

SOMMAIRE

- p. 1/ Le régime des droits d'enregistrement lors de la sortie d'un immeuble d'une société en faveur d'un associé
- P. 5/ Assistance financière et acquisition : à quoi être attentif ?

Le régime des droits d'enregistrement lors de la sortie d'un immeuble d'une société en faveur d'un associé

I. Présentation

1. En cours de vie de la société et dans le cadre d'une réduction de capital, d'une vente, d'un échange ou encore d'une dation en paiement, ou lors de la clôture de la liquidation, l'attribution à un associé ou à un actionnaire d'un immeuble appartenant à la société a des conséquences au regard des droits d'enregistrement.

Le régime des droits d'enregistrement est réglementé par les articles 129 et 130 du Code des droits d'enregistrement applicable en Région Wallonne et en Région de Bruxelles-Capitale (*en abrégé*, CDE) et par les articles 2.9.1.0.4. et 2.9.1.0.5. du Code Flamand de la Fiscalité en Région Flamande.

En Région Wallonne, le régime a été modifié à plusieurs égards par le Décret du 1^{er} juin 2017 portant assentiment à l'accord de coopération du 20 février 2017 entre l'État fédéral, la Région de Bruxelles-capitale et la Région wallonne relatif à la gestion du service pour la régularisation des impôts régionaux et des capitaux fiscalement prescrits non scindés et à la mise en place d'un système de régularisation des capitaux fiscalement prescrits non scindés, instaurant un régime de régularisation fiscale limité dans le temps et

instaurant des mesures concernant le transfert de la propriété d'un immeuble d'une société à un associé, la renonciation à l'usufruit sur un bien immobilier suivie ou précédée par une donation, les clauses d'attribution de la totalité du patrimoine commun ou clauses de partage inégal de ce patrimoine commun, sans condition de survie, mieux connues sous les termes de « clause de la maison mortuaire » et la révision du montant des amendes¹ (ci-après dénommé, « *le Décret* »).

Le nouveau régime est applicable en Région Wallonne depuis le 1^{er} juillet 2017.

2. La présente contribution a vocation à rappeler le régime applicable dans chaque Région et à mettre en évidence les modifications qui sont intervenues en Région Wallonne.

Dans chacune des Régions, le régime diffère selon qu'on est en présence d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Cette dernière distinction a vocation à disparaître dans le cadre de la future ré-

¹ Publié au M.B. du 10 juillet 2017.

forme du droit des sociétés, de sorte que la réglementation fiscale devra sans doute être adaptée à l'avenir.

II. Région Wallonne

II.1. Régime applicable aux sociétés de personnes (article 129 du CDE)

II.1.1. Principe: droit applicable aux ventes

3. L'article 129, alinéa 1^{er} du CDE s'applique aux sociétés en nom collectif ou en commandite simple, aux sociétés de personnes à responsabilité limitée et à la société agricole.

Le principe est resté inchangé, et prévoit l'application du droit établi pour les ventes lors de l'acquisition par un ou plusieurs associés, autrement que par voie d'apport en société, d'immeubles situés en Belgique provenant d'une société en nom collectif ou en commandite simple, d'une société de personnes à responsabilité limitée ou d'une société agricole.

Le régime de l'article 129, alinéa 1^{er} du CDE s'applique que l'attribution ait lieu en cours de vie de la société à l'occasion du partage partiel des avoirs sociaux, lors d'une réduction de capital ou après la dissolution de la société².

4. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Décret, l'article 129 du CDE s'appliquait uniquement lorsque l'acquéreur de l'immeuble était un associé de la société. Le Décret étend le champ d'application de l'article 129 du CDE dès lors que, depuis le 1^{er} juillet 2017, il s'applique également lorsque l'acquisition est faite par des personnes liées à l'associé.

On entend par «*personnes liées*», les collatéraux, les ascendants et descendants des associés jusqu'au deuxième degré, le conjoint ainsi que les personnes avec lesquelles ils cohabitent légalement. Sont également considérées comme «*personnes liées*», les descendants ou les ascendants jusqu'au deuxième degré du conjoint ou du cohabitant de l'associé (article 129, alinéa 6 du CDE).

