaires, sur les éléments qui leur ont été apportés, ainsi que le capital libéré sont déterminés comme si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu ».

L'article 4.1 de la Directive 90/435/CEE (mère-fille) était ainsi rédigé :

« Lorsqu'une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, l'État de la société mère:

- soit s'abstient d'imposer ces bénéfices,*
- soit les impose, tout en autorisant cette société à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ces bénéfices et, le cas échéant, le montant de la retenue à la source perçue par l'État membre de résidence de la filiale en application des dispositions dérogatoires de l'article 5, dans la limite du montant de l'impôt national correspondant ».*

Le défendeur invoque qu'en l'absence de dispositif légal prévoyant le transfert des excédents de RDT dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement neutres, les excédents de RDT de la société absorbée sont totalement et définitivement perdus dans le chef de la société absorbante. Le défendeur ajoute que l'article 212, alinéa 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus 1992 est de stricte interprétation et qu'il ne vise pas le transfert des RDT. Toutefois, le défendeur indique que « l'Administration fiscale belge a estimé que cette problématique pouvait s'analyser au regard du droit européen et des enseignements de sa jurisprudence (principalement les arrêts FRATELLI COSTANZO et COBELFRET ainsi que l'ordonnance KBC/BRB) et que ceux-ci pouvaient constituer une base suffisante sur laquelle se fonder légalement pour accorder au contribuable le report limité des excédents de RDT de la société absorbée dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement neutre », ajoutant : « Au regard des enseignements de cette jurisprudence (...), l'administration fiscale a considéré qu'il pouvait être admis d'accorder aux excédents de RDT visés un traitement identique à ce qui est prévu dans la législation belge en matière de report de pertes (voir art. 206, §2, al. 2, CIR 92) dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement

neutre. Cette acceptation d'un transfert limité des excédents de RDT de la société absorbée vers la société absorbante constitue une interprétation délibérée de l'Administration. Il n'existe en effet, en droit interne, aucun dispositif légal permettant le transfert de ces excédents de RDT d'une société absorbée vers la société absorbante. L'art. 212, CIR 92 ne peut être invoqué en la matière. Ladite interprétation délibérée s'inscrit également dans les différentes décisions du Service de Décisions Anticipées arrêtées depuis mai 2011. Dans ce sens: décisions SDA n° 2011 du 10 mai 2011; n° 2011.252 du 28 juin 2011; n° 2012.435 du 11 décembre 2012; n° 2013.057 du 28 mai 2013 ; n° 2013.107 du 18 juin 2013 ; et. n° 2014.009 du 26 février 2014 et n° 2015.047 du 3 mars 2015. En droit européen, ni la Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990¹ concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents ; ni la Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échange d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre² ne prévoient le report intégral ou même partiel des RDT des sociétés absorbées ».

Selon le défendeur, « il y a lieu de relativiser la portée que veut donner la demanderesse à l'arrêt « COBELFRET » qui n'a pas été rendu dans le contexte d'une fusion par absorption et qui vise le cas où une société mère perçoit des dividendes de sa filiale, sans plus ». Le défendeur ajoute : « Il est (...) clair que la Cour base son raisonnement sur le fait que la législation fiscale belge admet le report (intégral) des pertes d'une société sur les exercices d'imposition ultérieurs en application de l'article 206, §1 du CIR 92 qui dispose que (...) « les pertes professionnelles antérieures sont successivement déduites des revenus professionnels de chacune des périodes imposables suivantes ». « Cependant, dans le cadre d'une fusion par absorption, les pertes de la société absorbées ne sont pas susceptibles de bénéficier d'un tel report (intégral) vu que ce report est soumis à l'application de l'article 206, §2 du CIR 92 ». « (...) l'article 206, §2 du CIR 92 n'a jamais été jugé contraire au droit européen et en particulier à la Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 relative aux fusions. Donc, on ne peut déduire de cette jurisprudence (« COBELFRET »), comme le prétend la demanderesse, que les RDT de la société absorbée doivent être intégralement transmis à la société absorbante alors que, dans le cadre d'une fusion, les pertes

