

## SOMMAIRE

- p. 1/ Déclarations et garanties lors de la cession d'actions : pourquoi ?
- p. 5/ Examen de la nouvelle déduction pour revenus d'innovation

## Déclarations et garanties lors de la cession d'actions : pourquoi ?

On les trouve souvent en annexe à un 'SPA' ou contrat de cession d'actions : les déclarations et garanties ou, dans le jargon professionnel, les '*representations and warranties*'. Le fait qu'elles ne constituent qu'une annexe, donne une image faussée de leur importance. Après la cession, la partie dédiée aux déclarations et garanties est en effet la partie du contrat qui est mise sur la table et que les deux parties examinent à la loupe afin d'assurer leurs arrières. Il n'est donc pas inutile de donner quelques explications à son sujet.

Lorsque l'acheteur et le vendeur négocient, le prix constitue un élément essentiel - sinon l'élément principal - des négociations. A la clôture des négociations, l'acheteur et le vendeur conviennent d'un prix dans lequel ils s'y retrouvent tous les deux. Ce prix n'est pas déterminé à la légère. Au contraire : il est basé sur des chiffres et des informations qui ont été en partie mis à disposition par le vendeur et en partie demandés et examinés par l'acheteur. Dans le meilleur des cas, l'affaire est close.

Mais il n'est pas rare qu'après coup, l'acheteur soit convaincu d'avoir payé trop pour les actions et qu'il veuille récupérer une partie du prix d'achat. Il y a pour l'essentiel quatre techniques auxquelles l'acheteur peut recourir pour parer aux conséquences financières dans un contrat de cession d'actions : (i) les conditions suspensives, (ii) les déclarations et garanties, (iii) les garanties particulières et (iv) les actes posés lors de la clôture de la transaction. Les déclarations et garanties occupent une place centrale parmi ces techniques. Les trois autres techniques seront dépeintes brièvement afin d'aider à

mieux comprendre l'importance de la technique des déclarations et garanties dans l'ensemble des accords juridiques concernant une cession d'actions. La M&A Survey 2016 (étude sur les fusions et acquisitions)<sup>1</sup> traduit les usages actuels en résultats clairs.

### 1. L'information au service de la rentabilité

Dès le moment où l'acheteur estime qu'il a payé trop pour les actions, il va se mettre à éplucher les chiffres et informations mis à disposition par le vendeur. Une bonne compréhension des techniques suppose par conséquent une connaissance de la valeur juridique des informations divulguées dans le cadre de la transaction.

Le vendeur met des informations à la disposition de l'acheteur tout au long du processus transactionnel. Les premiers chiffres et informations sont divulgués à l'entame des négociations. Dans l'état actuel de la pratique transactionnelle, la majorité des transactions reposent sur un accord de confidentialité et sur une lettre d'intention<sup>2</sup>. La M&A Survey 2016 montre que

1 La M&A Survey sonde, depuis déjà une petite dizaine d'années, les usages dans la pratique belge des fusions et acquisitions. Les résultats de la quatrième édition, qui porte sur les transactions pendant la période de 2012 à 2016, viennent tout juste d'être publiés dans *Revue pratique des sociétés/ Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* (TRV-RPS 2017, 251-272). Cette étude a été menée par B. BELLEN (contrast European & Business law) avec la collaboration d'E. ALBOORT, I. SCHOCKAERT, J. DOCX, I. MOLDENAERS et B. HERMANS et avec le soutien de M. ROELANTS, T. HERREMANS, A. TOLPE, S. LENAERS et K. PUT et est appelée, en abrégé, la "M&A Survey 2016".

2 TRV-RPS 2017, 253-255.

dans 58% des transactions examinées, un accord de confidentialité a été signé et que dans 77% des transactions examinées, une lettre d'intention ou un document similaire a été signé.<sup>3</sup> Ces documents contiennent déjà les éléments clés de la transaction.