L'article 129, alinéa 7 du CDE crée une sorte de présomption réfragable selon laquelle en cas d'attribution d'un immeuble par la société, l'acquéreur est considéré comme étant un associé ou une personne liée à

défaut pour l'acquéreur d'avoir procédé à une déclaration certifiée et signée dans ou au pied de la convention ou dans un écrit signé joint à cette convention, dans laquelle il déclare qu'il n'est ni associé, ni une personne liée.

Cette présomption est toutefois réfragable, en ce que l'acquéreur qui aurait omis de souscrire la déclaration peut solliciter la restitution des droits d'enregistrement trop perçus sur base de l'article 209, alinéa 1^{er}, 1°, d) du CDE en procédant à la déclaration précitée.

II.1.2. Exceptions: taxation selon la nature de l'opération

5. Il est fait exception au principe dans les deux hypothèses suivantes (article 129, alinéa 3 du CDE):

- Lorsque l'associé qui acquiert l'immeuble est celui qui a apporté le dit immeuble à la société. Si l'associé attributaire a apporté avec une autre personne un immeuble indivis à la société, l'exception ne joue qu'à concurrence de la part indivise apportée par l'associé qui se voit attribuer l'immeuble³.
- Lorsque l'associé qui acquiert l'immeuble était associé de la société le jour où la société a acquis l'immeuble avec paiement du droit d'enregistrement fixé pour les ventes.

Le texte prévoit que l'immeuble doit avoir été acquis avec paiement des droits d'enregistrement. Toutefois, comme l'a confirmé le ministre des Finances⁴, cette exception est susceptible de s'appliquer quand la société a fait l'acquisition d'un immeuble «*neuf*» (immeuble et terrain y attaché), opération soumise à TVA.

Dans les deux hypothèses précitées, l'opération n'est pas automatiquement soumise au droit applicable pour les ventes. Les droits d'enregistrement sont en fonction de la nature de l'opération qui dépend de la convention conclue entre les parties. Il pourra ainsi être question du droit de partage, du droit de vente ou encore du droit fixe général.

Ainsi, lorsqu'un associé dispose d'une créance à l'égard de la société, et qu'il se voit attribuer un immeuble de la société en contrepartie de sa créance, il s'agit d'une dation en paiement soumise au droit ap-

² Cf. Décision du 31 juillet 1961, n° E.E./76.400.

³ Cf. Décision du 17 novembre 1961, n° E.E./77.132.

⁴ Cf. Q&R, Chambre, 2013-2014, n°53-138, p. 296.

plicable aux ventes⁵, même si l'associé se trouve dans l'une des deux situations qui précèdent.

Les héritiers de l'associé qui a apporté l'immeuble ou qui était associé lors de l'acquisition de l'immeuble par la société peuvent se prévaloir des deux exceptions⁶, à condition qu'ils aient préalablement acquis des parts de la société dans le cadre de la succession. Il n'en est pas de même si l'héritier est devenu associé de la société suite à une donation que lui aurait consentie le défunt.

6. Le Décret limite le champ d'application des exceptions en excluant certains immeubles.

Le Décret rend le droit établi pour les ventes automatiquement applicable sur la valeur totale de l'immeuble, lorsqu'un immeuble bâti ou non bâti a été apporté ou a été acquis sous le régime des droits d'enregistrement et que des aménagements, des constructions, des reconstructions ou des transformations nécessitant un permis d'urbanisme ont été réalisés sur cet immeuble au cours de l'existence de la société (article 129, alinéa 4 du CDE). Toutefois, dans ce cas, le montant des droits d'enregistrement est diminué des droits d'enregistrement perçus lors de l'entrée de l'immeuble dans le patrimoine de la société.

Le Décret introduit également une exigence de forme. Il impose que les parties procèdent à une déclaration, dans ou au pied de la convention qui donne lieu à la perception du droit d'enregistrement proportionnel ou dans un écrit signé joint à cette convention, précisant que des travaux n'ont pas été réalisés sur cet immeuble par la société.

A défaut de cette déclaration, la convention est enregistrée selon le droit applicable aux ventes. Toutefois, une demande de restitution du droit peut être introduite sur base de la déclaration précitée.

II.1.3. Partage de l'avoir social

7. Dans les sociétés ayant la personnalité juridique, les immeubles faisant partie de l'avoir social constituent le patrimoine propre de la société. Lors de la clôture de la liquidation, la personnalité juridique propre de la société disparaît et le patrimoine de la société devient le patrimoine indivis des associés en proportion de leur participation dans le capital.

