

**LES CONSÉQUENCES FISCALES
DE LA RESTRUCTURATION
DE L'ENDETTEMENT(*)
DEUXIÈME PARTIE (**)**

TABLE DES MATIÈRES

IV. — RÉGIME FISCAL DES CRÉANCIERS – GÉNÉRALITÉS	322
A. — <i>Comptabilisation</i>	322
B. — <i>Taxation</i>	322
C. — <i>Les intérêts</i>	323
D. — <i>Précompte mobilier</i>	323
E. — <i>Prêteur belge personne physique</i>	326
F. — <i>Prêteur personne morale ou non-résident</i>	327
G. — <i>Prêteur société belge</i>	327
H. — <i>Exceptions</i>	327
V. — INCIDENCE SUR LE CRÉANCIER DE L'AMÉNAGEMENT DE LA DETTE ...	328
A. — <i>Débiteur défaillant</i>	328
1. Réductions de valeur sur créances.....	328
2. Restitution de la TVA	330
3. Modifications des conditions contractuelles.....	331
VI. — RESTRUCTURATION DE L'ENDETTEMENT : IMPACT DE LA LÉGISLATION FISCALE BELGE	332

(*) La présente étude reprend le texte du rapport belge au congrès de l'IFA qui s'est tenu en 2006 à Amsterdam.

(**) La première partie de la présente étude a été publiée dans la livraison précédente de ce *Journal*.

IV. — RÉGIME FISCAL DES CRÉANCIERS —
GÉNÉRALITÉS

A. — *Comptabilisation*

44. — La société créancière doit comptabiliser ses créances dès qu'elles sont certaines, sans attendre qu'elles deviennent exigibles.

Les créances doivent être comptabilisées à leur valeur nominale. Si elles portent intérêt, ces intérêts seront inscrits au fur et à mesure de leur débit dans un compte de produits financiers.

Si la créance ne porte pas intérêts, la comptabilisation à la valeur nominale à l'actif doit s'accompagner de la comptabilisation d'un escompte en compte de régularisation du passif et de la prise en résultat de cet escompte (61).

Il doit être tenu compte des produits afférents à l'exercice, sans considération de la date de paiement ou d'encaissement de ces charges et produits (62). Le prorata d'intérêts dus à la clôture de l'exercice doit être comptabilisé.

B. — *Taxation*

45. — La loi fiscale confirme expressément cette prise en résultat *prorata temporis*, en ce qui concerne les intérêts (63). Cette règle vaut également pour les revenus encaissés : par exemple, si une société perçoit d'avance des loyers se rapportant à un ou plusieurs exercices suivants, elle doit comptabiliser en produits à reporter au passif du bilan, le prorata du loyer à rattacher à ce ou ces exercices. Conformément au principe de la primauté du droit comptable sur le droit fiscal, et de la détermination du bénéfice comptable en accord avec la législation fiscale, les avances de loyer qui seraient comptabilisées entièrement pour un exercice donné en produits de cet exercice, seraient immédiatement taxables.

La comptabilisation dans le compte de produits à reporter, suivie de la comptabilisation progressive en compte de produits, permet de répartir le bénéfice imposable de la même manière

(61) Article 67 de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés.

(62) Article 33, aliéna 2 arrêté royal d'exécution du Code des sociétés.

(63) Article 362*bis* CIR 1992.

que le bénéfice comptable (64); à défaut, la société créditrice serait taxable sur les revenus qu'elle perçoit suite à l'exécution de leurs obligations par ses débiteurs, même si ces revenus ne se rapportent pas exclusivement à l'exercice en cours.

Les créances productives d'intérêts peuvent résulter de contrats de droit commun, ou être incorporées dans des titres négociables, nominatifs, au porteur ou à ordre: titres à revenus fixes (65), tels que les obligations, bons de caisse, bons de capitalisation, zero bond, ou titres d'emprunt à revenus variables: obligations participantes par exemple.

C. — *Les intérêts*

46. — Les intérêts des titres d'emprunts comprennent toute somme payée ou attribuée en sus du prix d'émission par l'émetteur (66), par exemple la prime d'émission et la prime de remboursement attachées à ces titres.

En revanche, les intérêts dus en cas de retard de paiement ne sont pas des revenus de capitaux engagés, au sens de l'article 17, §1^{er} CIR 1992, qui définit les intérêts; de ce fait, ils ne sont pas soumis au précompte mobilier et ne sont pas imposables à ce titre.