Dans pratiquement tous les cas, une dataroom (chambre de données) physique et/ou virtuelle est ensuite ouverte<sup>4</sup>. Il ressort de la M&A Survey 2016 que c'est le cas dans 94% des transactions. C'est cette dataroom que l'acheteur doit passer au crible pour se faire une idée de la société dont il achète les actions. Il s'agit de la phase de *due diligence* (vérifications nécessaires). A ce stade, l'acheteur aura généralement encore la possibilité soit de renoncer à la transaction, soit de prétendre à une réduction du prix s'il perçoit des éléments qui ne lui plaisent pas ou qui risquent d'influencer négativement la valeur (future) de la société.

En divulguant des informations, le vendeur peut donc influencer le prix qu'il percevra. De ce fait, il peut être enclin à taire certaines informations préjudiciables. C'est toutefois un jeu risqué. Bien que l'acheteur ait un devoir d'investigation et que ce devoir d'investigation pèse plus lourd lorsque l'acheteur est un professionnel, le vendeur s'expose à des actions pour vices de consentement (tels que le dol et l'erreur) s'il tait des éléments importants par crainte de percevoir un prix d'achat plus faible. A cet égard, le vendeur a intérêt à informer l'acheteur en toute transparence.

Si, au terme de la phase de *due diligence*, l'acheteur choisit de poursuivre la transaction et décide en connaissance de cause de ne pas demander de réduction de prix, il existe plusieurs autres techniques juridiques auxquelles il peut recourir afin de s'assurer qu'une erreur dans les informations divulguées pourra donner lieu à un ajustement du prix d'achat après la réalisation de la vente. Ces techniques se reflètent dans le contrat de cession d'actions. Le contrat de cession d'actions met dès lors un point final à la collecte d'informations.

## 2. La *corporate due diligence* (vérifications nécessaires sur la société) en quelques mots

Les techniques à la disposition de l'acheteur seront explicitées au travers de plusieurs questions susceptibles de se poser lors de la réalisation d'une *'corporate*

*due diligence*'. Dans un processus de *corporate due diligence*, l'accent est mis, d'une part, sur le contrôle de l'actionnariat et, d'autre part, sur le contrôle du fonctionnement de la société.

Le premier comprend l'analyse des conventions d'actionnaires, des documents relatifs aux émissions de titres et des registres de titres à la recherche des faits susceptibles d'affecter les droits attachés aux actions. Le second concerne les procès-verbaux des organes de la société, la composition des organes... et vise à évaluer si la société fonctionne conformément au Code des sociétés. Les comptes annuels et les statuts sont importants pour les deux types de contrôle.

Le contrôle de l'actionnariat peut révéler l'existence de limitations en matière de cession, comme des droits de préemption ou une condition d'approbation par le conseil d'administration. En outre, il peut y avoir, parallèlement aux actionnaires, d'autres détenteurs de titres, tels que les détenteurs de warrants ou les détenteurs de parts bénéficiaires, qui peuvent prétendre à des droits de vote et/ou à une part des bénéfices de la société. Le cas du registre des actionnaires manquant est bien connu. Ou celui de la société qui s'avère avoir une filiale lourdement déficitaire. Ou encore celui de la société dont les actions s'avèrent n'avoir pas été entièrement libérées ou s'avèrent être réunies entre les mains d'une seule et même personne, de sorte que les actions peuvent être grevées d'obligations de paiement supplémentaires.

Parmi les questions qui reviennent fréquemment lors du contrôle du fonctionnement de la société, il y a la violation de la procédure de la sonnette d'alarme ou de la procédure en cas de conflit d'intérêts ou encore le dépôt tardif des comptes annuels.

Chacune des questions ci-dessus mérite d'être abordée plus en détail. Le but de leur mention dans le présent document est seulement d'illustrer comment le contrat de cession d'actions répond à certaines de ces questions.