⁵ Cf. Civ., Anvers, 20 mai 1966, *Rec. Gén.*, n°21.004.

⁶ Cf. Circulaire du 24 décembre 1958, n°36, E 129/01-01; Décision du 17 mai 1960, n° E.E./76.113.

Lors du partage de l'avoir social au moment de la clôture de la liquidation d'une SPRL unipersonnelle, l'associé unique devient, par le seul fait de la clôture de la liquidation, propriétaire de l'immeuble qui appartenait à la société. Dans ce cas, on considère que le patrimoine n'est ni partagé, ni vendu de sorte que l'attribution de l'immeuble à l'associé unique est soumise au seul droit fixe général, si l'associé se trouve dans l'un des cas visés à l'article 129, alinéa 3 précité du CDE⁷.

Lorsque lors du partage de l'avoir social (liquidation ou réduction de capital), l'immeuble est attribué à tous les associés en proportion de leurs parts, c'est le régime du report qui s'applique. Ainsi, seul le droit fixe général est dû⁸, les droits d'enregistrement proportionnels et, le cas échéant, les exceptions prévues à l'article 129, alinéa 3 du CDE s'appliquant lors de l'attribution ultérieure des biens à un ou plusieurs associés.

Le SDA a confirmé que les exceptions prévues par l'article 129, alinéa 3 du CDE pouvaient s'appliquer lors de l'attribution d'un immeuble dans le cadre d'une réduction de capital. Néanmoins, le SDA impose que l'opération ait lieu en une seule phase⁹. Ce que le SDA vise à exclure est que le régime dérogatoire s'applique lorsque l'immeuble est attribué, après la réduction de capital, en paiement de la créance née de la réduction de capital, ce qui constitue une dation en paiement.

II.1.4. La qualité de copropriétaire prime-t-elle celle d'associé: article 109 du CDE versus article 129 du CDE?

8. Lorsque l'associé est copropriétaire d'un immeuble avec une société et que la société cède à ce dernier sa quote-part indivise, l'opération est-elle soumise au droit de partage de 1% en vertu de l'article 109 du CDE ou bien à l'article 129 précité du CDE?

Il est dans l'intérêt des associés que l'opération soit analysée en un partage dès lors que dans ce cas, l'acte est automatiquement soumis au droit de partage de 1%.

Si l'opération est régie par l'article 129 du CDE, l'application du droit de partage n'est pas automatique, dès lors que le droit de partage ne sera appliqué que si l'opération est visée par une des deux exceptions prévues par l'article 129, alinéa 3 du CDE.

⁷ Cf. Décision du SDA du 21 mai 1996, n° E.E./95.466, Rép. RJ, R 129/18-02; Décision du SDA du 8 juillet 2002, n° E.E./98.710; Décision du SDA du 1^{er} septembre 2015, n°2015.278; Décision anticipée flamande n°16031 du 25 juillet 2016.

⁸ Cf. Décision anticipée du 23 juin 2009, n°900.193.

⁹ Cf. Décision anticipée n°2013.330 du 22 octobre 2013.

Selon l'administration centrale¹⁰ et le Service des Décisions anticipées flamand¹¹, le régime prévu par les articles 129 et 130 du CDE étant un régime spécial anti-fraude, il prime. Aussi, l'associé qui est également copropriétaire ne pourra pas bénéficier du droit de partage, s'il ne rentre pas dans l'une des exceptions prévues à l'article 129, alinéa 3 du CDE.

II.2. Régime applicable aux sociétés de capitaux (article 130 du CDE)

9. Dans les sociétés de capitaux, le principe est le même, à savoir que toute attribution à un actionnaire d'un immeuble appartenant à la société est soumise au droit applicable aux ventes.

Les modifications apportées par le Décret à l'article 129 du CDE ont été transposées à l'article 130 du CDE (notion de « *personne liée* » et obligation de faire une déclaration précisant que l'acquéreur n'est pas actionnaire). Le régime applicable aux sociétés de capitaux diffère toutefois de celui applicable aux sociétés de personnes en ce sens que c'est le droit applicable aux ventes qui s'applique sans exception.

