

SOMMAIRE

p.1/ Cession d'une affaire unipersonnelle : quelques points importants en matière de contributions directes

p.6/ Donations mobilières en Région wallonne : nouveautés

Cession d'une affaire unipersonnelle : quelques points importants en matière de contributions directes

La décision d'exercer à l'avenir des activités professionnelles sous la forme d'une société est, en pratique, généralement mise en œuvre par la cession d'une affaire unipersonnelle à une société (nouvellement constituée), impliquant, dans la plupart des cas, la réalisation d'une plus-value dans le chef du cédant. Cette « plus-value de cessation » n'est pas imposée comme les plus-values ordinaires réalisées au cours de l'activité professionnelle. Les plus-values réalisées à l'occasion de la cessation de l'activité sont soumises à des règles fiscales particulières. Nous ne nous attarderons pas sur ce régime dans le cadre du présent article puisqu'il a déjà été commenté en détail dans un article paru dans *Pacioli* n° 270 du 15 mars 2009.

L'affaire unipersonnelle comprend souvent un goodwill ou une clientèle. Le traitement fiscal de la cession de goodwill ou de clientèle à une société (nouvellement constituée) ne s'avère pas toujours évident.

Suite à la récente jurisprudence en la matière, nous souhaitons exposer dans cet article un certain nombre d'aspects utiles.

Dans la pratique, il arrive souvent que le goodwill et/ou la clientèle ne soient pas cédés à un prix fixe mais que le prix de cession soit fixé à un montant variable déterminé sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires que la société cessionnaire pense pouvoir réaliser avec cette clientèle pendant un certain nombre d'années. De cette manière, la plus-value réalisée dans le chef du cédant

peut être taxée de manière étalée en fonction du nombre d'années de chiffre d'affaires pris en considération pour le calcul du prix de cession. Une telle cession a également un impact fiscal dans le chef de la société cessionnaire. Dans le présent article, nous commenterons le point de vue du ministre des Finances concernant le traitement fiscal des immobilisations incorporelles acquises à un prix variable, remis en lumière dans le cadre d'un récent arrêt prononcé le 23 avril 2010 par la Cour de Cassation.

Pour éviter l'imposition à titre de plus-value de cessation, on peut se demander s'il n'est pas plus indiqué de donner le goodwill ou la clientèle en location à la société constituée plutôt que de les céder.

Dans cet article, nous nous pencherons enfin sur la possibilité d'appliquer le régime de taxation étalée aux plus-values réalisées sur le goodwill/la clientèle.

1. Immobilisations incorporelles acquises à un prix variable

1.1. Acquisition de goodwill à un prix variable : pas de déduction immédiate à titre de frais professionnels

Selon un récent arrêt de la Cour de Cassation du 23 avril 2010, le prix payé pour des actifs amortissables acquis à un prix variable ne peut être déduit immédiatement à titre de frais professionnels.

En pratique, les immobilisations incorporelles, telles que le goodwill ou la clientèle, ne sont généralement pas cédées à une société à un montant fixe mais à un montant variable (ou selon une combinaison des deux). Ainsi, la clientèle est souvent cédée contre un pourcentage du chiffre d'affaires que la société cessionnaire réalisera avec cette clientèle pendant un certain nombre d'années. La question se pose de savoir si la société peut déduire immédiatement ces paiements annuels à titre de frais professionnels.

Dans l'arrêt susmentionné de la Cour de Cassation, les faits étaient les suivants: une société avait acquis une clientèle à un prix consistant en un pourcentage des recettes brutes. La société avait déduit immédiatement à titre de frais professionnels les paiements annuels de cette redevance.

L'administration fiscale avait rejeté la déduction immédiate des paiements annuels. La Cour de Cassation a suivi l'administration fiscale et a estimé que la déduction immédiate des paiements annuels à titre de frais professionnels était contraire au principe comptable (à présent l'article 61, § 1^{er} AR/C. Soc.) selon lequel les immobilisations incorporelles dont l'utilisation est limitée dans le temps sont amorties selon un plan établi conformément à l'article 28, § 1^{er} AR/C.Soc. En vertu de la législation fiscale, les amortissements relatifs aux immobilisations incorporelles dont l'utilisation est limitée dans le temps sont considérés comme des frais professionnels (article 52, 6^o Code des impôts sur les revenus 1992) mais en ce qui concerne les frais afférents à des immobilisations incorporelles, l'article 49 du Code des impôts sur les revenus 1992 impose comme condition supplémentaire que ces frais soient faits conformément aux exigences du droit comptable, ce qui implique des amortissements.

