

Estate Planning Flash

Cession d'une entreprise familiale : comment donner de manière fiscalement intéressante ?

RÉGION FLAMANDE

1^{er} décembre 2022

Vous détenez une entreprise familiale et souhaitez passer le flambeau à la génération suivante. Pour ce faire, vous envisagez différentes options, dont une donation. Vous avez appris que ce don peut être effectué de manière fiscalement très avantageuse. Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de ce régime favorable et quels sont les points d'attention ?

► LA NOTION D'ENTREPRISE FAMILIALE

Une entreprise familiale peut être exploitée sous deux formes juridiques différentes, à savoir via une entreprise individuelle ou en société.

Une entreprise individuelle signifie que vous dirigez l'entreprise en tant que personne physique. En d'autres termes, vous n'utilisez pas une société, ce qui signifie que vous êtes également responsable, avec votre patrimoine privé, des dettes éventuelles de l'entreprise.

Une entreprise (familiale) peut également être exercée sous la forme d'une société, souvent une SRL ou une SA. Dans ce cas, ce n'est pas vous qui exercez en tant que personne physique vu que l'activité est exercée via une entité juridique distincte.

Dans les deux cas, il est possible d'être exonéré des droits de donation : dans le cas d'une entreprise individuelle familiale, cette exonération s'applique à la donation des biens utilisés professionnellement, et dans le cas d'une société familiale, à la donation des actions de la société.

Pour des raisons de simplicité, nous supposerons dans cette contribution que l'entreprise familiale est gérée par une société. Les mêmes principes s'appliquent *grosso modo* à une entreprise individuelle.

► PRINCIPES GÉNÉRAUX EN MATIÈRE DE DONATION

Une donation directe d'actions d'une société (familiale) se réalise toujours par le biais d'un acte notarié. En règle générale, des droits de donation sont dus dans ce cas. Les taux spécifiques des droits de donation dépendent *(i)* du lieu de résidence du donateur et *(ii)* du lien de parenté ou de l'absence de lien de parenté entre le donateur et le donataire¹. Ces droits de donation sont applicables depuis le 15 décembre 2020, même si vous avez fait une donation devant un notaire étranger.

Si vous satisfaites cependant à certaines conditions, vous pouvez bénéficier d'une exonération des droits de donation. En d'autres termes, vous pouvez donner les actions de votre société familiale sans payer de droits de donation.

Les conditions de cette exonération de droits de donation diffèrent en fonction de la région dans laquelle le donateur réside, à savoir la Région flamande, la Région wallonne ou la Région de Bruxelles-Capitale. En effet, les droits de donation sont régionalisés, de sorte que chaque région de Belgique dispose de son propre régime favorable pour la donation d'une entreprise familiale.

La résidence où le donateur a vécu le plus longtemps au cours des cinq années précédant le don détermine la région compétente. Le siège social de la société n'est donc pas pertinent.

Dans la suite de ce document, nous supposerons que vous, donateur, êtes un résident de la Région flamande.

► CONDITIONS AU MOMENT DE LA DONATION

Pour pouvoir bénéficier de l'exonération de droits d'enregistrement en cas de donation des parts d'une société familiale, un certain nombre de conditions doivent d'abord être remplies au moment où la donation est effectuée.

Première condition : siège de direction effective dans l'EEE

L'exonération des droits de donation ne s'applique qu'aux actions d'une société dont le siège de direction effective se trouve dans l'un des États de l'Espace économique européen (EEE). Il s'agit de tous les pays de l'Union européenne (UE), plus la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande.

Le siège de direction effective est le lieu d'où sont prises les décisions fondamentales et stratégiques de la société. Cela correspond généralement - mais pas toujours - au siège social. Cela signifie que vous pouvez toujours bénéficier du régime favorable si votre société a un siège social en dehors de l'EEE, à condition toutefois que vous dirigiez la société depuis un État membre de l'EEE (par exemple, depuis la Belgique).