II.3. Transformation d'une société de capitaux en une société de personnes

10. Confrontés à la différence de régime entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, certains praticiens ont eu l'idée de transformer, préalablement à la sortie de l'immeuble, la société de capitaux en une société de personnes, ce qui est permis et réglementé par le Code des sociétés.

Le rapport annuel qui a été publié en 2014 par le Service des Décisions Anticipées fait référence à une décision dans laquelle le SDA a estimé que la transformation est abusive, dans la mesure où elle n'aurait été opérée que pour rentrer dans le champ d'application de l'article 129 du CDE¹².

III. Région de Bruxelles-Capitale

11. Le régime est identique à celui que connaissait la Région Wallonne avant les modifications apportées par le Décret.

Le principe reste que toute attribution d'un immeuble à un associé est soumise au droit établi pour les ventes sauf si, uniquement pour les sociétés de personnes, on se retrouve dans le régime dérogatoire établi par l'article 129, alinéa 3 du CDE.

On ne retrouve pas en Région de Bruxelles-Capitale :

- la notion de « *personnes liées* » ;
- l'obligation de faire des déclarations relatives à la qualité de l'acquéreur et à l'absence de travaux ;
- le régime spécifique applicable lorsque l'immeuble a subi des travaux nécessitant un permis d'urbanisme durant la vie de la société.

IV. Région Flamande

12. En région flamande, la matière est régie par les articles 2.9.1.0.4 (disposition applicable aux sociétés de personnes) et 2.9.0.1.5 (disposition applicable aux sociétés de capitaux) du Code Flamand de la Fiscalité.

Le régime est identique à celui applicable en Région de Bruxelles-Capitale.

Comme en Région Wallonne et en Région de Bruxelles-Capitale, lors du partage de l'avoir social au moment de la clôture de la liquidation d'une SPRL unipersonnelle, l'associé unique devient, par le seul fait de la clôture de la liquidation, propriétaire de l'immeuble qui appartenait à la société. Dans ce cas, on considère que le patrimoine n'est ni partagé, ni vendu, de sorte que l'attribution de l'immeuble à l'associé unique est soumise au seul droit fixe général si l'associé se trouve dans l'un des cas visés à l'article 2.9.1.0.4 du CDE¹³.

Le Service flamand des décisions anticipées semble faire une distinction selon que l'associé unique est ou non copropriétaire de l'immeuble visé. Lorsque l'associé unique de la société a également la qualité de copropriétaire de l'immeuble, le Service flamand des décisions anticipées considère que c'est le droit de partage qui est dû, en vertu de la seconde exception visée à l'article 2.9.1.0.4 du Code Flamand de la Fiscalité¹⁴.

10 Cf. Décision du 22 septembre 2014, n° E.E./106.218, E 129/27-01. La même position existe en ce qui concerne l'article 130 du CDE. Cf. Décision du 22 septembre 2014, n° E.E./106.218, E 130/06-01.

11 Cf. Décision anticipée flamande n°15001 du 26 octobre 2015.

12 Cf. C. BUYASSE, « Le SDA épingle des abus en matière de TVA et de droits d'enregistrement », *Fiscologue*, 13 novembre 2015, n°1451, p. 1.

13 Cf. Décision anticipée flamande n°16031 du 25 juillet 2016.

14 Cf. Décisions anticipées flamande n°16003 et 16005 du 22 février 2016.

V. Conclusion

13. Le régime des droits d'enregistrement applicable lors de la sortie d'un immeuble détenu par une société en faveur d'un associé est tout sauf simple, et il nécessite une bonne connaissance du droit civil et du droit des sociétés.

En Région Wallonne, le fiscaliste devra également avoir des connaissances en droit de l'urbanisme, dans la mesure où il devra pouvoir évaluer si les travaux,

le cas échéant réalisés en cours de vie de la société, nécessitent l'octroi d'un permis d'urbanisme. Il conviendra d'être prudent et de vérifier si les travaux nécessitent un permis d'urbanisme, quand bien même ils auraient été réalisés sans le dit permis. La vigilance s'impose donc !

Julie VAN THEMSCHE
Avocat – Cabinet d'avocats HERVE

Assistance financière et acquisition : à quoi être attentif ?

1. Introduction

1. La Belgique est une terre de PME et nombreuses d'entre elles vont changer demain et dans les années à venir, les entrepreneurs « babyboomers » aspirant à prendre une retraite bien méritée.