Il peut donc être déduit de l'arrêt susvisé que les paiements variables pour l'acquisition d'actifs incorporels amortissables ne peuvent être déduits immédiatement à titre de frais professionnels mais doivent être déduits à concurrence des amortissements annuels.

1.2. Durée d'utilisation probable

En ce qui concerne la durée d'utilisation probable du goodwill ou de la clientèle, la vision de l'administration fiscale diffère de celle de la Commission des Normes comptables.

Le droit comptable n'admet qu'une période d'amortissement de cinq ans maximum, alors que l'article 63 du Code des impôts sur les revenus 1992 prescrit une période d'amortissement d'au moins cinq ans (linéaire). L'ad-

ministration fiscale estime qu'un amortissement sur une période de dix à douze ans peut être considéré comme raisonnable.

Ajoutons encore qu'il ressort de la jurisprudence récente qu'une période d'amortissement de dix à douze ans n'est pas appliquée dans tous les cas, mais que cette période est de plus en plus souvent fixée en tenant compte des spécificités de chaque situation. Le contribuable qui désire amortir sa clientèle sur une période inférieure à dix ans devra toutefois disposer d'un dossier bien documenté, étayé de statistiques sur le degré de fidélité de la clientèle dans son secteur. La charge de la preuve incombe ici au contribuable. La pratique montre cependant que l'administration fiscale n'acceptera pas facilement une période d'amortissement inférieure à dix ou douze ans, même si le contribuable dispose des preuves requises. Dans la plupart des cas, le contribuable se verra donc toujours contraint de s'adresser au tribunal pour forcer l'application d'une période d'amortissement plus courte (p.ex. cinq ans).

1.3. Méthode d'amortissement

Au niveau de la méthode d'amortissement aussi, l'administration fiscale défend une position différente de celle de la Commission des Normes comptables.

Comme directive utile en matière d'apport ou de cession d'éléments incorporels, nous renvoyons à un extrait de la réponse donnée à la question parlementaire n° 199 du 9 septembre 1992, posée par le représentant de Clippele. Pour autant qu'il soit démontré qu'elle correspond à une valeur réelle et, partant, qu'elle n'est ni exagérée ni surfaite, les amortissements annuels doivent être basés sur la valeur d'acquisition ou d'investissement. Une règle particulière est applicable dans les cas où la valeur d'acquisition n'est pas encore définitivement connue, étant donné qu'elle dépend en tout ou en partie d'événements ultérieurs (par exemple les bénéfices ou le chiffre d'affaires futurs). Bien que dans ces éventualités, la cession de la clientèle s'opère, au point de vue juridique, à la date de conclusion de la convention y afférente, la base des amortissements n'est constituée qu'au fur et à mesure que la dette dont il s'agit devient définitive.

On peut en déduire qu'en cas de cession d'éléments incorporels moyennant une redevance variable (en fonction, par exemple, du chiffre d'affaires futur), l'administration fiscale estime que la base des amortissements n'est définitivement constituée qu'au fur et à mesure que le prix variable devient définitif. De ce fait, le pourcentage d'amortissement linéaire obtenu doit être appliqué séparément sur chaque partie du prix amortissable constitué.

La Commission des Normes comptables (CNC) défend toutefois un autre point de vue dans son avis 126/10 et déclare que les parties variables du prix ne doivent pas être prises entièrement en charge au fur et à mesure qu'elles acquièrent un caractère certain. Selon l'avis de la CNC, une entreprise qui opte pour des amortissements linéaires d'une immobilisation incorporelle dont la durée d'utilisation probable est de 10 ans doit amortir la première tranche sur 10 ans, la deuxième tranche sur 9 ans, la troisième sur 8 ans, etc., ce qui équivaut à des amortissements progressifs. Autrement dit, les amortissements sont plus faibles en début de période, au moment où la productivité de l'immobilisation est la plus élevée.