¹ Ainsi, les droits de donation sont en Région flamande et en Région de Bruxelles-Capitale de 3% en ligne directe (pe aux enfants ou aux petits-enfants) et de 7% pour les donations en faveur d'autres personnes.

Deuxième condition : condition de participation

Il est essentiel pour le législateur que l'entreprise ait un caractère familial pour bénéficier de l'exonération des droits de donation. Vous devez donc posséder - avec votre famille - des actions de la société familiale représentant au moins 50 % des droits de vote de cette société.

Si vous ne détenez pas 50 % des droits de vote, la détention de 30 % des droits de vote est suffisante, à condition toutefois que vous *(i)* déteniez conjointement au moins 70 % des droits de vote avec une autre famille ou *(ii)* déteniez conjointement 90 % des droits de vote avec deux autres familles.

Les actions que vous détenez indirectement par l'intermédiaire d'une autre société (par exemple, une société holding ou de management) ne satisfont pas à la condition de participation.

Si les actions de la société familiale ont été apportées à une société simple, elles peuvent être prises en compte. On regarde dans ce cas les participations détenues par les personnes physiques-actionnaires de la société simple.

Comme indiqué, vous pouvez également prendre en compte les parts détenues par d'autres membres de la famille. Plus précisément, il s'agit des actions détenues par les personnes suivantes :

- Le partenaire du donateur (marié, cohabitant légal ou cohabitant de fait depuis 3 ans) ;
- Les parents en ligne directe du donateur (parents, enfants, petits-enfants) ainsi que leurs partenaires.
- Les parents en ligne collatérale du donateur jusqu'au deuxième degré inclus (frères et sœurs) et leurs partenaires.
- Les enfants des frères et sœurs du donateur (neveux et nièces)

Il est exigé que vous déteniez les actions en pleine propriété, avec la nuance que l'usufruit et la nue-propriété peuvent être répartis entre différentes personnes au sein de la famille, pour autant que la famille dans son ensemble détienne la pleine propriété.

Exemple : supposons que vous possédiez 50% des parts en usufruit et que votre partenaire possède 50% des parts en nue-propriété. Ensemble, vous possédez 50 % des actions en pleine propriété, de sorte que la condition de pleine propriété est remplie.

En pratique, l'Administration fiscale flamande (VLABEL) vérifiera la condition de participation en demandant une copie du registre des actionnaires ou une copie du procès-verbal signé de la dernière assemblée générale précédant la donation, reprenant les droits de vote.

Notez que la loi n'exige pas que toutes les actions que vous possédez soient données. Il n'est pas non plus nécessaire que vous donniez les actions en pleine propriété. Vous choisissez combien d'actions vous donnez et dans quelles conditions. Par exemple, vous pouvez décider de faire des dons multiples ou un don avec réserve d'usufruit.

Cependant, pour bénéficier de l'exonération, vous devrez analyser pour chaque donation d'actions si la condition de participation et les autres conditions sont toujours remplies.

Troisième condition : condition d'activité

La société familiale doit également exercer une activité économique, c'est-à-dire une profession libérale ou une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole.

Cette activité doit être réellement exercée. Il ne suffit donc pas de se référer à l'activité statutaire. En d'autres termes, il doit y avoir une véritable activité économique.

La loi prévoit une présomption selon laquelle une société n'exerce pas une activité économique réelle lorsque certains paramètres comptables sont réunis. Concrètement, la loi stipule qu'une société n'exerce pas une activité économique réelle lorsque les comptes annuels font apparaître que :

- Les rémunérations, charges sociales et pensions (poste 62 des comptes annuels) constituent un pourcentage égal ou inférieur à 1,50 % du total des actifs **ET** ;
- Les terrains et les bâtiments représentent plus de 50 % (poste 22 des comptes annuels) du total de l'actif.

