Emprunts ou modifications ?

Selon la directive ATAD, si le régime transitoire est perdu à la suite d'une modification à un emprunt, cette perte est limitée aux conséquences de cette modification. Le régime transitoire reste d'application pour ce qui concerne les conditions de l'emprunt telles que conclues initialement (voyez ci-avant, considérant 8 de la directive ATAD). Par exemple, en cas d'augmentation du montant de l'emprunt (le montant emprunté passe p.ex. de 1 million EUR à 1,5 million EUR), seuls les intérêts sur le montant complémentaire (soit 0,5 million EUR) seraient soumis à la nouvelle limitation.

Le législateur belge semble toutefois ne pas avoir fait le même choix d'une distinction entre anciennes et nouvelles conditions. Il ressort d'une lecture littérale de la loi que ce sont les 'emprunts' dans leur ensemble qui bénéficient ou non du régime transitoire. Cela signifie qu'un 'ancien' emprunt tombe intégralement sous la nouvelle limitation dès qu'une modification fondamentale y est apporté.

Ce point est confirmé par l'Administration. Selon la circulaire, une modification fondamentale apportée à partir du 17 juin 2016 a pour conséquence que *"cet emprunt dans son entièreté est exclu intégralement de la clause de 'grandfathering'. Par conséquent, tous les intérêts relatifs à cet emprunt et ayant trait à la période suivant la modification fondamentale seront, en principe, entièrement pris en compte pour la limitation de la déduction des intérêts"* (circ., point 11).

Nous ne pouvons que regretter ceci. L'objectif du régime transitoire est "de *faciliter* la transition" vers les nouvelles règles (considérant 8, ATAD). Il aurait par conséquent été opportun de préserver toutes les conditions et charges d'intérêt existantes.

Conclusion

Le régime transitoire qui accompagne la nouvelle limitation de déduction des intérêts a déjà fait couler beaucoup d'encre. L'enjeu est important; il y va de la soumission ou non à la nouvelle règle de déduction des intérêts.

La circulaire, et plus particulièrement les précisions qu'elle contient selon lesquelles certaines modifications prévues contractuellement ne seront pas jugées comme fondamentales, sont donc les bienvenues. Il apparait toutefois que le concept de 'modification fondamentale' est interprété de façon très large, de sorte que même des modifications sans incidence sur la charge fiscale de déduction des intérêts (et, partant, sans incidence sur la déduction à l'impôt des sociétés) peuvent être considérées comme fondamentales et avoir pour conséquence que les intérêts de cet emprunt tombent dans le champ d'application de la nouvelle limitation. Une certaine flexibilité sur ce point aurait manifestement été souhaitable.

Il faut toutefois noter que l'application du régime transitoire n'est pas toujours une sinécure. A défaut pour ce régime de s'appliquer certaines sociétés restent dans le champ d'application des règles de sous-capitalisation pour les emprunts 'intra-groupe'. Ces règles peuvent se révéler (bien) plus sévères que la limitation ATAD de déduction des intérêts à 30 % de l'EBIDA.

Matthieu Possoz
Bart Buytaert

Revenus mobiliers

'Taxe sur l'épargne' et parts acquises avant 2018 : le fisc suit le ministre

L'Administration précise le champ d'application de la 'taxe sur l'épargne' à propos de certains 'organismes de placement collectif alternatifs' (OPCA) : elle confirme que ces OPCA ne tombent dans le champ d'application de la taxe que depuis la modification légale de fin 2017 (circ. 2019/C/95 du 25 septembre 2019). Elle s'incline ainsi devant la réponse du ministre des Finances à une question parlementaire du début de cette année.

Antécédents

La plus-value qu'une personne physique réalise à l'occasion de la vente ou du rachat de parts d'un organisme de placement est imposée en tout ou partie au titre d'intérêts (et est donc soumise au Pr.M.) si l'organisme a investi ses actifs sous-jacents pour au moins un certain pourcentage dans des créances (ce pourcentage qui a trait à *l'asset test*, s'élevait à 25 % mais a été ramené à 10 % en ce qui concerne les parts acquises à partir du 1er janvier 2018). Il s'agit de la 'taxe sur l'épargne' prévue par l'article 19*bis*, CIR 1992.

Initialement, la taxe visait uniquement les fonds européens 'avec passeport européen' et les fonds établis en dehors de l'Espace économique européen (EEE). A partir du 1er juillet 2013, le champ d'application fut étendu et les fonds européens 'sans passeport européen' furent également soumis au régime.

Pour les fonds établis au sein de l'EEE, le texte légal continua toutefois de se référer à la notion 'd'organisme de placement collectif en valeurs mobilières', en abrégé 'OPCVM', une notion que l'on utilise en principe uniquement pour les fonds 'avec' passeport européen.