Ils sont néanmoins imposables à l'impôt des sociétés, comme en principe tout produit de la société.

D. — *Précompte mobilier*

47. — Sur les intérêts rémunérant les capitaux engagés, le précompte est dû, et doit être retenu par la société qui attribue les intérêts, au moment de cette attribution (67).

Le taux du précompte est de 15%, sauf requalification desdits intérêts en dividendes, taxés alors au taux de 25% (voir *supra*).

Cependant, faisant usage de l'habilitation prévue par le Code (68), des arrêtés royaux ont établi de nombreuses renon-

(64) Cass., 20 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 100.

(65) Article 2, §4, CIR 1992.

(66) Article 19, §2, alinéa 1^{er} CIR 1992.

(67) Article 267 CIR 1992.

(68) Article 266 CIR 1992.

ciations au précompte mobilier sur intérêts (69). Ces renonciations peuvent être de deux types :

- Les renonciations qui visent le cas où le créancier des intérêts est une société belge, et où la perception du précompte est dès lors inutile, puisque le précompte est imputable sur l'impôt des sociétés et restitué dans la mesure où il excède celui-ci.

Par exemple, une société, belge ou étrangère, ne doit pas le précompte mobilier sur les intérêts de créances non représentées par les titres qu'elle paie à des sociétés belges, sauf dans le cas où la société belge perçoit des intérêts de dépôts bancaires, et où cette société n'est pas elle-même une banque (70).

Les établissements de crédit peuvent également percevoir sans précompte mobilier des intérêts des obligations, bons de caisse et autres titres analogues.

- D'autres renonciations ont pour but de permettre à certaines sociétés belges d'emprunter dans de bonnes conditions financières auprès de non-résidents, en évitant, par le prélèvement à la source du précompte mobilier, que le prêteur non-résident exige un intérêt plus élevé, et sauf le cas où le non-résident a affecté la créance qui produit les intérêts à un établissement dont il dispose en Belgique.

Par exemple, toutes les sociétés belges sont dispensées de payer le précompte mobilier sur les intérêts d'obligations nominatives qu'elles paient à des non-résidents (71).

Les établissements de crédit sont en outre dispensés de payer le précompte mobilier sur les intérêts de titres nominatifs analogues à des obligations ou bons de caisse et de créances non représentées par les titres, qu'ils paient à des non-résidents (72).

48. — L'administration fiscale considère depuis longtemps que sont des entreprises financières au sens de l'arrêté royal d'exécution du Code, toutes sociétés qui possèdent des actions ou parts dans d'autres sociétés, autres que des filiales à au

(69) Articles 105 et s. arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(70) Article 110, 5 de l'arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(71) Articles 107, §2, 10°, 107, §6 et 118, §1^{er}, 1° arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(72) Articles 105, 1°, 107, §2, 5°, b, 3^{ème} tiret, 117, §6 et 118, §1^{er}, 1° arrêté royal d'exécution CIR 1992.

moins 75%, et dont la valeur comptable excède la moitié de ses fonds propres, ainsi que toutes les sociétés inscrites sur la liste des sociétés à portefeuilles.

Une même exonération vaut pour les créances représentées par des titres, mais elle est subordonnée à la condition que le bénéficiaire des intérêts ait été titulaire des titres pendant toute la période à laquelle les intérêts se rapportent et que les titres aient fait l'objet d'une inscription nominative chez l'émetteur pendant toute cette période (73).

Ces conditions ont pour but d'empêcher que les personnes assujetties à l'impôt des personnes physiques ou à l'impôt des personnes morales, pour qui le précompte mobilier a un caractère libératoire et donc définitif, puissent éviter celui-ci en vendant leurs titres productifs d'intérêts à une société ou à un non-résident peu avant le détachement du coupon.

Pour la même raison, ces renonciations au précompte ne s'appliquent pas aux titres qui ne donnent pas lieu à un paiement périodique d'intérêts, mais dont les intérêts sont capitalisés jusqu'à l'échéance du titre (74).

L'absence d'exonération du précompte mobilier à la source dans l'hypothèse où les titres d'emprunt changent de titulaire au cours de la période à laquelle se rapportent les intérêts payés décourage cependant les sociétés et les non-résidents désireux d'investir dans des titres d'emprunt belges.