Les deux critères doivent être remplis : si votre entreprise ne répond qu'à un seul des paramètres ci-dessus, la présomption d'absence d'activité économique réelle ne s'appliquera donc pas. Veuillez noter que l'administration fiscale flamande vérifiera toujours les trois derniers exercices comptables précédant le don. La présomption s'appliquera dès que votre société aura rempli les deux paramètres au cours d'un de ces 3 exercices.

Il s'agit d'une présomption réfragable : par conséquent, si votre entreprise verse trop peu de rémunérations ou de cotisations de sécurité sociale et possède trop de biens immobiliers, vous pouvez toujours apporter la preuve contraire qu'il existe bien une activité économique réelle.

Qu'en est-il des sociétés holdings et de management ?

La condition d'activité signifie que les sociétés holding ou de management pur ne peuvent pas bénéficier de l'exonération des droits de donation, selon VLABEL. Ces sociétés n'ont en effet aucune activité économique réelle puisque leurs activités consistent essentiellement en une simple détention passive d'actions ou en des activités de gestion passive.

Deux remarques peuvent toutefois être formulées à cet égard :

- Tout d'abord, VLABEL accepte (tant que maintenant) que les sociétés dites "holdings actives" puissent bénéficier de l'exonération des droits de donation. Il s'agit de sociétés holding qui exercent elles-mêmes une activité économique en fournissant des services intra-groupe à ses sociétés sous-jacentes. Des exemples de ces services sont, par exemple, la tenue des comptes ou la gestion du personnel d'une filiale.
- En outre, une société holding peut également bénéficier de l'exonération des droits de donation si elle détient elle-même au moins 30 % des actions d'une société qui exerce une activité économique réelle. Toutefois, l'exonération ne s'applique pas, le cas échéant, à la valeur totale des actions de la société holding, mais est limitée à la valeur de la filiale active sous-jacente.

Qu'en est-il des sociétés patrimoniales ?

L'application de la condition d'activité signifie également que les sociétés patrimoniales (c'est-à-dire les sociétés détenant des biens immobiliers) sont souvent exclues du régime favorable.

Tout d'abord, une société de patrimoine ne fera généralement rien d'autre qu'acheter et détenir ou louer des biens immobiliers (privés). VLABEL est d'avis que cette gestion passive de biens immobiliers ne suffit pas à constituer une véritable activité économique.

Toutefois, si l'entreprise développe et vend (et éventuellement loue) fréquemment des biens immobiliers *professionnels* (c'est-à-dire pas des biens immobiliers résidentiels), VLABEL estime que le régime favorable peut être utilisé.

Les sociétés patrimoniales seront, par ailleurs, souvent exclues du régime favorable en raison de la présomption légale d'absence d'activité économique réelle. En effet, la valeur totale des biens détenus dépassera invariablement 50 % du total des actifs et les rémunérations, charges sociales et pensions seront inférieures à 1,5 % du total des actifs.

Pour ces entreprises, vous pouvez alors fournir la preuve contraire de l'existence d'une véritable activité économique.

Dans la pratique, cependant, des discussions ont souvent lieu entre le contribuable et VLABEL sur l'interprétation concrète de ces preuves contraires.

En effet, VLABEL adopte une position très stricte selon laquelle vous devez prouver, le cas échéant, que **tous** les biens immobiliers présents dans la société sont utilisés pour l'activité économique de la société et ne constituent donc pas un patrimoine privé. La présence d'une seule propriété résidentielle pourrait donc empêcher l'application du régime favorable.

En outre, selon VLABEL, la location d'un bien immobilier ne suffit pas à prouver que ce bien est utilisé pour l'activité économique de l'entreprise. VLABEL accepte cette location immobilière comme preuve contraire uniquement s'il s'agit de la location de locaux commerciaux utilisés exclusivement par une filiale active.

La position de VLABEL signifie *de facto* que la preuve contraire ne peut jamais être fournie lorsqu'une société *(i)* détient des biens résidentiels ou *(ii)* loue des biens résidentiels/professionnels à des tiers.

