

DOCTRINE

Abus fiscal: deux décisions intéressantes au Sud et au Nord du pays sur des opérations de cessions d'actions à une holding

Denis-Emmanuel PHILIPPE¹ en Aymeric NOLLET²

RÉSUMÉ

Depuis le premier cas d'« abus fiscal » qui avait été reconnu en justice en matière d'impôts sur les revenus par un jugement du Tribunal de Bruges du 19 février 2018³ (entre-temps démenti par un arrêt de Cour d'appel⁴, lui-même confirmé par la Cour de cassation⁵), la mesure générale anti-abus de l'article 344, § 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après « CIR 1992 »), telle que réécrite en 2012⁶, connaît un nombre d'applications (positives et négatives) devant nos cours et tribunaux qui est véritablement en plein essor.

On en veut pour preuve encore deux décisions récentes du Tribunal de première instance du Luxembourg (div. Marche-en-Famenne) du 7 septembre 2022⁷ et de la Cour d'appel d'Anvers du 6 septembre 2022⁸, qui ont respectivement démenti (pour l'une) et reconnu (pour l'autre) un « abus fiscal » à propos d'opérations impliquant la cession d'actions d'une société opérationnelle à une holding.

Il nous paraît intéressant d'analyser ici les raisons – et notamment les différences liées aux complexes de faits respectifs des deux affaires – qui ont ainsi conduit un juge de première instance du Sud du pays et un juge d'appel du Nord du pays à rendre quasiment le même jour des décisions opposées pour ce même genre d'opérations relativement « typiques », mais qui sont de plus en plus dans le viseur du fisc et qui ne sont donc à mettre en place qu'avec les plus grandes précautions.

Pour ce faire, nous nous proposons d'exposer les faits en cause et les décisions rendues dans ces deux affaires, d'abord celle du juge de première instance luxembourgeois (I) et puis celle du juge d'appel anversois (II), avant de tenter de tirer des enseignements plus généraux sur le risque d'« abus fiscal » en présence d'opérations de cessions d'actions d'une société opérationnelle à une holding (III). Nous verrons que la question a priori théorique de savoir si le contribuable redressé a bien été impliqué dans tous les actes du montage en cause peut avoir des répercussions pratiques considérables, et nous mettrons en évidence l'importance de la présence de « liquidités excédentaires » (au sein de la société-cible et de ses filiales) pour l'appréciation du caractère « abusif » du montage.

SAMENVATTING

Sinds de toepassing van “fiscaal misbruik” inzake inkomstenbelastingen een eerste keer werd erkend door een vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg van Brugge op 19 februari 2018 (ondertussen afgewezen door een arrest Hof van beroep, wat op zijn beurt werd bevestigd door het Hof van Cassatie), heeft de algemene antimisbruikmaatregel van artikel 344, § 1 van het Wetboek Inkomstenbelastingen 1992 (hierna “WIB 1992”), zoals herschreven in 2012, een steeds verder toenemend aantal toepassingen (positieve en

1. Avocat-associé (Bloom-Law) aux barreaux de Bruxelles, Liège et Luxembourg, maître de conférences à l'Université de Liège.

2. Avocat (Bloom-Law) au barreau de Bruxelles, professeur à l'Université de Liège, docteur en droit de l'Université de Liège et de l'Université d'Anvers.

3. Trib. Bruges, 19 février 2018, R.G. n° 16/29084/A, et commentaires T. JANSEN, « Rechtbank bevestigt toepassing artikel 344, § 1 nieuwe stijl », *Fisc. Act.*, n° 2018/09, pp. 1-4; E. MAES et N. VAN GILS, « Rechtsbanken passen de algemene antimisbruikbepaling toe op kapitaalverminderingen aan natuurlijke personen in dossiers over ‘interne meerwaarden’ », *T.B.F.*, n° 2018/7, pp. 68-89; A. NOLLET et D.-E. PHILIPPE, « Retour sur la première application jurisprudentielle de la mesure générale anti-abus fiscal en matière d'impôts sur les revenus », *R.G.F.C.P.*, n° 2018/10, pp. 4-16; N. PIROTTE, « Réflexions sur la notion de capital libéré dans le cadre de l'application de la mesure anti-abus fiscal de l'article 344, § 1^{er}, du CIR 1992 aux opérations de réduction de capital », *R.G.C.F.*, n° 2018/4-5, pp. 408-411.