Sauf à disposer d'économies substantielles, l'acquisition d'une entreprise implique bien souvent le recours au crédit bancaire.

La constitution d'une société holding peut s'avérer nécessaire pour procéder au rachat d'une société : l'acquéreur constitue une « NEWCO » qui acquiert les actions de la société d'exploitation.

Celle-ci distribue ensuite des dividendes et/ou paie des management fees à la société holding, qui exerce généralement un mandat de gérant ou d'administrateur délégué.

Au moyen des fonds qui remontent vers la société holding, celle-ci rembourse le financement bancaire souscrit pour l'achat de la société d'exploitation.

2. Dans ce contexte, se pose très vite la délicate question des garanties que la société holding peut offrir à la banque qui l'assiste dans l'opération d'acquisition.

Par ailleurs, l'importance du prix de cession peut constituer un frein au processus de transmission,

principalement lorsqu'une composante immobilière participe à la fixation d'un prix de cession élevé.

En effet, le délai de remboursement d'un crédit bancaire souscrit en vue de l'acquisition de titres d'une société s'élève rarement à plus de sept ans, ce qui constitue une contrainte supplémentaire à l'égard de l'immobilier détenu par la société cible, dès lors qu'un crédit à but immobilier peut être conclu pour une période plus longue, ce qui permet de réduire la hauteur du remboursement périodique.

3. Compte tenu de ce qui précède, il peut être tentant d'utiliser les actifs et ressources de la société cible au titre de levier de financement de l'opération de rachat de ses titres.

4. Après avoir rappelé brièvement la notion d'assistance financière et les conditions légales d'application de celle-ci, nous exposerons dans quelle mesure ce processus convient ou non. Nous examinerons ensuite plusieurs alternatives.

II. Champ d'application et conditions légales de la procédure d'assistance financière

5. La procédure d'assistance financière est applicable aux SA, SPRL et SCRL.

Elle consiste, pour la société cible, à permettre ou faciliter l'acquisition de ses titres par un tiers.

À cet effet, plusieurs techniques sont possibles :

- avances de fonds ;
- prêts ;
- constitution de sûretés.

6. La procédure est extrêmement réglementée.

En effet, la décision de recourir à la procédure d'assistance financière doit, dans un premier temps, être prise par l'organe de gestion de la société cible et sous sa propre responsabilité.

Un rapport spécial, qui doit être publié en intégralité aux Annexes du Moniteur belge, doit par ailleurs être établi par l'organe de gestion, dans lequel il doit être justifié l'intérêt de l'opération pour la société cible et le fait que l'opération intervient à des conditions normales de marché (notamment en termes de rémunération du prêt, le cas échéant). En outre, lorsque la société mère ou l'un de ses organes est personnellement intéressé, la justification des conséquences patrimoniales pour la société cible doit être précisée, compte tenu de la qualité du bénéficiaire de l'opération.

La décision de l'organe de gestion et le rapport spécial doivent être soumis à une assemblée générale extraordinaire, statuant comme en matière de modification des statuts.

Enfin, l'opération ne peut être réalisée qu'au moyen de bénéfices distribuables, qui doivent être transférés au passif du bilan, dans un poste de réserve indisponible jusqu'à ce que l'opération cesse de sortir ses effets (fin de remboursement du prêt, levée de la caution, etc.), étant précisé que cette réserve peut être réduite au fil du temps pour tenir compte des remboursements effectués ou de la diminution du risque, en cas de constitution d'une sûreté.

7. L'obligation de respecter des conditions normales de marché implique nécessairement qu'un prêt soit assorti d'intérêts, lesquels devraient légitimement s'approcher des taux bancaires applicables pour une opération similaire.

La question de savoir si le prêt doit nécessairement s'accompagner de la constitution de sûretés (condition généralement sine qua non en cas de recours au prêt

bancaire) est discutée. La réponse dépendra des circonstances concrètes de chaque dossier.

Outre l'application d'intérêts normaux, il convient d'avoir égard à la durée et aux modalités de remboursement.

Elles doivent être conformes aux usages du marché.