Cette confusion créa une incertitude dans le chef des intermédiaires financiers belges lorsqu'il s'agissait de déterminer les produits visés par la taxe de manière à pouvoir remplir leur obligation de retenue du Pr.M. en cas de rachat ou de négociation. Cette incertitude concernait plus précisément certains OPCA qui en raison de la nature ou de la diversification insuffisante de leurs investissements ne peuvent 'pas' acquérir le passeport européen.

Administration

Dans sa circulaire du 25 octobre 2013 (AGFisc. n° 41/2013) relative à la modification légale de 2013, l'Administration indiquait, sur base de la législation financière applicable à l'époque (loi du 3 août 2012), les types de fonds visés par la taxe et ceux qui y échappent.

Selon les numéros 26 à 28 de la circulaire, les fonds qui investissent les moyens financiers recueillis dans une des catégories mentionnées à l'article 7, al. 1, 3° à 9° de la loi du 3 août 2012 demeuraient en dehors du champ d'application de la taxe sur l'épargne. Il s'agissait plus précisément des investissements en :

- "3° matières premières, options et contrats à terme sur matières premières",
- "4° options et contrats à terme sur valeurs mobilières, devises et contrats sur indices boursiers",
- "5° biens immobiliers",
- "6° capital à haut risque",
- "7° créances détenues par des tiers et cédées à l'organisme de placement collectif par une convention de cession dans les conditions et modalités fixées par le Roi",
- "8° instruments financiers émis par des sociétés non cotées", et
- "9° autres placements autorisés par le Roi".

Via un 'addendum' du 8 avril 2016, l'Administration supprima toutefois ces exceptions à partir du 1er juillet 2016 et retira les numéros 26 à 28 précités. En conséquence, chaque OPCVM – quelle que soit sa politique d'investissement – était désormais visé par la taxe (s'il répondait à *l'asset test*); (voyez *Fisco.* 2016, n° 1473, p. 3; pour un commentaire critique, voyez *Fisco.* 2017, n° 1546, p. 7).

Législateur

Le législateur est ensuite intervenu via la loi-programme du 25 décembre 2017 en ne faisant plus référence, dans le texte légal (art. 19*bis*, CIR 1992), aux 'OPCVM' ('organismes de placement collectif en valeurs mobilières'), mais bien à la notion plus générale 'd'OPC' ('organisme de placement collectif'). Il n'était dès lors plus fait référence aux seuls placements 'en valeurs mobilières'. Le but était notamment de préciser que les 'organismes de placement collectif alternatifs' (OPCA) qui n'investissent pas uniquement en valeurs mobilières tombent également dans le champ d'application de la taxe. Cette modification légale s'applique aux revenus payés ou attribués relatifs à des parts d'organisme de placement collectif acquises à partir du 1er janvier 2018 (voyez *Fisco.* 2017, n° 1546, p. 7).

Ministre des Finances

Mais *quid* des parts de tels OPCA acquises avant cette dette ? Sont-elles tout de même visées par la taxe eu égard à 'l'addendum' de l'Administration de 2016? Autrement dit, pouvait-on considérer que la modification légale n'était qu'une 'légalisation' de 'l'addendum' ?

La réponse du ministre des Finances à une question parlementaire du début de cette année indiqua que ce n'était pas le cas. Pour les placements antérieurs au 1er janvier 2018, le caractère liquide ou non des placements du fonds continue à jouer un rôle essentiel. Le ministre s'appuyait à cet effet sur les travaux préparatoires de la modification légale précitée et la définition de 'valeurs mobilières' dont il est question dans ces travaux préparatoires (voyez *Fisco.* 2019, n° 1605, p. 6).

Cela signifie concrètement qu'avant le 1er janvier 2018, les OPCVM suivants n'étaient pas compris dans le champ d'application de la taxe sur l'épargne : les fonds dont les placements ont un caractère *"assez illiquide"*, de sorte qu'ils ne peuvent jamais obtenir de passeport européen, ou dont les placements ont pour effet de fermer le fonds dès lors qu'ils ne peuvent pas être liquidés lorsqu'un investisseur souhaite sortir du fonds.

Mais malgré ces précisions du ministre, l'incertitude demeurait dans le secteur financier, car 'l'addendum' du 8 avril 2016 existait toujours. En conséquence, la clarification n'était pas toujours appliquée sur le terrain.