## 3. Commentaire des techniques à la disposition de l'acheteur

### 3.1. Conditions suspensives

La condition suspensive est la technique la plus radicale. En l'occurrence, l'acheteur et le vendeur conviennent que la transaction n'aura pas lieu si la condition n'est pas remplie. Dans certains cas, la loi impose l'utilisation d'une condition suspensive, par exemple, lorsque

<sup>3</sup> TRV-RPS 2017, 253 et 254.

<sup>4</sup> TRV-RPS 2017, 255-256.

l'approbation préalable de l'autorité de concurrence est requise. Cela explique également pourquoi on retrouve plus souvent des conditions suspensives dans les transactions d'une valeur plus élevée<sup>5</sup>.

L'acheteur pourrait, par exemple, exiger comme condition suspensive la cession préalable d'une filiale déficitaire ou la reconstitution du registre des actionnaires (qui doit avoir lieu sous la responsabilité du conseil d'administration de la société dont les actions sont cédées).

L'inconvénient de cette technique (en plus de rendre incertaine la réalisation de la transaction) est qu'une condition suspensive reporte l'entrée en vigueur de la cession. Dans ce cas, il faut par conséquent procéder en deux phases : une phase de '*signing*' (signature) et une phase de '*closing*'<sup>6</sup> (conclusion). Lorsque les conditions suspensives ne constituent pas une obligation légale, l'acheteur conserve la possibilité de renoncer à la condition suspensive s'il s'avère que cette condition ne sera pas remplie mais que l'acheteur est quand même disposé à acheter les actions.

### 3.2. Déclarations et garanties

La deuxième technique consiste à reprendre des déclarations et garanties dans le contrat de cession d'actions. Le vendeur fait certaines déclarations à l'acheteur concernant l'état des actions et de la société au moment de la cession des actions. A cet égard, il informe l'acheteur que ces déclarations sont correctes et complètes et qu'elles ne sont pas trompeuses. Ces déclarations sont des obligations de résultat du vendeur, liées à une garantie.

S'il s'avère par la suite qu'une déclaration était inexacte, l'acheteur a le droit d'exiger un remboursement du vendeur. Cette demande de remboursement est scindée en deux grandes catégories : d'une part, il y a les 'garanties passives', dans le cadre desquelles la société dont les actions ont été vendues peut demander un remboursement (en principe illimité). D'autre part, il y a les 'garanties de révision du prix' qui autorisent l'acheteur à demander lui-même un remboursement au vendeur. Ce dernier type de garantie est qualifié de révision du prix. Le remboursement effectué sur cette base est en

principe limité au moment du prix d'achat. Les deux garanties font l'objet d'un traitement fiscal différent.

La technique des *representations and warranties* est très répandue. Il ressort de la M&A Survey 2016 que tous les contrats de cession d'actions considérés contiennent des déclarations et garanties, dont l'immense majorité est basée sur une liste standard<sup>7</sup>.

En ce qui concerne la *corporate due diligence*, l'acheteur demande e.a. au vendeur de déclarer et de garantir que le vendeur est le propriétaire des actions, qu'il n'y a pas d'autres ayants droit aux actions et qu'il n'existe pas d'autres titres. En ce qui concerne le fonctionnement de la société, le vendeur déclare et garantit e.a. que la société a respecté les formalités du Code des sociétés et que sa continuité n'est pas menacée.

### 3.3. Garanties particulières

Si l'acheteur s'aperçoit pendant la due diligence qu'il y a des problèmes qui empêchent le vendeur de faire les déclarations et de donner les garanties habituelles, il est indiqué de recourir à la troisième technique : la garantie particulière. Dans le cadre de cette troisième technique, on distingue deux types différents de garanties particulières.

D'une part, il y a les garanties particulières 'non liées à un problème' qui sont en fait des déclarations et garanties renforcées concernant certains aspects à propos desquels les parties conviennent que les limitations de responsabilité du vendeur (voy. ci-après le titre 4) ne sont pas d'application. C'est le cas pour les déclarations et garanties dites 'fondamentales'. Les parties qualifient notamment de particulières les garanties données concernant les déclarations relatives à l'actionnariat, parce que, sans les droits de pleine propriété sur les actions, l'acheteur n'est pas ou, à tout le moins, pas pleinement actionnaire.