Voici un exemple illustrant la différence de point de vue entre le fisc et le droit comptable.

Exemple :

Un indépendant décide à l'âge de 40 ans de céder son goodwill à son sprl unipersonnelle au 1^{er} janvier 2011. Il demande en échange une redevance de $1,2 \times$ le revenu brut de la dernière année, soit $1,2 \times 40\ 000\ \text{EUR} = 48\ 000\ \text{EUR}$.

La législation comptable accepte dans des circonstances normales une période d'amortissement de cinq ans maximum pour la clientèle.

Dans cette situation, à savoir le paiement d'une redevance unique de 48 000 EUR, la société amortira chaque année 9 600 EUR ($48\ 000 \times 20\ \%$). Après cinq ans, la valeur comptable de l'immobilisation incorporelle sera égale à zéro.

Le fisc n'accepte toutefois qu'une période d'amortissement de dix (à douze) ans. La société comptabilisera certes chaque année 9 600 EUR à titre de frais, mais sur ce montant, 4 800 EUR ne seront fiscalement pas admis et devront être ajoutés au bénéfice imposable de la société via une adaptation dans la déclaration fiscale (cadre I Réserves, réserves occultes).

Lorsque la cession de la clientèle est rétribuée en fonction du chiffre d'affaires futur, un problème supplémentaire se pose.

Pour la Commission des Normes comptables, si la durée d'utilisation probable est de 10 ans, la première tranche est amortie sur dix ans, la deuxième tranche sur neuf ans...

L'actif sera donc amorti sur une période de dix ans mais l'amortissement augmentera au fil des années, alors que la productivité de l'immobilisation incorporelle diminue.

Le tableau ci-dessous illustre le point de vue de la Commission.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Redevance	4 850	4 750	4 900	5 200	5 190	5 400	5 430	5 580	5 470	5 620	52 390
Amortis. en :											
2011	485										485,00
2012	485	527,78									1 012,78
2013	485	527,78	612,50								1 625,28
2014	485	527,78	612,50	742,86							2 368,14
2015	485	527,78	612,50	742,86	865						3 233,14
2016	485	527,78	612,50	742,86	865	1 080					4 313,14
2017	485	527,78	612,50	742,86	865	1 080	1 357,50				5 670,64
2018	485	527,78	612,50	742,86	865	1 080	1 357,50	1 860			7 530,64
2019	485	527,78	612,50	742,86	865	1 080	1 357,50	1 860	2 735		10 265,64
2020	485	527,78	612,50	742,86	865	1 080	1 357,50	1 860	2 735	5 620	15 885,64
											52 390,00

En 2011, les amortissements ne s'élèvent qu'à 485 EUR ; en 2015, la société comptabilisera 3 233,14 EUR d'amortissements, et la dernière année (2020) 15 885,64 EUR.

Comme nous l'avons dit, les avis divergent en ce qui concerne les amortissements relatifs à la clientèle. Le fisc préconise une période d'amortissement de dix à douze ans et les amortissements dégressifs ne sont pas autorisés.

Par ailleurs, le fisc estime qu'il convient d'appliquer séparément le pourcentage d'amortissement linéaire sur chaque partie du prix d'acquisition, en l'occurrence sur la redevance annuelle.

L'amortissement concernant la dernière redevance d'un montant de 5 620 EUR s'appliquera donc de 2020 à l'exercice comptable 2029 inclus. La période totale d'amortissement couvre dès lors 19 ans.