Cependant, la jurisprudence récente rappelle de plus en plus souvent VLABEL à l'ordre sur ce point.

Ainsi, le 4 février 2020, le tribunal de première instance de Gand a jugé que l'actionnaire d'une société qui détient et loue des biens immobiliers privés (et professionnels)² - mais qui exploite également une boucherie agricole - peut effectivement apporter la preuve contraire que cette société exerce une activité économique réelle et peut donc bénéficier du régime favorable.

Dans ce cas, la preuve contraire a été apportée, entre autres, par les chiffres d'affaires (les revenus de la boucherie représentaient le triple des revenus locatifs), la présentation de photos des activités réelles de la boucherie et les tableaux d'amortissement des biens utilisés pour la boucherie agricole.

² Concrètement, il s'agissait d'une maison et d'un appartement sur la côte à l'usage du dirigeant d'entreprise, d'un immeuble de cinq appartements loués à des particuliers, de six propriétés louées à des professionnels, de plusieurs box de garage et d'un bâtiment comprenant des espaces de stockage utilisés pour l'exercice de son activité de boucherie.

VLABEL a également échoué en appel, la Cour d'appel de Gand ayant confirmé la jurisprudence ci-dessus dans un arrêt du 1er juin 2021.

Dans un autre arrêt du 21 juin 2022, la Cour d'appel de Gand est à nouveau arrivée à la même conclusion, concernant cette fois une société dont l'activité consistait uniquement en l'exploitation de biens immobiliers résidentiels et professionnels, en particulier les activités de développement de projets et la gestion immobilière professionnelle.

Selon la Cour d'appel, il n'y a aucune raison d'exclure par principe les activités immobilières de la notion d'activité économique réelle. Si les activités immobilières génèrent une valeur ajoutée sociale pour l'entreprise de manière durable et vont au-delà de la simple gestion passive de biens immobiliers, elles constituent une véritable activité économique.

Concrètement, la Cour d'appel a admis que tel était le cas : d'importants revenus d'exploitation ont été générés, des terrains et des bâtiments ont été vendus, plusieurs projets ont été développés (notamment la construction de 19 chambres d'étudiants, l'acquisition d'un projet de construction de 5 appartements et de 2 locaux commerciaux, l'étude préliminaire d'un projet de construction de 16 appartements, l'étude de faisabilité de la construction de 100 appartements), et des financements externes ont été utilisés pour développer les activités. Le fait que la société elle-même n'employait pas de personnel mais faisait principalement appel à des consultants externes pour ses activités (par exemple, une agence immobilière et un syndic pour la gestion des appartements loués et des chambres d'étudiants) n'y change rien, selon la Cour d'appel.

Il est donc clair que lorsqu'on souhaite faire donation d'une société patrimoniale, il est recommandé de faire une analyse détaillée de la condition d'activité avant de décider de concrétiser le don.

► CONDITIONS APRÈS L'EXÉCUTION DE LA DONATION

Si les conditions susmentionnées sont remplies au moment de la donation, aucun droit de donation ne sera dû. Cette exonération n'est cependant que temporaire. En effet, un certain nombre de conditions doivent être remplies pendant une période de trois ans après la donation pour que l'exonération devienne définitive.

VLABEL vérifie si la société familiale a rempli ces conditions après cette période de trois ans. Si tel n'est pas le cas, VLABEL prélèvera alors les droits de donation dus (au tarif normal de 3 % ou 5 %).

Première condition : maintien d'une activité économique réelle et publication de comptes annuels

La société familiale doit exercer une activité économique réelle pendant une période de trois ans après l'acte authentique de donation. Il n'est pas nécessaire que l'activité initiale soit maintenue, tant qu'il y a une activité économique réelle continue.

Ce qui est important ici, c'est que la présomption susmentionnée d'absence d'activité économique réelle basée sur des paramètres comptables continue de s'appliquer. Vous devez donc être attentif à toute acquisition de biens ou au maintien du personnel.