8. En pratique, les deux écueils principaux qui expliquent le peu d'attrait pour le mécanisme d'assistance financière sont :

- l'obligation de publier le rapport spécial, ce qui contraint à diffuser des informations confidentielles (changement de contrôle, prix de cession, conditions du prêt, etc.), puisque le rapport spécial doit être publié en intégralité (son contenu devant donc correspondre à la totalité des informations mises à disposition des associés) ;
- le fait que les sommes utilisées dans le cadre de l'assistance financière ne peuvent correspondre qu'à des bénéfices distribuables.

L'intérêt de recourir à un prêt s'il suffit de distribuer des dividendes à la mère pour lui permettre de rembourser l'emprunt souscrit pour l'acquisition de la société cible n'apparaît pas évident.

9. Une difficulté supplémentaire provient de la responsabilité accrue des organes, dans ce contexte, puisque des sanctions pénales sont prévues, même si elles sont rarement appliquées.

Il est généralement malaisé de convaincre les organes de gestion de la société cible (qui sont souvent les cédants, au moment où l'assistance financière est sollicitée) de prendre un risque personnel pour permettre à des tiers d'acquérir leurs titres.

III. Applications pratiques

10. La procédure d'assistance financière doit être mise en œuvre et respectée chaque fois que la société cible consent un prêt, une avance ou une sûreté en vue de l'acquisition de ses titres.

Cela ne signifie toutefois pas que les règles spécifiques ne devraient s'appliquer que lorsque le prêt, l'avance ou la sûreté est consenti préalablement à la cession.

La chronologie des opérations est certes un élément pertinent, mais pas déterminant, notamment lorsqu'il

apparaît que, dès le départ, le soutien de la société cible a été conçu par les parties comme une composante essentielle du financement de l'opération.

11. En l'espèce, le (re)financement par la société cible sur fond de patrimoine immobilier pourrait donc être considéré comme un recours au mécanisme d'assistance financière, lorsqu'il est prévu dès le départ que les liquidités obtenues de l'organisme bancaire seront mises à disposition, d'une manière ou d'une autre, à un moment ou l'autre, à disposition de la société acquéreuse pour lui permettre de rembourser son emprunt acquisitif.

Toutefois, la procédure d'assistance financière ne s'applique qu'aux prêts et avances, ainsi qu'aux sûretés, mais non aux sommes qui quittent définitivement le patrimoine de la société cible.

Or, dans le cas d'une distribution de dividendes, les montants en question sont définitivement attribués à la société mère et n'ont pas vocation à être remboursés à la société cible par la bénéficiaire.

Dans ces conditions, la Cour d'appel de Mons a décidé, dans un arrêt largement commenté du 16 avril 2012, que les règles contraignantes de l'assistance financière ne doivent pas être respectées, au motif supplémentaire que l'assistance financière vise l'octroi de prêts ou sûretés par la société cible et non la souscription d'un emprunt par celle-ci.

13. Dès lors que la société cible dispose de bénéfices distribuables en suffisance – condition *sine qua non* du recours à la procédure d'assistance financière –, nous n'apercevons pas de réel motif d'y avoir égard, plutôt que de procéder simplement à une distribution de dividendes, sauf à envisager la souscription d'un emprunt pour obtenir les liquidités nécessaires au paiement immédiat desdits dividendes, dont la jurisprudence considère qu'il n'entre pas dans le champ d'application de l'assistance financière réglementée.

Par contre, si la société cible ne dispose pas de réserves suffisantes, l'assistance financière ne sera tout simplement pas envisageable, puisqu'elle ne peut être réalisée qu'au moyen de bénéfices distribuables.

IV. Alternatives

IV.1. Scission partielle

14. Il est envisageable d'alléger le poids et le prix de la cession en procédant à la scission partielle de la

société cible. L'objectif est alors d'isoler le patrimoine immobilier dans une structure sociétaire distincte.

Cette technique est particulièrement appropriée lorsque le patrimoine immobilier se constitue d'immeubles non stratégiques (habitation du dirigeant, seconde résidence, immeubles de rapport, etc.).

15. Néanmoins, au regard des droits d'enregistrement et de la TVA, la scission doit nécessairement permettre d'isoler deux branches d'activité distinctes.

S'il n'y a qu'un seul immeuble (ou ensemble immobilier) occupé et exploité par la société opérationnelle, il n'existe pas de branche d'activité immobilière (puisque l'immeuble ne génère aucun revenu ou chiffre d'affaires) et, à notre sens, l'opération ne peut donc se dérouler en neutralité fiscale au regard des droits d'enregistrement et de la TVA.