Le tableau ci-dessous illustre le point de vue de l'administration fiscale.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Redevance	4 850	4 750	4 900	5 200	5 190	5 400	5 430	5 580	5 470	5 620	52 390
Amortis. en:											
2011	485										485
2012	485	475									960
2013	485	475	490								1 450
2014	485	475	490	520							1 970
2015	485	475	490	520	519						2 489
2016	485	475	490	520	519	540					3 029
2017	485	475	490	520	519	540	543				3 572
2018	485	475	490	520	519	540	543	558			4 130
2019	485	475	490	520	519	540	543	558	547		4 677
2020	485	475	490	520	519	540	543	558	547	562	5 239
2021		475	490	520	519	540	543	558	547	562	4 754
2022			490	520	519	540	543	558	547	562	4 279
2023				520	519	540	543	558	547	562	3 789
2024					519	540	543	558	547	562	3 269
2025						540	543	558	547	562	2 750
2026							543	558	547	562	2 210
2027								558	547	562	1 667
2028									547	562	1 109
2029										562	562
											52 390

Selon cette méthode, les amortissements en 2020 s'élèvent à 5 239 EUR au lieu de 15 885,64 EUR selon la première méthode.

Sur l'ensemble de la période, les amortissements sont bien entendu équivalents quelle que soit la méthode.

Dans un arrêt du 13 février 1997, la Cour d'appel de Gand s'est ralliée au point de vue du fisc en matière d'amortissement d'immobilisations incorporelles acquises à un prix variable. Le 28 février 2003, le Tribunal de première instance de Louvain a toutefois prononcé un jugement divergent à propos du pourcentage d'amortissement à appliquer sur la reprise d'un fonds de commerce moyennant une redevance variable. Il a souscrit à la vision de la Commission des Normes comptables. Dans son jugement, il a accordé une importance prépondérante à la durée d'utilisation de l'élément sous-jacent et non à la manière dont la clientèle avait été payée. Ce point de vue a été repris dans un jugement ultérieur du Tribunal de première instance d'Hasselt (Trib. Hasselt, 1^{er} janvier 2005) et confirmé en appel par la Cour d'appel d'Anvers (Anvers, 19 septembre 2006), ce qui indique un revirement dans la jurisprudence.

Cette tendance ressort également d'un récent jugement prononcé le 7 septembre 2010 par le Tribunal de première instance de Mons. Les faits étaient les suivants: une infirmière indépendante vend son fonds de commerce et sa clientèle à une société qu'elle a constituée. Comme prix de reprise, la société cessionnaire paiera pendant 10 ans 15 % des honoraires réalisés, avec un maximum de 135 000 €. La société comptabilise immédiatement le montant maximum et l'amortit sur 10 ans. L'administration fiscale n'est pas d'accord et déclare que la société doit activer chaque année la partie du prix de reprise et doit amortir chaque tranche sur une période de 10 ans. Le tribunal n'a pas suivi l'administration fiscale et a estimé que le point de vue de l'administration fiscale était contraire à la réalité économique qui indique un renouvellement rapide de la clientèle, qui doit dès lors être amortie à court terme. Le tribunal a estimé que les annuités devaient être amorties en divisant chaque tranche par le nombre d'années restant entre la date d'acquisition de la clientèle et la date à laquelle la clientèle doit avoir été intégralement amortie.

2. Location du goodwill à la société constituée par l'indépendant même

En cas de cession d'une affaire unipersonnelle, une plus-value sera dans la plupart des cas réalisée dans le chef du cédant. Afin d'éviter l'imposition de la plus-value en tant que plus-value de cessation, des contribuables ont tenté de donner le goodwill et la clientèle en location à une société qu'ils avaient eux-mêmes créée plutôt que de les céder. Les loyers perçus pour la location par le dirigeant de la société constituent en principe, du point de vue fiscal, des revenus mobiliers et non des revenus professionnels.

Les revenus mobiliers sont taxés au taux distinct de 15 %. Etant donné qu'il n'existe pas d'obligation de retenue de précompte mobilier, le dirigeant d'entreprise doit reprendre ces revenus dans sa déclaration à l'impôt des personnes physiques. Le montant à déclarer est le revenu net, c'est-à-dire le loyer brut perçu, diminué des frais y afférents. Ces frais sont les frais réels si des justificatifs peuvent être produits, ou correspondent à un montant forfaitaire de 15 % du loyer brut perçu dans les autres cas.

Par ailleurs, ces revenus échappent aux cotisations de sécurité sociale.