Pour remédier à cette situation préjudiciable, le législateur a instauré un régime particulier de perception et d'exonération du précompte mobilier, pour les titres d'emprunt émis par l'Etat ou par les sociétés.

L'application de ce régime suppose que les titres soient inscrits au nom du titulaire sur un compte titres, dans un système de liquidation de titres agréé par le Roi et géré par la banque nationale de Belgique, dit système «X/N».

Bénéficient de l'exonération du précompte, et donc de l'inscription de leurs titres dans un compte de type X, les sociétés belges, les non-résidents et les fonds de pension, assujettis à l'impôt des personnes morales.

(73) Articles 107 et 118 arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(74) Article 266, alinéa 2 CIR 1992.

Par dérogation au droit commun exposé ci-dessus, la société émettrice des titres inscrits en compte dans ce système est dispensée de retenir le précompte sur les intérêts qu'elle paie à la Banque nationale : c'est cette dernière qui est redevable du précompte sur les intérêts afférents aux titres inscrits en compte «N», c'est-à-dire le compte reprenant les titres qui ne bénéficient pas de l'exonération du précompte. Un même titre peut passer d'un compte «X» à un compte «N» au cours de l'année, et les intérêts sont proratisés en fonction de la date du dépôt ou du retrait d'un titre sur l'un ou l'autre de ces comptes.

Par ailleurs, le précompte mobilier sur les redevances et loyers dus pour la concession ou la location du bien mobilier incorporé au corporel n'est dû que lorsque le bénéficiaire est assujéti à l'impôt des personnes morales ou à l'impôt des non-résidents (75).

Conformément aux règles générales de déductibilité des frais exposés pour l'acquisition ou la conservation des revenus, la base de calcul du précompte est le montant de la redevance ou du loyer, diminué des frais, autres que les intérêts d'emprunt, déductibles à un autre titre, engagés par le créancier en vue d'acquérir ou de conserver ses revenus ; à défaut d'éléments probants, ces frais sont fixés forfaitairement à 15% du montant brut (76).

E. — *Prêteur belge personne physique*

49. — Si le prêteur de fonds n'est pas une société belge, mais un habitant du royaume, personne physique, le précompte prélevé à la source sur les intérêts acquis en rémunération d'un prêt sont soumis au précompte mobilier libératoire. Le prêteur personne physique n'est alors pas tenu de mentionner les intérêts dans sa déclaration à l'impôt des personnes physiques. S'ils sont quand même déclarés, les intérêts sont taxables distinctement à l'impôt des personnes physiques, au taux de 15%, mais les centimes additionnels locaux sont alors applicables, ce qui rend défavorable au contribuable la déclaration de ces revenus dont la déclaration est facultative.

(75) Articles 111 et 117, §1^{er}, 4^o arrêté royal d'exécution du Code.

(76) Article 22, §§2 et 3 CIR 1992, articles 3 et 4 arrêté royal d'exécution CIR 1992.

F. — *Prêteur personne morale ou non-résident*

50. — Si le prêteur est une personne morale, assujettie à l'impôt des personnes morales (par exemple un fonds de pension), ou un non-résident, l'impôt sur les intérêts se limite également au précompte mobilier de 15% prévu à la source. Si le bailleur de fonds est assujetti à l'impôt des non-résidents, le précompte mobilier retenu à la source tient lieu d'impôt belge.

G. — *Prêteur société belge*

51. — Les intérêts recueillis par une société belge concourent à former son bénéfice imposable.

Ils sont rattachés à la période imposable qu'ils concernent *pro rata temporis*; le revenu imposable est l'intérêt brut, y compris le précompte mobilier, éventuellement retenu; pas plus que l'impôt des sociétés lui-même, ce précompte mobilier, avance sur l'impôt final, n'est en effet déductible du revenu imposable.

H. — *Exceptions*

52. — Si le prêteur est une société étrangère et la société débitrice, une société belge, et que les capitaux prêtés ne sont pas affectés à un établissement belge, le précompte mobilier de 15% est également libératoire (77), sauf si ces biens sont compris dans les actifs d'un établissement belge, qui, ainsi que vu dans la partie introductive, est traité comme une société belge du point de vue fiscal.