La société doit également préparer et publier des comptes annuels au cours des trois années suivant la donation.

Deuxième condition : maintien du capital social et des avoirs investis dans la société

Pendant trois ans à compter de la date de l'acte authentique de donation, vous ne pouvez procéder à aucune distribution ou remboursement de capital si la société familiale est une société anonyme. Si la société familiale prend la forme d'une société à responsabilité limitée³, vous ne pouvez pas, pendant la même période, procéder à une distribution ou à un remboursement de capital inférieur au montant des apports effectués.

La loi vise une distribution ou un remboursement, ce qui signifie que toute perte subie par la société et qui a pour effet de réduire son capital ou ses fonds propres ne posera pas de problème.

Toutefois, si vous procédez à une distribution ou à un remboursement du capital/des fonds propres, vous ne perdriez pas l'exonération intégrale des droits de donations. Dans ce cas, selon VLABEL, un montant égal au capital ou aux fonds propres remboursés ou distribués sera soumis au taux normal de l'impôt sur les donations (3 % ou 7 %)⁴.

Exemple : une mère fait donation de 100 % des actions d'une société familiale d'une valeur de 2.000.000 EUR à ses deux enfants. Au moment de la donation, le capital s'élève à 1.000.000 EUR. Si une diminution de capital de 200.000 EUR intervient dans les 3 ans qui suivent la donation, les droits de donation supplémentaires sont de 6.000 EUR, soit 200.000 EUR x 3 %.

Curieusement, VLABEL ne semble pas toujours appliquer la méthode de calcul ci-dessus. En effet, dans certains cas, VLABEL estime qu'il faut calculer quel pourcentage du capital a été distribué, puis multiplie ce pourcentage par la valeur de la donation. Le montant obtenu est alors imposé au taux normal de l'impôt sur les donations (3 % ou 7 %).

Exemple : si l'on reprend l'exemple précédent, les droits de donation supplémentaires s'élèveraient à 12.000 EUR, soit (2.000.000 x 20 %) x 3 %.

La jurisprudence est également ambiguë sur ce qui constitue actuellement la méthode de calcul correcte.

Pour éviter les discussions, il est donc souhaitable de reporter toute distribution ou tout remboursement du capital/des fonds propres après l'expiration de la période de trois ans.

³ Ou une forme sociétaire pour laquelle le droit belge ou étranger régissant la société ne prévoit pas la notion de capital ou une notion similaire.

⁴ En cas de remboursement ou de distribution du capital, le montant sera égal au paiement/remboursement qui dépasse le montant des apports effectués jusqu'à la date de l'acte authentique de donation.

Qu'en est-il de la distribution de la réserve de liquidation ?

Lors de la distribution d'une réserve de liquidation, vous devez également agir prudemment.

En règle générale, la distribution d'une réserve de liquidation n'empêche pas l'application du régime favorable car une réserve de liquidation ne fait pas partie de l'apport, mais plutôt des fonds propres. Ainsi, lorsqu'une réserve de liquidation est distribuée, les fonds propres diminuent, mais généralement pas en dessous du montant de l'apport.

La situation est toutefois moins claire lorsque la société a reporté des pertes. En effet, dans un tel cas, la distribution d'une réserve de liquidation pourrait faire tomber les fonds propres en dessous du montant de l'apport.

Exemple : à la date de l'acte authentique de donation, la société familiale dispose de fonds propres de 350.000 EUR, composés d'un apport de 100.000 EUR, d'une réserve de liquidation de 300.000 EUR et de pertes reportées de 50.000 EUR. Si vous décidez de distribuer la totalité de la réserve de liquidation, les fonds propres tombent à 50.000 EUR, ce qui est inférieur à l'apport initial de 100.000 EUR.