L'administration fiscale n'est pas favorable à de telles constructions et a déjà tenté à plusieurs reprises par le passé de requalifier les revenus mobiliers en revenus professionnels, en invoquant notamment la simulation et la disposition générale anti-abus de droit (article 344, § 1^{er} Code des impôts sur les revenus 1992), ou sur la base de l'article 37 du Code des impôts sur les revenus 1992. Il ressort de la jurisprudence que les cours donnent généralement tort aux contribuables.

Les cas abordés dans la jurisprudence concernent généralement des médecins qui donnent en location, à une société professionnelle qu'ils ont eux-mêmes créée, leur clientèle ou le goodwill qu'ils se sont constitué. Des contribuables d'autres secteurs professionnels (avocats, notaires) ont eux aussi essayé par le passé de donner leur goodwill en location à leur société.

Récemment, plusieurs décisions judiciaires ont à nouveau été prises en défaveur du contribuable.

Ainsi, la Cour de Gand a à nouveau estimé le 9 mars 2010 qu'une location de clientèle par un médecin à sa société de médecins était fictive. La Cour a estimé que la clientèle d'un médecin ne pouvait, par sa nature, être donnée en location puisque personne ne peut disposer de clients. Un patient est libre de s'adresser au médecin de son choix.

La clientèle n'est pas un droit dont on peut disposer à tout moment. Par conséquent, la clientèle ne peut ni être louée ni être vendue. Par ailleurs, la société ne peut exercer elle-même la médecine, celle-ci étant exercée par le médecin. La Cour a estimé que les revenus de la location n'étaient pas des revenus mobiliers mais des revenus professionnels dans le chef du dirigeant d'entreprise.

Dans un cas similaire, le Tribunal de première instance de Gand a estimé le 24 février 2010 qu'un notaire ne pouvait donner sa clientèle en location. Le Tribunal de première instance de Mons a lui aussi appliqué cette logique le 17 avril 2010 dans une affaire où un chirurgien avait mis sa clientèle à disposition de sa société professionnelle. Le juge a estimé qu'il y avait simulation et que les revenus de la location devaient être imposés comme des revenus de dirigeant d'entreprise.

L'administration fiscale avait avancé l'argument selon lequel un médecin ne peut posséder une clientèle. Un patient n'est pas lié à un médecin. La clientèle ne peut par conséquent pas non plus être donnée en location. Dans la pratique, cela peut avoir de lourdes conséquences. Si l'on considère qu'on ne peut posséder une clientèle, peut-on alors faire l'apport d'une clientèle? Ces jugements ont-ils aussi des conséquences pour les professionnels d'autres secteurs? Qu'en est-il si la clientèle est bien liée au professionnel? Toutes ces questions feront certainement encore l'objet de discussions.

3. Taxation étalée des plus-values réalisées sur le goodwill

Une autre question qui se pose en pratique est de savoir si le régime de la taxation étalée des plus-values peut également être appliqué aux plus-values réalisées sur le goodwill.

En vertu de l'article 47 du Code des impôts sur les revenus 1992, les plus-values réalisées à l'occasion de l'aliénation d'immobilisations incorporelles et corporelles peuvent être taxées de manière étalée dans la mesure où ces plus-values sont remployées de la manière et suivant les conditions fixées dans cet article. A cet effet, les actifs sur lesquels les plus-values ont été réalisées doivent avoir « la nature d'immobilisations depuis plus de cinq ans au moment de leur aliénation », et des amortissements doivent avoir été « admis fiscalement » sur ces immobilisations.

L'administration fiscale estime traditionnellement que les plus-values réalisées sur un goodwill constitué par l'entreprise elle-même n'entrent pas en considération pour le régime de la taxation étalée parce que ce goodwill n'a pas

la nature d'immobilisations et qu'aucun amortissement n'a donc été admis sur celui-ci. Généralement, en vue de l'application du régime des plus-values étalées, l'administration fiscale procédera à une ventilation entre la plus-value concernant la clientèle reprise et la plus-value réalisée sur la clientèle que l'entreprise s'est elle-même constituée. Par ailleurs, l'administration fiscale estime que les plus-values réalisées sur un goodwill entièrement amorti n'entrent pas en considération pour la taxation étalée. Les plus-values qui sont alors réalisées ont, selon l'administration fiscale, été réalisées sur une clientèle constituée par l'entreprise elle-même.