Cependant, les non-résidents bénéficient dans de très nombreux cas d'une exonération de précompte mobilier prévue par le droit belge (78) ou imposée par la convention préventive de double imposition.

(77) Article 248 CIR 1992.

(78) Article 266 CIR 1992.

V. — INCIDENCE SUR LE CRÉANCIER
DE L'AMÉNAGEMENT DE LA DETTE

A. — *Débiteur défaillant*

1. *Réductions de valeur sur créances*

53. — Une fois de plus, le traitement fiscal de la défaillance du débiteur est, dans le chef du créancier, traité en fonction de ses implications en droit comptable.

Le droit comptable impose de comptabiliser une réduction de valeur sur les créances dont le «*remboursement à l'échéance est en tout ou partie incertain ou compromis*» (79).

En droit fiscal, cependant, si le principe est le même, les conditions sont plus strictes.

D'après une jurisprudence unanimement critiquée (80), la réduction de valeur résultant du caractère irrécouvrable d'une créance ne peut être actée qu'à partir du moment où il apparaît certain que la créance est irrécouvrable.

En pratique, cela revient à dire qu'une créance n'est considérée comme irrécouvrable que si le débiteur est déclaré en faillite; et encore cette réduction de valeur est-elle subordonnée à la production d'une attestation du curateur selon laquelle les créanciers chirographaires ne seront aucunement remboursés de leur créance.

54. — Il faut cependant distinguer deux sortes de réductions de valeur sur créance :

— les réductions de valeur comptabilisées en raison de la perte définitive de la créance.

Ces réductions de valeur sont déductibles au titre de frais professionnels (81).

— Les réductions de valeur pour perte probable sur créances

Ces réductions de valeur ne sont pas considérées comme des frais déductibles immédiatement, mais comme des réserves ou provisions, lesquelles font en principe partie du bénéfice

(79) Articles 66, §2, al. 2 et 68, arrêté royal d'exécution du Code des sociétés.

(80) E. SCHREUDER, *Les impôts sur les revenus*, 1957, n° 179, p. 176; E. BOURS, «Les créances douteuses des impôts sur les revenus», in *Réflexions offertes à P. Sibille*, 1981, p. 217.

(81) Article 52, 60 CIR 1992.

imposable (82), tout en étant cependant exonérées si elles sont comptabilisées de manière analogue aux provisions pour risques et charges (83).

La réglementation fiscale prévoit (84) que la probabilité de la perte de la créance doit résulter, pour chaque créance, non d'un simple risque d'ordre général, mais bien de circonstances précises, survenues au cours de la période imposable, et subsistant à l'expiration de celle-ci.

Par exemple, tout comme pour les provisions pour risques et charges, la détermination des pertes probables en fonction du caractère probablement irrécouvrable de certaines créances ne peut être déterminée sur base d'un calcul de probabilité ou de données statistiques.

Les sociétés ne sont pas autorisées à acter des réductions de valeur pour pertes probables correspondant à un pourcentage de leur chiffre d'affaire, ce qui ne va pas sans des difficultés de gestion considérables dans les grandes entreprises, notamment les banques.

L'obligation des sociétés créancières est d'ailleurs très précise, puisque chaque réduction de valeur doit être justifiée et détaillée dans un relevé à annexer à la déclaration fiscale annuelle de la société (85).

Lorsqu'une réduction de valeur pour pertes probables, comptabilisée comme telle, devient une réduction de valeur définitive, par exemple suite à la faillite, du débiteur, le montant de cette perte, alors immédiatement déductible au titre de charges professionnelles, doit être imputé sur le montant immunisé des réductions de valeur pour perte probable, qui est extourné à due concurrence (86).

55. — Si le débiteur revient à meilleure fortune, et que la dette correspondante apparaît de nouveau recouvrable, le créancier doit également extourner, à due concurrence, le montant devenu recouvrable, du montant toujours considéré comme irrécouvrable.

Lorsqu'une dette échue n'est pas recouvrée, elle figure également à l'actif du bilan, au titre de créance à recouvrer.

(82) Article 25 CIR 1992.

(83) Article 48 CIR 1992.

(84) Article 22, §1^{er}, 2^o arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(85) Article 22, 4^o de l'arrêté royal d'exécution CIR 1992.

(86) Article 23 arrêté royal d'exécution CIR 1992.