¹ Cette Directive a été remplacée par la Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

² Cette Directive a été remplacée par la Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échange d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre.

de la société absorbée ne sont pas susceptibles de bénéficier d'un tel report ». « L'ordonnance « KBC » de la CJUE du 4 juin 2009³ tient le même raisonnement que dans l'affaire « COBELFRET ». (...) Par conséquent, si on analyse la situation directement au regard du droit européen et de sa jurisprudence, plus particulièrement à la lumière des objectifs poursuivis par la Directive 90/435/CEE et des enseignements de l'arrêt « COBELFRET » et de l'ordonnance « KBC », il peut être déduit de l'application conjointe de l'effet direct reconnu à l'article 4, § 1^{er} de la Directive 90/435/CEE et de la jurisprudence précitée qu'étant donné que l'Etat belge a opté pour la méthode d'exonération, il doit accorder au report des excédents de RDT, un régime au moins équivalent à celui prévu en matière de report des pertes. Il peut dès lors être admis, d'accorder le report des excédents de RDT, dans le cadre d'opérations de restructuration, visées à l'article 211 CIR 92, conformément à ce qui est prévu à l'article 206, § 2 CIR 92 en matière de pertes récupérables. Contrairement à ce que prétend la demanderesse à la page 8 de ses conclusions additionnelles et de synthèse (point a), l'Administration ne soutient pas que les RDT doivent être assimilés à des pertes fiscales mais bien que le report des RDT doit suivre le même régime que celui des pertes vu que la jurisprudence européenne a considéré que les RDT devaient être intégralement reportables vu que les pertes étaient intégralement reportables dans la législation belge. Donc, si dans le cadre d'une fusion, le report des pertes des sociétés absorbées est limité, le report des RDT de ces mêmes sociétés doit l'être dans la même mesure. (...) Au vu de ces éléments, le fait que l'article 206, §2 du CIR 92 (qui détermine dans quelle mesure les pertes des sociétés absorbées sont reportables en cas de fusion) n'ait pas été jugé contraire au droit européen est tout à fait pertinent pour juger du présent litige, contrairement à ce que prétend la demanderesse (...). (...) C'est donc à bon droit que l'administration a appliqué la limitation prévue à l'article 206, § 2 du CIR 92 aux RDT reportables des sociétés absorbées ».

La demanderesse relève de manière exacte dans le préambule de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, que celle-ci a poursuivi l'objectif d'éliminer la pénalisation de la coopération entre sociétés d'Etats membres différents par rapport à la coopération entre sociétés d'un même Etat membre, due au fait que les dispositions fiscales régissant les relations entre sociétés mères et filiales d'Etats membres différents variaient sensiblement d'un Etat membre à l'autre et étaient, en général, moins favorables que celles applicables aux relations entre sociétés mères et filiales d'un même Etat membre, et de faciliter ainsi les regroupements de sociétés à l'échelle communautaire⁴.

³ CJUE, affaires C-439/07 et C-499/07, 04/06/2009, *en cause Etat Belge c./ KBC Bank et Beleggen Risicokapital, Beheer NV* (voir pièces 244 à 265).

⁴ Troisième considérant de la Directive Mère-Fille.