A cet égard, nous tenons à attirer l'attention sur un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 juin 2010 qui a donné tort à l'administration fiscale. Les faits peuvent être résumés de la manière suivante. Une société avait repris une pharmacie en 1986. Elle avait également repris le goodwill pour un prix d'environ 40 000 €. La société avait amorti le goodwill sur 10 ans. En 1997, la société a vendu le fonds de commerce de la pharmacie à une société tierce et a perçu 186 000 € pour le goodwill entre-temps amorti. Pour cette plus-value, la société avait appliqué le régime des plus-values étalées. L'administration fiscale n'était toutefois pas d'accord. Elle estimait qu'étant donné que la clientèle/le goodwill acquis en 1986 avait été entièrement amorti, il ne restait plus rien du goodwill pour cette clientèle. Le goodwill restant serait exclusivement du goodwill constitué par la société même. Etant donné qu'aucun amortissement n'a été admis fiscalement sur cet élément d'actif, le régime de la taxation étalée ne peut être appliqué sur la plus-value réalisée.

Le juge en a toutefois décidé autrement. Comme l'a motivé le contribuable, la Cour a estimé que le goodwill ne se limitait pas à la clientèle. En l'occurrence, le goodwill comprend non seulement la clientèle, mais aussi le nom et la réputation, la situation commerciale, le savoir-faire, les spécialités et les licences. Il ne peut être déduit du fait que la clientèle acquise initialement ait été amortie à la date de la vente du fonds de commerce que la clientèle « ancienne » aurait été entièrement remplacée par une clientèle nouvelle, constituée par la suite. La Cour qualifie d'artificiel le fait de considérer en droit fiscal qu'un actif entièrement amorti n'existe plus alors qu'il existe encore sur le plan comptable.

Selon la Cour, pour l'appréciation de la question de savoir si la plus-value réalisée sur le goodwill vendu entre en considération pour le système de la taxation étalée dans le chef de la société, il suffit de vérifier concrètement si au moment de la vente, il subsistait encore une partie du goodwill repris. C'était le cas en l'occurrence.

Une ventilation entre l'ancien goodwill, qui a été acheté, et le nouveau goodwill, constitué par la suite, ne serait pas conforme, selon la cour, à l'article 47 du Code des impôts sur les revenus 92. Cet article exige uniquement que l'immobilisation incorporelle ait été comptabilisée et que des amortissements aient été admis fiscalement sur cette immobilisation.

Reste à savoir si l'administration fiscale est prête à revoir sa position.

Baker TILLY Belgium

Donations mobilières en Région wallonne: nouveautés

Le Décret-programme wallon du 22 juillet 2010 « portant des mesures diverses en matière de bonne gouvernance, de simplification administrative, d'énergie, de logement, de fiscalité, d'emploi, de politique aéroportuaire, d'économie, d'environnement, d'aménagement du territoire, de pouvoirs locaux, d'agriculture et de travaux publics » (publié au *Moniteur belge* du 20 août 2010) apporte des modifications substantielles à l'article 131bis, §3 du Code des Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe applicable en Région wallonne (en abrégé, « CDE »), en étendant le champ d'application du taux réduit en cas

de donations entre vifs de biens meubles, avec effet au 30 août 2010.¹

1. Pour mémoire, lorsque le donateur est domicilié en Région wallonne et que la donation a pour objet des biens meubles, le droit proportionnel perçu sur l'élément brut de chacun des donataires s'élève en principe à 3 %

¹ Cf. sur cette question, A. CULOT, « Donations à terme suspensif et sous condition suspensive – nouvelles dispositions en Région wallonne », *R.G.E.N.*, 2010, n° 26.219, pp. 331 à 334.

pour les donations en ligne directe, entre époux et entre cohabitants légaux, à 5 % pour les donations entre frères et sœurs, et entre oncles ou tantes et neveux ou nièces, et à 7 % pour les donations à d'autres personnes. Le législateur wallon avait entendu limiter ce taux réduit aux seuls cas où le dessaisissement par le donateur est effectif et immédiat. Aussi en étaient exclues :