Les intérêts échus qui ne sont pas payés par le débiteur s'ajoutent à ces créances au fur et à mesure de leur exigibilité.

Les réductions de valeurs sur créances qui sont actées par la société en cas d'insolvabilité du débiteur permettent également d'assurer une image plus fidèle du patrimoine de la société, puisque les créances, même douteuses, sont reprises à l'actif du bilan.

2. *Restitution de la TVA*

56. — En matière de TVA, la restitution de la TVA est accordée à due concurrence en cas de perte totale ou partielle de la créance du prix.

Cette restitution suppose que les biens ou services aient été fournis par la société créditrice en exécution d'une convention qui n'est ni annulée, ni résolue, mais dont, pour un motif quelconque, le prix reste impayé, soit totalement, soit partiellement.

Cela signifie qu'en matière de TVA, la restitution est prévue non seulement lorsque la créance du prix est perdue par suite de faillite ou de concordat, mais encore dans tous les cas où le fournisseur peut établir que la facture est restée impayée en tout ou partie.

Il s'agit ici encore d'une question de fait, dépendant des circonstances d'espèce, mais l'appréciation de l'administration de la TVA est plus souple que celle de l'administration des contributions directes.

En pratique en effet (87), l'administration ne contestera pas qu'il en est ainsi lorsque le montant de la perte est inscrit au compte de pertes et profits, pour autant que cette inscription se fasse à un moment où le créancier est en mesure d'établir, par tous moyens de droit ou de fait, que sa créance est réellement irrécouvrable.

L'inscription de tout ou partie de la créance en un compte de provision pour créances douteuses n'est cependant pas à elle seule suffisante pour établir la réalité de la perte.

Il pourrait dès lors s'agir, par exemple, d'un procès-verbal de carence établi par un huissier suite à une procédure de saisie

(87) Article 530 Manuel TVA, article 77, §1^{er}, 7^o CTVA.

ayant permis de déterminer que les biens du débiteur sont insuffisants pour le paiement de la créance.

3. Modifications des conditions contractuelles

57. — Si la dette est maintenue, mais réduite, le créancier devra, comme expliqué ci-dessus, acter une réduction de valeur sur créance. Il en est ainsi que la dette soit réduite du commun accord des parties ou suite à l'intervention d'un juge qui, par exemple, réduira les intérêts contractuels, ou la clause pénale.

Si le contrat est refinancé par un contrat de prêt, destiné à apurer le premier, une nouvelle créance naîtra dans le chef de la société créancière, qui augmentera à due concurrence son actif.

Si cette renégociation se produit en faveur d'une société liée, il faudra prêter attention aux différentes dispositions du droit belge qui permettent de réintégrer à la base imposable de la société, l'avantage qu'elle accorde à une société liée, ou à une société non liée mais établie à l'étranger dans un paradis fiscal.

Dans ce cas, le créancier sera taxé sur l'avantage ainsi réalisé.

Par ailleurs, il ne pourra imputer ses éventuelles propres pertes récupérables sur cet avantage.

Si le créancier parvient à substituer à son débiteur défaillant, un autre débiteur, il sera taxé sur les revenus perçus suite au remboursement de sa dette comme si celle-ci avait été honorée par le débiteur lui-même.

Il en va encore de même en cas de remise de dettes, totale ou partielle, consentie par le créancier : d'une part une réduction de valeur sur créance doit être actée, qui est alors immédiatement déductible, étant donné que la remise de dettes procure à celle-ci un caractère irrécouvrable certain, dans la mesure de cette remise; par ailleurs, il faudra également prêter attention aux dispositions légales belges qui réintègrent dans la base imposable du créancier les éventuels avantages anormaux ou bénévoles consentis à des sociétés liées ou à des sociétés étrangères situées dans des paradis fiscaux.

En cas de cession de créance, par la société créancière à un tiers, et si la créance est cédée avec plus-value par rapport à sa valeur de marché, le créancier cédant réalisera une plus-value imposable et donc intégrée à son bénéfice taxable, ainsi que

c'est le cas, en principe, pour toute plus-value réalisée sur un élément d'actifs.

Si la créance est cédée pour une valeur inférieure à sa valeur de marché, une moins-value pourra être actée.