4. Gand, 1^{er} octobre 2019, n° 2018/AR/925, et commentaires K. JANSSENS, « Nieuw artikel 344, § 1 is dan toch geen wonderwapen voor de fiscus », *Fisc. Act.*, n° 2019/33, pp. 1-4; S. VAN CROMBRUGGE, « Cour d'appel de Gand : une réduction de capital n'est pas un abus fiscal », *Fiscologue*, 2019, n° 1628, p. 8.

5. Cass., 25 novembre 2021, F 20.0073.N, et commentaires A. NOLLET, « Cassation sur le 1er cas d'abus fiscal reconnu par un juge en I.R. Le juge d'appel qui avait démenti l'abus n'est pas censuré par la Cour de cassation », *Act. Fisc.*, 2022/12, pp. 3 et s.; S. VAN CROMBRUGGE, « Cassation : une réduction de capital n'est pas un cas d'abus fiscal », *Fiscologue*, 2022, n° 1735, pp. 10 et s.

6. Loi-programme (I) du 29 mars 2012 (art. 167-169) (M.B., 6 avril 2012).

7. Trib. Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), 7 septembre 2022, R.G. n° 20/416/A et commentaire D.-E. PHILIPPE, « Quand le fisc mord la poussière à cause d'une défectuosité de la mesure générale anti-abus... », *Sem. fisc.*, 2022/40, n° 542.

8. Anvers, 6 septembre 2022, n° 2021/AR/68, [Taxwin.be](https://www.taxwin.be) et commentaires N. VAN GILS et J. DEPRINCE, « Liquidités excédentaires dans le cadre d'une transaction M&A et la disposition générale anti-abus », *Act. fisc.*, n° 2023/2, pp. 5-8; D.-E. PHILIPPE, « Une première application de la mesure anti-abus à un montage de cession d'entreprise », *Sem. fisc.*, 2022/40, n° 542; S. VAN CROMBRUGGE, « L'ensemble des actes juridiques doit-il émaner du contribuable lui-même? », *Fiscologue*, 2023, n° 1779, pp. 1 et s.; W. VETTERS et L. VANWINNENDAEL, « Verkoop van ‘excess cash-vennootschap’ kan dividendartikel frusteren », *Fisc. Act.*, n° 2023/5, pp. 1-6.



negatieve) gekend voor onze hoven en rechtbanken. Dit blijkt uit twee recente beslissingen van de Luxemburgse Rechtbank van Eerste Aanleg (afdeling Marche-en-Famenne) op 7 september 2022 en het hof van beroep van Antwerpen op 6 september 2022, waarin respectievelijk “fiscaal misbruik” werd afgewezen (in het ene geval) en erkend (in het andere geval) met betrekking tot een aandelenoverdracht van een exploitatievennootschap aan een holding.

Het lijkt ons interessant om de redenen - en het verschillende feitenrelaas te analyseren tussen de twee beslissingen - die een rechter van eerste aanleg in het Zuiden van het land en een rechter van een Hof van beroep in het Noorden van het land ertoe hebben gebracht om op vrijwel dezelfde dag tegenstrijdige beslissingen te nemen voor hetzelfde soort van verrichtingen, die echter steeds meer in het vizier van de fiscus komen en daarom alleen met de grootste omzichtigheid mogen worden verricht.

Vanuit deze invalshoek, zullen we eerst de feiten en de beslissingen in deze twee rechterlijke uitspraken uiteenzetten, eerst deze van de rechter in eerste aanleg te Luxemburg (I) en vervolgens deze van de rechter in hoger beroep te Antwerpen (II) alvorens enkele meer algemene conclusies proberen te trekken over het risico van “fiscaal misbruik” in het geval van verrichtingen waarbij aandelen van een exploitatievennootschap worden overgedragen aan een holding (III). We zullen zien dat de (op het eerste gezicht theoretische) vraag of de belastingplichtige betrokken was bij alle rechtshandelingen die deel uitmaken van de verrichting, verregaande gevolgen kan hebben. Het belang van de aanwezigheid van zogenaamde “overtollige liquiditeiten” (binnen de doelvennootschap en haar dochtervennootschappen) voor de beoordeling van de kwalificatie van de verrichting als “fiscaal misbruik” zal hierbij worden afgewogen.