- 1° les donations entre vifs d'une nue-propriété ou d'un usufruit, sauf lorsqu'elles portent sur certains instruments financiers et titres de société (par exemple, pour des biens tels que du numéraire, des bijoux, un véhicule, des tableaux, ...);
- 2° les donations entre vifs de biens meubles affectées d'un terme suspensif, leur réalisation étant alors subordonnée à la survenance d'un événement futur et certain (par exemple, le décès ou une date calendaire), sauf si le terme est échu au moment de la présentation à l'enregistrement;
- 3° les donations entre vifs de biens meubles affectées d'une condition suspensive, leur réalisation étant alors subordonnée à la survenance d'un événement futur et incertain (par exemple, le pré-décès d'une personne au regard d'une autre ou encore l'obtention d'un financement), sauf si la condition est réalisée au moment de la présentation à l'enregistrement.

2. Le Décret-programme du 22 juillet 2010 maintient l'exclusion des taux préférentiels concernant les donations entre vifs d'une nue-propriété ou d'un usufruit sur des biens meubles autres que certains instruments financiers et titres de société (1°), supprime celle qui visait les donations entre vifs de biens meubles affectées d'un terme suspensif (2°), et atténue notablement celle frappant les donations sous condition suspensive, en limitant l'exclusion au seul cas où la condition se réalise par suite du décès du donateur, mais en prévoyant quatre exceptions importantes où le taux réduit trouve à s'appliquer (3°).

- a) Il est possible désormais de soumettre au taux réduit une donation à terme, quel que ce soit ce dernier. Une fois prélevé le droit d'enregistrement, cette donation échappe aux droits de succession, même en cas de décès du donateur dans les trois ans (article 7 du Code des Droits de succession). Une telle donation était jusqu'alors assujettie immédiatement au droit proportionnel progressif par tranches.
- b) Une donation sous condition suspensive qui se réalise autrement que par suite du décès du donateur peut également bénéficier du taux réduit. Il en est ainsi de la donation avec fidéicommiss *de residuo* (également dénommée « donation en cascade ») qui

est, en réalité, une double donation, d'une part, sans condition entre le donateur et le premier donataire, et, d'autre part, sous condition suspensive du pré-décès du premier donataire, en faveur du second donataire. Ce dernier ne reçoit le bien donné qu'au décès du premier donataire et pour autant que celui-ci n'en ait pas disposé de son vivant. Le taux réduit s'appliquera ainsi à cette seconde donation en tenant compte du lien de parenté entre le donateur et le second donataire.

c) Les donations sous condition suspensive qui se réalisent par suite du décès du donateur demeurent exclues du taux réduit, sauf dans les quatre cas suivants :

- 1° La condition suspensive est réalisée au moment de la présentation à l'enregistrement : le donateur est entre-temps décédé. Cette exception existait déjà antérieurement.
- 2° La donation a pour objet la donation directe d'un droit d'usufruit ou de tout autre droit temporaire ou viager, sous la condition du prédécès du donateur : est visée la transmission de la nue-propriété avec réserve d'usufruit en faveur du donateur, portant sur les instruments financiers et titres de société visés par l'article 131bis, § 2 du CDE, l'usufruit futur étant donné à titre successif à un tiers, le plus souvent le conjoint, cohabitant ou compagnon survivant.
- 3° La donation a pour objet l'accroissement ou la réversion d'un droit d'usufruit ou de tout autre droit temporaire ou viager, qui provient d'une clause de réserve de ce droit au profit d'une personne et, au décès du donateur, au profit d'un tiers acceptant : est notamment visée la situation où le donateur transmet la nue-propriété d'instruments financiers ou de titres de société avec réserve d'usufruit en sa faveur, avec charge de céder gratuitement cet usufruit à un tiers à son pré-décès.

Deux conditions doivent alors être satisfaites :

- d'une part, la clause réservant le droit d'usufruit, temporaire ou viager doit être contenue dans une convention principale ayant pour objet la vente ou la donation des biens grevés de ce droit;
- d'autre part, elle doit être conclue sous la condition suspensive que le bénéficiaire de l'accroissement ou de la réversion survive au donateur et, le cas échéant, à d'autres bénéficiaires stipulés.