La demanderesse relève également de manière exacte dans l'arrêt « COBELFRET », « lequel a été entériné quelques mois plus tard, dans les affaires « KBC et BRB », que la méthode d'exonération prévue par la Directive mère-fille et choisie par la Belgique est « inconditionnelle » et que la Belgique, dans le régime de déduction des RDT alors en vigueur, ajoutait une condition restrictive incompatible avec le libellé et avec les objectifs et le système de la directive 90/435, « en exigeant que la société mère dispose, après déduction d'éventuels autres bénéfices exonérés, d'un solde bénéficiaire positif, avant de pouvoir déduire les dividendes recueillis à concurrence de 95 % ». Comme le fait valoir la demanderesse, il ressort de la jurisprudence européenne que « si un Etat a choisi, pour mettre en œuvre le système d'exonération prévu à l'article 4, §1^{er} de la Directive, d'intégrer, dans un premier temps, les dividendes dans la base imposable pour ensuite admettre leur déduction et que la législation de cet Etat permet le report des pertes sur les exercices ultérieurs (« carry forward »), alors cet Etat membre doit permettre le report des dividendes qui n'ont pu être déduits sur les exercices ultérieurs également ».

Ni les considérants, ni les dispositions de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 ne permettent de soutenir que le régime fiscal commun prévu par celle-ci s'étend à un régime de neutralité des restructurations de sociétés lorsqu'une société mère qui a reçu, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, est elle-même absorbée par une autre société. La jurisprudence européenne évoquée par les parties n'aborde pas cette question. La demanderesse invoque que « la Cour n'a pas assimilé les excédents RDT à des pertes, ou plus précisément, la Cour n'a pas estimé, comme le soutient l'administration, que le report des excédents RDT pouvait être effectué dans la même mesure et les mêmes limites que celui des pertes fiscales »⁵. Il n'en résulte pas pour autant que la directive 90/435/CEE imposerait un régime de neutralité des restructurations de sociétés lorsqu'une société mère qui a reçu, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, est elle-même absorbée par une autre société, au point que serait incompatible avec cette directive européenne l'« interprétation délibérée », évoquée par le défendeur, consistant, en l'absence de disposition légale ayant cet objet, à « accorder au contribuable le report limité des excédents de RDT de la société absorbée dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement neutre » et à « accorder aux excédents de RDT visés un traitement identique à ce qui est prévu dans la

⁵ Voyez O. HERMAND, P. DELACROIX et Ch. WILS, « Une nouvelle déduction fiscale est née: les 'excédents RDT' – Commentaire du nouvel article 205, § 3 du CIR », R.G.F., 2010, 2, p. 7.

législation belge en matière de report de pertes (voir art. 206, §2, al. 2, CIR 92) dans le cadre d'opérations de restructuration fiscalement neutre ».

La demanderesse invoque également que « les excédents RDT sont des attributs fiscaux secondaires », à savoir des attributs qui découlent exclusivement de la législation fiscale et non directement de la comptabilité. La demanderesse poursuit : « Se retrouvent dans cette catégorie : les excédents de déduction pour capital à risque, les excédents de déduction ou pour investissement, les excédents de déduction ou de crédit d'impôt pour recherche et développement, etc... ». Selon la demanderesse, en raison de la nature propre des excédents RDT, ceux-ci nécessitent un traitement différencié de celui des pertes fiscales. La demanderesse relève qu'un auteur⁶ en a déduit ce qui suit : « *les pertes reportées sont limitées lorsque la société est associée, en tant que société absorbante, à une restructuration fiscalement neutre telle que visée à l'article 211 CIR 1992. Cette limitation se calcule en partant de la valeur fiscale nette des sociétés concernées par la restructuration (art. 206, § 2 CIR 1992). Cette limitation ne joue pas pour les excédents RDT. [...] Légalement, la limitation susvisée est, en effet, uniquement d'application aux pertes reportées et ne peut être appliquée par analogie aux excédents de RDT* ». Elle relève que d'autres auteurs, allant plus loin, ont écrit : « *la loi ne prévoyant aucune limitation, il s'ensuit que ces 'excédents RDT' sont reportables de manière illimitée dans le temps et sans restriction de montant. Il découle également de ce choix que toutes les dispositions relatives aux pertes fiscales ne s'appliquent pas au report des 'excédents RDT'. Nous pensons notamment aux dispositions relatives au changement de contrôle (article 207 du CIR) et au prorata des pertes reportables en cas de restructuration (article 206 du CIR)* »⁷.