Par conséquent, si l'immeuble transféré est un bien destiné ou affecté à l'habitation, le droit de mutation de 12,5% sera dû. Il en sera de même si l'immeuble transféré est grevé d'un crédit, le droit de mutation étant dû sur le solde dudit crédit.

Dans les autres cas, l'absence de neutralité fiscale sera sans conséquence au regard des droits d'enregistrement, puisque le droit d'apport est de 0% pour les immeubles qui ne sont pas destinés ou affectés à l'habitation et ne sont pas grevés d'un crédit.

Sur le plan de la TVA, une révision devra intervenir (si le transfert intervient dans les 15 ans de la construction ou dans les cinq ans suivant les travaux de rénovation), sauf si l'immeuble est considéré comme neuf.

En outre et en tout état de cause, pour qu'aucune plus-value ne puisse être taxable à l'impôt des sociétés, l'opération de scission partielle doit être justifiée par des motifs économiques et non fiscaux.

16. Supposons que l'opération de scission partielle permette d'isoler une branche d'activité immobilière.

La société opérationnelle désireuse d'occuper tout ou partie des bâtiments pourra prendre ceux-ci en location et le contrat de bail pourra prévoir une option d'achat de l'immeuble.

Dans ce contexte, la société opérationnelle pourra, dans un futur plus ou moins éloigné, souscrire un crédit pour l'acquisition de l'immeuble nécessaire à

son activité, sans que la durée de remboursement soit limitée à sept ans, comme en matière de financement d'achat d'actions ou parts sociales.

Certes, cette technique implique que le droit de mutation de 12,5 % sera dû lors de l'achat, mais cet élément peut être pris en considération dans le cadre des négociations entre parties, par exemple par le biais d'une imputation partielle des loyers ou du droit de mutation sur le prix de cession immobilier.

Un moyen d'échapper aux droits de mutation est d'étendre l'option d'acquisition aux titres de la société immobilière issue de la scission.

Certes, le délai de remboursement d'un emprunt souscrit pour l'achat des titres sera toujours limité à sept ans, mais il pourra être sollicité de manière décalée dans le temps, par rapport à l'opération d'acquisition initiale de la société opérationnelle.

17. Précisons qu'en l'absence d'une branche d'activité immobilière, la scission partielle demeure *a priori* envisageable sans conséquence fiscale défavorable, en inversant l'ordre de la scission et en sortant l'activité (le fonds de commerce) de la société.

L'inconvénient majeur consiste en ce que la nouvelle société opérationnelle, issue de la scission, doit procéder à un nouveau référencement auprès des clients et fournisseurs (nouveaux numéros de compte, nouveau numéro BCE, etc.).

IV.2. Acquisition de l'immeuble par une autre entité

18. Lorsque les conditions de réalisation d'une scission partielle fiscalement neutre ne se trouvent pas réunies, une autre option peut consister à acquérir les actifs immobiliers via une nouvelle structure à constituer par le cessionnaire.

Dans ce cas, il n'y a aucune précaution particulière à prendre en matière de justification de l'opération, ni de risque fiscal particulier.

19. Le droit de mutation de 12,5 % sera dû, mais ce coût peut être négocié par les parties et intégré, d'une manière ou d'une autre, dans la détermination du prix de cession.

Ce désagrément doit, par ailleurs, être mis en balance avec le fait que l'acquéreur se trouvera donc structuré en deux entités distinctes, ce qui pourrait faciliter, à terme, sa propre cession de l'entreprise.

En outre, rien n'empêche d'envisager que l'immeuble soit acquis par les personnes physiques, bénéficiaires économiques de la société mère, dans le cadre d'un investissement patrimonial privé, éventuellement dans le cadre d'une acquisition scindée avec leurs enfants.

* * *

La profonde réforme du Code des sociétés, actuellement à l'état de projet, va certainement apporter des modifications au régime légal de l'assistance financière, d'autant que la notion de capital, au caractère quasiment sacré aujourd'hui, est appelée à subir une importante mue.

Les prochains mois apporteront sans doute quelques éclaircissements sur le sujet. Il conviendra d'y être attentif.

Olivier ROBIJNS
Avocat – Cabinet d'avocats HERVE