On observera que l'administration accepte que l'accroissement de l'usufruit au profit du dona-

teur prévu dans une convention principale de vente ou de donation de biens grevés d'un usufruit, est une stipulation pour soi-même et non pour autrui, de sorte qu'elle échappe en principe au droits de donation et aux droits de succession (à moins que la stipulation n'émane de conjoints mariés sous un régime de communauté).

4° La donation a pour objet le bénéfice à la prestation d'un contrat d'assurance-vie, le donataire étant désigné en tant que bénéficiaire du contrat d'assurance-vie en cas de pré-décès de l'assuré de ce contrat. Le droit est dû, dès l'acte de notaire contenant la donation ou dès la présentation à l'enregistrement, sur le capital stipulé dans le contrat comme étant à verser au bénéficiaire en cas de pré-décès de l'assuré, tel qu'existant au jour de la donation.

Le but du législateur wallon est de permettre l'enregistrement au taux réduit de la désignation d'un bénéficiaire d'assurance-vie de laquelle apparaît l'*animus donandi* du donateur, ce qui permet d'éviter les droits de succession en vertu de l'article 8, alinéa 6, 1° du Code des Droits de succession.

Le donateur n'est donc plus tenu de résilier anticipativement la police d'assurance (et de se faire rembourser la valeur de rachat réduite) pour faire don du capital-décès que le donataire peut notamment utiliser pour souscrire une nouvelle assurance-vie en son nom. Il suffira désormais d'enregistrer au taux réduit la police ou, du moins, l'avenant d'acceptation du bénéfice de l'assurance-vie, afin que le bénéficiaire désigné évite les droits de succession. On notera qu'il était déjà possible de faire une donation directe, par acte notarié, d'un contrat d'assurance-vie et de la soumettre au taux réduit.

En cas de pré-décès du bénéficiaire qui a payé le droit de donation au taux réduit, et sauf si une condition résolutoire expresse mettant fin à la donation dans cette hypothèse était prévue, le capital d'assurance tombe dans la succession du bénéficiaire et il est en principe soumis aux droits de succession.

Les droits de succession seront calculés sur toute augmentation postérieure du capital effectivement payé au bénéficiaire par rapport au capital sur lequel le droit de donation a été acquitté. Au contraire, la donation enregistrée d'avoirs en compte permet de soustraire aux droits de succession toute augmentation ultérieure de la valeur de ces avoirs.

3. Le nouveau régime est applicable aux actes authentiques de donation qui ont été passés et aux donations sous seing privé ou encore aux donations devant notaires étrangers qui ont été enregistrées à partir du 30 août 2010.

Il en va de même des donations (directes ou indirectes) sous condition suspensive qui doivent avoir été actées à partir du 30 août 2010, et ce même si la condition produit ses effets beaucoup plus tard, dès lors que le taux applicable est celui qui est en vigueur à la date où les droits auraient été acquis à l'Etat si l'acte avait été pur et simple.

En conclusion, les modifications apportées au régime des donations au cours de l'été dernier augmentent les situations dans lesquelles le donateur résidant en Région wallonne pourra ne pas se dessaisir immédiatement de certains biens meubles (instruments financiers et titres de société) ou du capital d'une assurance-vie, tout en bénéficiant du taux réduit de droit d'enregistrement.

Outre l'extension de ce régime favorable à d'autres biens meubles, il reste encore une étape importante à franchir : l'assujettissement au taux réduit des donations de parts des sociétés de patrimoine.

La réglementation en la matière se complexifie toujours davantage. Il est recommandé de ne pas s'y aventurer seul et de s'assurer le concours d'un spécialiste pour atteindre, sans heurt, les objectifs escomptés.

Luc HERVE

Avocat au Barreau de Liège, cabinet d'avocats Herve,
Collaborateur scientifique à l'ULG et à HEC-ULG,
Professeur à la CBCEC de Liège,
Assesseur juridique suppléant à la Chambre Exécutive francophone de l'IPCF