La demanderesse invoque que l'article 212 du Code des impôts sur les revenus 1992 du CIR « précise le traitement réservé aux attributs secondaires lors des opérations concernées » et elle rappelle que pour les exercices d'imposition 2004, 2005 et 2006, cette disposition était rédigée en ces termes :

« Dans les éventualités visées à l'article 211, les amortissements, déductions pour investissement, moins-values ou plus-values à envisager dans le chef des sociétés absorbantes ou bénéficiaires, sur les éléments qui leur ont été apportés, ainsi que le capital libéré sont déterminés comme si la fusion ou la scission n'avait pas eu lieu.

⁶ M. DHAENE, "Déduction RDT: ce que la circulaire administrative dit et ne dit pas", *Fiscologue*, 1167, 3 juillet 2009, p. 11.

⁷ O. HERMAND, P. DELACROIX et Ch. WILS, "Une nouvelle déduction fiscale est née: les 'excédents RDT' – Commentaire du nouvel article 205, § 3 du CIR", *R.G.F.*, 2010, 2, p. 7.

Dans les mêmes éventualités, les dispositions du présent Code restent applicables, selon les modalités et aux conditions qui y sont prévues, aux réductions de valeurs, provisions, sous-estimations, surestimations, subsides en capital, créances, plus-values et réserves existant dans les sociétés absorbées ou scindées, dans la mesure où ces éléments se retrouvent dans les avoirs des sociétés absorbantes ou bénéficiaires; la fusion ou la scission ne peut avoir pour effet une prolongation du délai de emploi des plus-values soumises à cette condition au-delà du terme initialement prévu.

Pour l'application du présent Code, les plus-values visées à l'article 211, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° réalisées ou constatées à l'occasion de cette opération sont considérées comme non réalisées. »

La demanderesse poursuit : « L'article 212 du CIR 92, qui a entre-temps été modifié pour intégrer les surplus de déduction pour capital à risque en 2008, prévoit donc un report des attributs fiscaux secondaires et pour certaines plus-values (attributs fiscaux primaires). La doctrine déduit du caractère d'attributs fiscaux secondaires donné aux excédents RDT que ceux-ci doivent recevoir le même traitement, en cas de fusion fiscalement neutre, que la déduction pour investissement ou la déduction pour capital à risque. Ainsi, Thierry BLOCKERYE s'exprime en ces termes : *«Personnellement, nous serions plus enclins à suivre la position d'O. Hermand, P. Delacroix et Ch. Wils qui considèrent qu'aucune limitation – en l'absence d'une disposition spécifique dans le C.I.R. – ne devrait être appliquée aux reports RDT dans la société absorbante/bénéficiaire ou absorbée/transférante, à l'instar de ce qui est prévu pour les déductions pour investissements, les crédits d'impôt pour la recherche et le développement, et les déductions pour capital à risque »*⁸. Cette position est également partagée par Inge Van De Woestyne⁹ ».

Le défendeur réplique en ce qui concerne la notion d'attributs fiscaux secondaires et ses conséquences quant au report des RDT : « La « nature propre » des excédents RDT dont il est question dans la circulaire n° Ci.RH/597.150 (AFER n° 32/2009) du 23 juin 2009 ne permet certainement pas d'en tirer les conséquences qu'en déduit la demanderesse et certains auteurs sur lesquels elle s'appuie. En effet, la circulaire ne fait qu'indiquer que : - (point 4, deuxième alinéa) : *« A l'instar de la déduction pour capital à risque et de la déduction pour investissement, l'excédent de déduction RDT pour un exercice donné devra être reporté sur les exercices d'imposition ultérieurs tout en conservant sa nature*

⁸ Th. BLOCKERYE, *Acquisitions, fusions et réorganisations de sociétés*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, p. 373.