I. Jugement du Tribunal de première instance du Luxembourg du 7 septembre 2022

A. Les faits de l'espèce

Dans cette affaire soumise au juge du Tribunal de première instance du Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), il était question de parents qui avaient cédé en 2016 les 217 actions qu'ils détenaient dans l'entreprise familiale, pour un prix de 2.256.800,00 EUR, à une société holding nouvellement constituée (en 2015) et détenue par leur fils.

Une partie de la créance de prix (1.350.000,00 EUR) avait aussitôt été donnée, le même jour dans un pacte adjoint

(« reconnaissance de don »), par les parents à leurs 3 enfants, le fils précité et ses 2 sœurs (les 2 autres enfants du couple), de façon à désintéresser équitablement ces dernières par rapport au premier, et avec la charge pour ces 3 enfants de verser une certaine somme mensuellement à leurs parents jusqu'à leur décès.

Le solde de la créance que les parents détenaient envers la holding de leur fils (soit 2.256.800,00 EUR – 1.350.000,00 EUR = 906.800,00 EUR) leur sera ensuite payé dans le courant de l'année 2016, à concurrence d'un montant total de 830.000,00 EUR. On relèvera que c'est non pas la société holding, mais la société opérationnelle qui leur versera ce montant, en partie au moyen de ses liquidités (330.000,00 EUR) et en partie au moyen d'un emprunt bancaire qu'elle a contracté en 2016 (500.000,00 EUR), si bien que la société holding se retrouvait redevable d'une dette de 830.000,00 EUR à l'égard de la société opérationnelle.⁹

Le 30 juin 2017, lors de l'assemblée générale de la société opérationnelle, il est décidé de distribuer à la holding un dividende de 930.000,00 EUR, ce qui viendra totalement apurer la dette de la holding à l'égard de la société opérationnelle.

Dans un avis de rectification relatif à l'exercice d'imposition 2017, le fisc a alors considéré que les parents auraient perçu un montant de 888.131,90 EUR¹⁰ suite à la vente de leurs actions détenues dans la société opérationnelle, et que ce montant devait être traité dans leur chef, à l'impôt des personnes physiques (IPP), comme une distribution de dividende (soi-disant en provenance de la société holding¹¹, dont ils ne sont pourtant pas actionnaires...) imposable au taux ordinaire de l'époque de 27%, en raison d'un « abus fiscal » commis au sens de l'article 344, § 1^{er}, CIR 1992, en ajoutant au passage l'application d'un accroissement sur pied de l'article 444 CIR 1992.

Nonobstant les objections exprimées par les contribuables concernés, l'administration persista dans sa décision de taxation à l'égard des parents, puis dans sa décision de rejet de leur réclamation préalablement introduite à la contestation judiciaire.

B. La décision rendue

Dans un jugement de pas moins de 18 pages avec une motivation particulièrement détaillée, le juge a écarté l'application de la mesure anti-abus, après avoir constaté que les parents (contribuables-demandeurs) n'avaient pas posé eux-mêmes l'ensemble des actes juridiques composant l'opération en

9. On peut s'interroger sur la licéité de l'octroi d'un tel prêt par la société opérationnelle (une société anonyme) en vue de l'acquisition de ses propres actions, au regard des règles en matière d'« assistance financière ». Lorsqu'une société anonyme avance des fonds, accorde des prêts ou donne des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers (en l'occurrence, la holding du fils), elle doit veiller à respecter plusieurs conditions cumulatives (art. 7:227 CSA). On se bornera ici à les recenser: (i) l'opération doit avoir lieu à de justes conditions de marché; (ii) l'opération doit être autorisée par une décision préalable de l'assemblée générale, prise dans le respect des conditions de *quorum* et de majorité requises pour la modification des statuts; (iii) le montant de l'assistance financière doit être limité au montant que la société peut distribuer comme dividende (conformément à l'art. 7:212 CSA); (iv) la société doit inscrire au passif de son bilan une réserve indisponible égale au montant total de l'« assistance financière »; (v) l'opération de cession des actions doit se faire à un juste prix.

10. Il est regrettable qu'aucune précision n'ait été fournie dans le jugement à propos du mode de calcul de ce montant de 888.131,00 EUR.

11. Dans le compte-rendu des faits de l'affaire, le jugement indique bien que l'avis de rectification postulait que « ce montant reçu de la société S. [holding] doit être traité comme un dividende ordinaire taxable... ».