La question de savoir si, dans un tel cas, le régime favorable peut être maintenu n'a pas encore été tranchée par VLABEL. Dans ces situations, il peut donc être opportun de demander une décision anticipée à VLABEL pour être fixé quant à la perte possible du régime favorable et, au besoin, reporter la distribution de la réserve de liquidation après l'expiration de la période de trois ans.

Troisième condition : maintien du siège au sein de l'EEE

Comme dernière condition, il est exigé que le siège de direction effective de la société soit maintenu dans l'EEE pendant trois ans à compter de la date de l'acte authentique de donation.

En d'autres termes, vous pouvez déplacer le siège de la direction effective de la société pour autant que ce soit dans un État membre de l'EEE.

Changement d'actionnaires ?

Un changement d'actionnaires de la société familiale dans les trois années suivant la donation n'affectera pas le maintien du régime préférentiel. Les donateurs de la société familiale peuvent donc transférer (par exemple, vendre) les actions, si les conditions de la donation le permettent.

Il est toutefois conseillé d'inclure, le cas échéant, dans le contrat de vente des actions une clause obligeant le cessionnaire à respecter les conditions de maintien du régime favorable. En effet, si l'acquéreur ne respecte pas ces conditions, par exemple en déplaçant le siège de direction effective dans un pays situé en dehors de l'EEE ou en procédant à une réduction de capital, vous risquez de perdre le régime favorable.

► CONCLUSION

Une donation d'une entreprise familiale peut être effectuée en exonération des droits de donation pour autant qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Si vous souhaitez profiter de ce dispositif favorable, il est conseillé d'analyser en détails si ces conditions sont remplies avant la donation, surtout si votre entreprise possède de l'immobilier résidentiel.

Il est au moins aussi important d'être attentif aux conditions qui doivent continuer à être remplies pendant une période de trois ans après la donation.

Date de publication : 1^{er} décembre 2022

« Ce document commercial est édité et distribué par Banque Degroof Petercam SA, dont le siège social est situé Rue de l'Industrie 44, 1040 Bruxelles (« Banque Degroof Petercam »).

Les informations contenues dans ce document sont uniquement destinées à des fins d'information générale et ne doivent pas être considérées comme consultation en planification financière dans le sens de la Loi du 25 avril 2014, ni comme tout autre conseil ou information personnalisée, ni comme une offre publique d'instrument(s) financier(s). L'information générale reprise dans ce document n'a pas de vocation à répondre aux situations, besoins ou questions individuelles. Ce document n'a pas pour but de donner une description exhaustive du contexte légal, de la jurisprudence ou de la doctrine, ni du/des service(s) financier(s) fourni(s) par la Banque Degroof Petercam. Bien que toutes les précautions aient été prises pour assurer l'exactitude des informations contenues dans ce document et que la Banque Degroof Petercam a fait appel à des sources qu'elle juge fiables, la Banque ne peut garantir l'exactitude ou l'exhaustivité de l'information reprise. Ni la Banque Degroof Petercam, ni ses sociétés liées, administrateurs, conseillers ou employés ne peuvent être tenus responsables de toute information incorrecte, incomplète ou manquante, ou de tout dommage direct ou indirect, perte, coût, réclamation ou autre dépense qui résulterait de l'utilisation de ce document, sauf en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave.

Le document présent ne peut en aucun cas être copié ou divulgué sans autorisation préalable et écrite de la Banque Degroof Petercam.

Banque Degroof Petercam est autorisée par et sous la surveillance prudentielle de la Banque nationale de Belgique, boulevard de Berlaimont 14, 1000 Bruxelles, sous la supervision de la protection des investisseurs et des consommateurs de l'Autorité des services et des marchés financiers (Financial Services and Markets Authority – FSMA), rue du Congrès 12-14, 1000 Bruxelles.

Editeur responsable: Banque Degroof Petercam

Adresse légale: Banque Degroof Petercam SA, rue de l'Industrie 44, 1040 Brussel

TVA: BE 0403.212.172 (RPM Bruxelles) - FSMA 040460 A»