⁹ I. VAN DE WOESTEYNE, "Overdracht DBI-overschotten als secundair kenmerk van overgenomen vennootschap", *Fisc. Act.*, 2012, 12, p. 9.

propre et sa place dans l'ordre de détermination de la base imposable (voir art. 77 AR/CIR) » ;

- (point 10) : « Le report des RDT excédentaires sera formellement mis en place au niveau de la déclaration de l'ex.imp. 2010 (rubriques codées spécifiques à prévoir à cet effet). Les sociétés sont donc priées, dans l'intervalle, de joindre à leur déclaration afférente à l'ex 2009 une annexe détaillant le report de l'excédent qu'elles envisagent (voir modèle joint en annexe. A cet égard, il n'est pas indiqué de revendiquer le report des RDT au niveau du cadre IX « PERTES RECUPERABLES » ou encore au niveau du cadre I « RESERVES » en majoration de la situation de début des réserves ». La circulaire précise donc simplement que :

- Les RDT, la déduction pour capital à risque (DCR), la déduction pour investissement (DPI) et les pertes récupérables sont des attributs fiscaux autonomes qui doivent être déclarés dans des rubriques spécifiques ;
- Cette différenciation est nécessaire vu que ces éléments déductibles le sont dans un certain ordre (art. 77 et suivants AR/CIR) ;

Il n'y a aucune autre conséquence à tirer des termes de cette circulaire¹⁰.

Il ne peut donc pas être déduit des précisions apportées au n° 4, al. 2, de la circulaire Ci.RH.421/597.150 (AFER 32/2009 dd. 23.6.2009) que le report des excédents de RDT suit un régime identique aux reports en matière de DCR et de DPI. L'analogie présentée avec la DCR et la DPI ne concerne pas le régime fiscal à proprement parler; celle-ci précise que tout comme pour les reports en matière de DCR et de DPI, qui ont chacun une nature et une place définies dans l'ordre de détermination de la base imposable (cf. art. 74 à 79 AR/CIR 92), il en sera également ainsi en matière de report d'excédents de RDT. En d'autres termes, l'arrêt COBELFRET ne remettant pas en question le régime fiscal belge en matière de déduction des RDT, le report prend une nature et une place identiques à celles déjà prévues en matière de déduction RDT pour l'année même (cf. art. 77, AR/CIR 92). Le sort des DCR et des DPI dans le cadre d'opérations de restructuration visées à l'art. 211 CIR 92 est réglé par l'art. 212, al. 1^{er}, du CIR 92 qui prévoit expressément un principe de neutralité fiscale en la matière. Le principe de neutralité consacré par l'art. 212 CIR 92, constitue un régime dérogatoire au droit commun, de stricte interprétation, qui ne s'applique qu'aux cas expressément visés par cette disposition (voir en ce sens les arrêts n° F1210F du 10.12.1992 et F940012F du 11.05.1995 de la Cour de Cassation). A cet égard, l'art. 170 de la Constitution fait obstacle à toute application par analogie de ce principe de la neutralité fiscale à des cas qui n'y sont pas visés ».

¹⁰ Ainsi, Nick Van Gils écrit : « les passages cités (de la circulaire administrative) pourraient apporter des pistes quant au sort à réserver aux RDT excédentaires dans le cadre de réorganisation fiscalement neutres où une des sociétés impliquées dispose d'un excédent de RDT reporté mais ne donnent toutefois aucune indication explicite » (Nick Van Gils, Le sort incertain de l'excédent RDT en cas de réorganisation, R.G.F. 2001/4, p. 12)

Ces arguments du défendeur apparaissent fondés. L'article 212 du CIR 92 prévoit certes un report de certains attributs fiscaux secondaires et de certaines plus-values (attributs fiscaux primaires) en cas de fusion fiscalement neutre mais il ne le prévoit pas pour les excédents RDT. Ni cette disposition légale, ni la notion d'attributs fiscaux secondaires ne permettent à la société absorbante de se prévaloir du droit au report des excédents RDT des sociétés absorbées.