Cette dernière formule est souvent recommandée par préférence à la remise de dettes. Une créance sur une société liée est aussi cédée à une autre société liée pour une valeur faible, correspondant à sa valeur de marché. La perte en résultant est déductible et n'engendre pas, à la différence de la remise de dette, un bénéfice imposable chez le débiteur.

VI. — RESTRUCTURATION DE L'ENDETTEMENT : IMPACT DE LA LÉGISLATION FISCALE BELGE

58. — A notre estime, deux types d'obstacles s'opposent, en droit belge, à une restructuration efficace des dettes des sociétés.

Le premier de ces éléments est l'absence de consolidation fiscale en droit belge, ainsi qu'il a déjà été souligné.

Sauf dans de rares exceptions (88), le droit fiscal belge ne connaît pas la notion de groupe de sociétés et ne lui accorde dès lors aucune conséquence fiscale propre.

En droit fiscal belge, chaque société est toujours considérée comme un être fiscal autonome.

Toute compensation entre les bénéfiques et les pertes des sociétés du groupe est donc interdite.

Par conséquent, il n'est en principe pas possible d'éviter une imposition des résultats de certaines sociétés du groupe, alors que la situation consolidée de celui-ci est déficitaire.

De plus, il n'y a aucune neutralité complète des opérations intra-groupe, par exemple en matière de dividendes, de plus-values réalisées sur des biens vendus ou apportés entre les sociétés du groupe.

59. — Le deuxième obstacle est l'imprécision de nombre de dispositions légales.

Ces normes sont les suivantes :

(88) Par exemple, la définition du groupe de sociétés dans l'arrêté royal n° 187 du 30 décembre 1982, relatif à la création de centres de coordination.

— L'article 54 CIR 1992 qui prévoit que «*les intérêts (...), redevances pour la concession de l'usage de brevets d'invention, procédés de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de prestations ou de services ne sont pas considérés comme des frais professionnels lorsqu'ils sont payés ou attribués directement ou indirectement à un contribuable [étranger] ou à un établissement étranger, qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis, pour les revenus de l'espèce, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel ses revenus sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne justifie par toutes voies de droit qu'ils répondent à des opérations réelles et sincères et qu'ils ne dépassent pas les limites normales*»;

60. — L'article 26 CIR 1992, qui dispose que «*sous réserve des dispositions de l'article 54, lorsqu'une entreprise établie en Belgique accorde des avantages anormaux ou bénévoles, ceux-ci sont ajoutés à ses bénéfices propres, sauf si les avantages n'interviennent pour déterminer les revenus imposables des bénéficiaires.*

Nonobstant la raison de la restriction prévue à l'alinéa 1^{er}, sont ajoutés au bénéfice propre les avantages anormaux ou bénévoles qu'elle accorde à :

1. un contribuable [étranger] à l'égard duquel l'entreprise établie en Belgique se trouve directement ou indirectement dans des liens quelconques d'interdépendance;

2. un contribuable [étranger] ou un établissement étranger qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où ils sont établis, n'y sont pas soumis à un impôt sur les revenus ou y sont soumis à un régime fiscal notablement plus avantageux que celui auquel est soumise l'entreprise établie en Belgique;

3. un contribuable [étranger] qui a des intérêts communs avec le contribuable ou l'établissement visé au 1^o ou au 2^o»;

4. L'article 206, alinéa 6 CIR 1992, qui permet à l'arrêté royal d'étendre la non-déductibilité des pertes antérieures à des opérations autres que celles pour lesquelles cette non-déductibilité est déjà prévue par ce même article «*lorsque l'opération ne répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique*»;

5. Les dispositions relatives à la neutralité fiscale des opérations de restructuration telles que fusion et scission qui, pour

être fiscalement immunisées, doivent également répondre à des besoins légitimes de caractère économique ou financier (89).