La circulaire met fin à l'incertitude qui régnait en raison du fait que 'l'addendum' existait toujours

Retrait de l'addendum

La nouvelle circulaire met fin à cette incertitude. L'Administration y confirme en effet que *"les*

principes énoncés dans les travaux préparatoires de la LP 25.12.2017 et dans la réponse [du ministre des Finances] précitée [...] prévalent sur les indications antérieures qui figurent dans l'addendum du 08.04.2016 à la circulaire du 25.10.2013. En d'autres termes, il faut considérer que l'addendum du 08.04.2016 est retiré et que, partant, les numéros 26 à 28 de la circulaire du 25.10.2013 sont censés ne jamais avoir été supprimés". "Ainsi, pour les opérations relatives à des parts acquises avant le 01.01.2018, les principes contenus dans ces numéros, – et notamment la liste des catégories de placement dans lesquelles un OPC peut investir sans être qualifié d'OPCVM au sens de [l'ancien] art. 19bis, CIR 92 –, restent applicables" (n° 17).

Soulignons que le texte des numéros 26 à 28 de la circulaire du 25 octobre 2013 renvoie toujours aux articles précités de la loi du 3 août 2012. Or, la loi du 19 avril 2014 "relative aux organismes de placement collectif alternatifs et à leurs gestionnaires" les a abrogés, leur texte étant repris intégralement à l'article 183 de la nouvelle loi (à l'exception de l'ancienne catégorie "3° matières premières"). Cet article indique littéralement ce qui suit :

En ce qui concerne la présomption de la date d'acquisition, la circulaire semble anticiper sur un avant-projet de loi récemment approuvé

"Un OPCA public est tenu d'opter pour le placement des moyens financiers qu'il recueille dans une des catégories de placements autorisés énumérées ci-après :

1° (...)
2° options et contrats à terme sur valeurs mobilières, devises et contrats sur indices boursiers;
3° biens immobiliers;
4° capital à haut risque;
5° instruments financiers émis par des sociétés non cotées;
6° autres placements autorisés par le Roi.

Le Roi, par arrêté pris sur avis de la FSMA, définit les catégories de placements autorisés visées à l'alinéa 1er [...]".

Reste à savoir quel en sera l'impact concret pour les personnes physiques qui, avant le 1er janvier 2018, ont par exemple acquis des parts dans :

• des pricafs (qui tombent sous l'art. 183, 4° précité) qui investissent en principe dans des actions, mais peuvent en outre détenir une partie de leurs actifs à titre de créances,

• des fonds immobiliers (qui tombent sous l'art. 183, 3° précité) qui n'investissent pas nécessairement directement dans des biens immobiliers, mais peuvent aussi investir dans des créances de sociétés immobilières ou dans des certificats immobiliers,

• des '*index trackers*' (qui tombent sous l'art. 183, 2° précité) qui investissent dans des indices de placements à revenu fixe,

• des fonds qui investissent dans des *futures* et autres produits dérivés,

• des *hedge funds*, etc.

De telles personnes pouvaient – et peuvent toujours – sortir sans Pr.M., même si les placements consistaient ou consistent toujours pour plus de 25 % (ancien pourcentage de *l'asset test*) en des créances.

L'Administration confirme dans sa circulaire que les contribuables qui ont "le cas échéant" "subi une imposition de revenus relativement à des parts d'OPCVM acquises avant le 1er janvier 2018" alors que, "– compte tenu de ce qui précède, – [ils] se trouvent hors [du] champ d'application de [la taxe sur l'épargne], peuvent introduire une réclamation en vue d'obtenir la restitution de l'impôt payé (art. 366 et s., CIR 1992)"; (n° 18).

Autres précisions

• Comme indiqué, la nouvelle formulation de l'article 19*bis*, CIR 1992, dans laquelle il est dorénavant fait référence aux 'OPC', s'applique aux parts acquises à partir du 1er janvier 2018.

Quid lorsque le titulaire ne peut pas démontrer à quelle date il a acquis des parts qui n'entrent dans le champ d'application de la taxe sur l'épargne qu'à partir du 1er janvier 2018 ? Selon la circulaire, il est alors censé avoir acquis ces parts le 1er janvier 2018, "avec pour effet d'inclure l'opération (cession des parts, rachat, partage partiel ou total de l'OPC) dans le champ d'application" de la taxe sur l'épargne. "Dans cette hypothèse, le revenu imposable est calculé à partir de cette même date" (voyez n° 21).

La circulaire semble ainsi anticiper sur l'avant-projet de loi qui a été approuvé il y a deux semaines en Conseil des ministres et qui inscrit une telle présomption dans la loi (*Fisco.* 2019, n° 1626, p. 15).

• Enfin, la circulaire contient un certain nombre de règles de détermination de la base imposable dans l'hypothèse où les parts ont été acquises par 'donation' (n° 22).

Dirk Coveliers