La demanderesse s'appuie encore sur « une autre doctrine (qui) se fonde sur l'article 682 du Code des sociétés qui prévoit qu'une fusion a automatiquement les conséquences suivantes :

- la société absorbée cesse d'exister ;
- les actionnaires de la société absorbée deviennent les actionnaires de la société absorbante ; et
- tous les actifs et passifs, dettes et créances, droits et obligations de la société absorbée sont automatiquement transférés vers la société absorbante.

Selon cette doctrine¹¹, le transfert automatique des droits et des obligations s'applique aussi en ce qui concerne l'impôt des sociétés, impliquant dès lors que l'ensemble des droits en matière d'impôt de sociétés sont automatiquement transférés vers la société absorbante. Selon eux, la société absorbée peut donc transférer sans aucune limite les excédents RDT et la société absorbante peut également les utiliser ».

A l'appui de cet argument, la demanderesse renvoie à l'arrêt rendu le 18 octobre 2012 par la Cour de justice européenne dans l'affaire « PUNCH GRAPHIX PREPRESS BELGIUM NV » suivant lequel « la notion de 'liquidation', figurant à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 90/435, doit être interprétée en ce sens que la dissolution d'une société dans le cadre d'une fusion par absorption ne saurait être considérée comme un telle liquidation », ce dont la demanderesse infère que « la fiction propre à la législation fiscale belge en vertu de laquelle une fusion emporte une liquidation n'est pas pertinente pour l'application du droit européen puisqu'en droit européen, et en particulier pour l'application de la Directive mère-filiale, une fusion est « une opération par laquelle une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à la société qui détient la totalité des titres représentatifs de son capital social » (et) par conséquent, tant en application du droit européen que du droit des sociétés, une fusion n'emporte pas de liquidation et implique le transfert à la société bénéficiaire des attributs ou actifs fiscaux, tels les excédents RDT ».

¹¹ A. Huyghe et G. Bombeke, "Het jaar van de Notionele Intrest", T.F.R., 2005, p. 999 et 1000 ; R. Massiaen, "ersliesverrekening na belastingvrij fusie : de dubbele negatieve fiscale nettowaarde legt de inconsistenties van de regelgeving bloot", A.F.T., 2008, n°4, P. 47-48.

En ce qui concerne l'arrêt de la CJUE du 18 octobre 2012 (affaire C-371/11, *PUNCH GRAPHIX PREPRESS*), le défendeur fait valoir que l'objet de ce litige ne portait pas sur le transfert de RDT de sociétés absorbées vers une société absorbante mais sur le report de RDT qu'une société absorbante avait obtenu suite à la plus-value qu'elle avait réalisée dans le cadre d'une fusion silencieuse : « La question centrale dans ce litige concerne uniquement le sens à donner au terme « liquidation » au sens de l'article 4, §1 de la Directive mère-filiale. Par conséquent, l'affirmation de la demanderesse (...) suivant laquelle les excédents RDT de la société absorbée sont transférés vers la société absorbante ne ressort nullement des considérants de cet arrêt ».

A la suite de cette observation exacte du défendeur, il y a lieu de répéter que la directive 90/435/CEE n'impose pas de régime de neutralité des restructurations de sociétés lorsqu'une société mère qui a reçu, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, est elle-même absorbée par une autre société.

Quant au transfert automatique des droits et des obligations de la société absorbée à la société absorbante, il ne s'applique en matière d'impôt des sociétés que dans la mesure où celui-ci l'admet, eu égard à l'existence de dispositions légales réglant spécialement la matière. Cette règle ne saurait dès lors constituer la base d'un droit au report des excédents RDT de la société absorbée.

En conclusion, la demanderesse n'établit pas qu'elle a droit au report des excédents RDT litigieux dans une mesure supérieure au report qui a été appliqué par l'administration sur la base de ce que le défendeur désigne comme son « interprétation délibérée », qui assure à la déduction RDT un traitement au moins aussi favorable que les pertes¹².