61. — L'article 344 CIR 1992, qui dispose que :

« § 1^{er} n'est pas opposable à l'administration des contributions directes la qualification juridique donnée par les parties à un acte ainsi qu'à des actes distincts réalisant une même opération lorsque l'administration constate, par présomption ou par d'autres moyens de preuve (...) que cette qualification a pour but d'éviter l'impôt, à moins que le contribuable ne prouve que cette qualification réponde à des besoins légitimes de caractère financier ou économique ;

§ 2 n'est pas non plus opposable à l'administration des contributions directes la vente, la cession ou l'apport d'actions, d'obligations, de créances ou d'autres titres constitutifs d'emprunt, de brevets d'invention, de procédés de fabrication, de marques de fabrique ou de commerce, ou de tous autres droits analogues ou de sommes d'argent, à un contribuable [étranger] qui, en vertu des dispositions de la législation du pays où il est établi n'y est pas soumis à un impôt sur les revenus ou y est soumis, du chef des revenus produits par les biens et droits aliénés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui auquel les revenus de l'espèce sont soumis en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve soit que l'opération répond à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, soit qu'il a reçu pour l'opération une contre-valeur réelle produisant un montant de revenus soumis effectivement en Belgique à une charge fiscale normale par rapport à celle qui aurait subsisté si cette opération n'avait pas eu lieu ».

62. — Ces différents articles présentent la caractéristique commune de faire référence à la notion de « besoins légitimes de caractère économique ou financier ».

Cette notion n'a pas été définie par le droit fiscal, et ne trouve non plus aucune définition en droit civil.

Dans ces différents cas, c'est l'opération elle-même qui doit répondre à des besoins légitimes de caractère économique ou financier, à l'exception de l'article 344, § 1^{er}, qui se borne à requérir que la qualification de l'acte réponde à la même condition, et non l'acte lui-même.

(89) Article 211, § 1^{er}, alinéa 2, 3^o CIR 1992.

Ni l'ancienneté de cette notion dans la législation fiscale (90), ni son usage répété, et souvent à mauvais escient, n'ont toutefois permis d'en discerner clairement la portée : « *cette condition n'est pas rédigée de manière fort heureuse : pourquoi se référer à des besoins légitimes de caractère financier qui ne sont qu'une variété de besoins légitimes de caractère économique? Par ailleurs, des opérations économiques peuvent être légitimes sans répondre à des 'besoins'* » (91).

Les quelques décisions jurisprudentielles existantes se sont en général bornées à vérifier si le contribuable a agi pour des motifs autres que fiscaux, ce qui signifierait que les motifs pour lesquels il a agi peuvent être des besoins légitimes de caractère économique ou financier.

Cette notion n'est pas identique à celle, connue du droit fiscal européen, de « motifs économiques valables », qui figure dans la Directive européenne relative aux fusions et scissions de sociétés (92).

La notion utilisée par la loi belge est en général rattachée au but d'éviter l'impôt. En d'autres termes, un besoin est « légitime » lorsqu'il est autre que fiscal, sans qu'il doive nécessairement s'agir d'un « motif économique valable ».

L'opération peut, pour l'application de ces textes, être justifiée à la fois par un motif fiscal et par d'autres motifs, économique ou financier, condition qui nous paraît suffisante pour que le contribuable puisse apporter la preuve contraire.

Les très nombreuses controverses auxquelles ces termes ont déjà donné lieu (93) génèrent une grande insécurité juridique, qui n'est pas compensée par le fait que le contribuable est autorisé à demander, de manière préalable, un avis à l'administration fiscale sur le fait que l'opération qu'il envisage répond bien à des besoins légitimes au sens de ces articles.

En effet, les restrictions légales apportées au caractère contraignant de tels avis sont telles que leur portée s'en trouve con-

(90) Elle fut introduite pour la première fois en 1954, dans les lois coordonnées sur les impôts sur les revenus.

(91) J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, *op. cit.*, p. 33.

(92) Article 11.1 A de la Directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échange d'actions intéressant les sociétés d'Etats membres différents.

(93) Sur cette question, voir T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Larcier, 2^{ème} éd., 2003, pp. 432 et s.

sidérablement limitée. Leur appréciation par un organe purement administratif est difficilement conciliable avec le principe de légalité de l'impôt et se révèle jusqu'à présent peu favorable.

De plus, ces articles ont été adoptés en grande partie pour éviter les opérations transfrontalières ou intra-groupe qui permettent aux sociétés belges de transférer des bénéfices à l'étranger. Cela rend encore plus délicates les opérations intra-groupe, non seulement en raison de l'existence de ces normes, mais encore et surtout eu égard à leur caractère particulièrement flou et imprécis.

THIERRY AFSCHRIFT
Avocat au Barreau de Bruxelles
Professeur ordinaire à l'Université
Libre de Bruxelles