A titre subsidiaire, la demanderesse « postule qu'une question préjudicielle soit posée à la CJUE sur la compatibilité des articles 206, § 2 et 212 du CIR à l'article 4, § 1^{er} de la Directive mère-filiale ».

¹² Voyez D. GARABEDIAN, *Droit fiscal des sociétés*, édition 2014-2015 (syllabus), n° 2.197, p. 227 : « Les pertes fiscales d'une société absorbée ou scindée en exemption d'impôt passent en partie aux sociétés absorbante ou bénéficiaires de la scission (art. 206, § 2, al. 2, CIR ; ...). Rien de tel n'est prévu pour les excédents de RDT, qui paraissent ainsi disparaître avec la société absorbée ou scindée. Cette solution n'est toutefois pas conforme à l'enseignement de l'arrêt Cobelfret, qui implique que la déduction RDT doit recevoir un traitement au moins aussi favorable que les pertes. Les sociétés absorbante ou bénéficiaires de la scission pourront donc invoquer l'effet direct de la Directive pour réclamer le bénéfice d'une quotité des excédents de RDT dont disposait la société absorbée ou scindée au moment de l'opération » ; voyez aussi en ce sens : civ. Bruxelles, 17 février 2016, rôle n° 2012/1162/A.

Le défendeur considère qu'il n'y a pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice européenne sur la compatibilité des articles 206, §2, et 212 du Code des impôts sur les revenus 1992 à l'article 4, §1^{er}, de la Directive mère-filiale : « En effet, l'art. 4, §1^{er}, de la Directive n'est pas suffisamment inconditionnel et précis pour s'appliquer directement dans le cadre d'une restructuration telle que celle cadrant la requête. La Directive ne s'étend pas au-delà de la relation entre la société mère et sa fille. Concrètement, l'état de résidence de la société mère doit, dès lors, s'abstenir d'imposer les dividendes en question, mais uniquement dans le chef de la société mère au moment de leur distribution. A cet égard, lorsque des dividendes n'ont pas pu être effectivement déduits dans le chef de la société mère avant une restructuration, l'art. 4, § 1^{er} de la Directive cesse de produire ses effets pour ce qui concerne le transfert du reliquat d'excédents de RDT existant au moment de cette restructuration vers la société bénéficiaire. Admettre un transfert inconditionnel des excédents de RDT de la société absorbée vers la société absorbante revient à accorder à la Directive « mère-fille » une portée qui ne ressort pas expressément du texte ».

Cette objection apparaît fondée. La directive 90/435/CEE n'impose pas de régime de neutralité des restructurations de sociétés lorsqu'une société mère qui a reçu, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de celle-ci, est elle-même absorbée par une autre société. Les juridictions nationales qui ne statuent pas en dernier ressort n'ont pas l'obligation d'exercer ce renvoi, même si l'une des parties le demande, et il n'y a dès lors pas lieu de poser la question préjudicielle proposée par la demanderesse.

2. Quant à la non déductibilité des intérêts sur base de l'article 198, alinéa 1^{er}, 10°, du CIR 92

La demanderesse conteste le rejet de la déduction de certains intérêts qu'elle a supportés « en raison de l'enregistrement par la société de RDT pour des participations qui n'ont pas été détenues durant une période d'une année ». Elle indique que ce rejet a eu lieu sur base de « l'article 198, 10° du CIR tel qu'en vigueur pour les exercices d'imposition 2002 et 2003, qui prévoit que constituent des dépenses non déductibles les intérêts à concurrence des RDT ne respectant pas une condition de détention d'un an pour l'exercice en question ». La demanderesse précise que « cette disposition entraîne une augmentation de la base taxable d'AL [REDACTED] pour les exercices d'imposition 2002 et 2003 de 4.853.496,01 EUR ». Plus précisément, le défendeur indique que « les montants