D'autre part, il y a les garanties particulières 'liées à un problème'. L'acheteur a décelé un problème dans le processus de due diligence et le vendeur et l'acheteur élaborent des règles de remboursement particulières pour ce problème. Si, par exemple, la société fait l'objet d'une procédure judiciaire engagée par un tiers qui invoque avoir subi un préjudice parce que la procédure en cas de conflit d'intérêts n'a pas été suivie, les parties peuvent convenir que, si la procédure

<sup>5</sup> On en retrouve dans 37% des plus petites transactions (moins de 10 millions d'EUR) et dans 90% des grosses transactions (à partir de 100 millions d'EUR) (M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 268).

<sup>6</sup> Concernant la prédilection de la pratique transactionnelle belge pour les termes anglais, voyez : M. ROELANTS, "'Opzij'- In het Engels gaantransactiesvooruit", TRV 2013 (numéro spécial pour les 25 ans de RPS), 52.

<sup>7</sup> M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 260).

judiciaire débouche sur une condamnation, le vendeur paiera un montant déterminé à l'acheteur.

### 3.4. Actes posés pendant et après la clôture (*closing*) de la transaction

La quatrième technique consiste à poser certains actes au moment du *closing* ou juste après. Cette technique est plus importante pour une *corporate due diligence* que pour d'autres domaines de la due diligence. La cession des actions doit ainsi être enregistrée dans le registre des actionnaires de la société, de façon à ce que l'acheteur soit également considéré à l'égard des tiers et de la société comme le propriétaire des actions qu'il a acquises. Les différents organes (conseil d'administration ou assemblée générale) se réuniront ensuite pour prendre les décisions nécessaires (révocation et nomination d'administrateurs (préposés à la gestion journalière), attribution de nouveaux mandats). Il importe que ces actes soient correctement posés, tant pour la position de l'acheteur en tant qu'actionnaire que pour le fonctionnement de la société après la transaction.

## 4. Protection du vendeur contre les techniques de l'acheteur

L'acheteur s'efforcera d'intégrer un maximum des techniques susmentionnées dans le contrat de cession d'actions. Le vendeur, de son côté, ne restera pas les bras croisés. Il voudra limiter autant que possible le risque que l'acheteur n'intente une action contre lui. Si l'acheteur intente quand même une action, le vendeur voudra limiter autant que possible le montant à payer, de façon à préserver le rendement réalisé grâce à la transaction.

On peut déduire de la M&A Survey 2016 que les vendeurs ne refusent pas de faire des déclarations et de donner des garanties et qu'ils sont disposés à accepter (au moins) une liste standard de déclarations et de garanties<sup>8</sup>. Ce qui insiste une fois encore sur l'importance du processus de collecte d'informations. Bien que le vendeur accepte la liste standard, il fait remarquer par la même occasion que les faits en rapport avec les informations reprises dans la dataroom sont supposés être connus de l'acheteur, avec pour conséquence que l'acheteur n'a plus le droit de réclamer un remboursement au vendeur concernant ces faits. Ce processus est le processus de '*disclose*' (divulgaration). Nous renvoyons à nouveau à la M&A Survey 2016, dont il ressort que, dans

77% des cas, la dataroom est 'disclosed' de la sorte<sup>9</sup>. Si, par exemple, il y a dans la dataroom un procès-verbal d'un conseil d'administration qui indique qu'il se peut qu'il y ait encore des détenteurs de warrants, l'acheteur sera supposé en avoir été informé, même si le vendeur déclare et garantit dans la liste standard qu'il n'y a pas de détenteurs de warrants. Mais même si l'information n'a pas été contractuellement 'disclosed', certains juges estiment que l'acheteur ne peut pas exiger de remboursement s'il savait ou aurait dû savoir, sur la base de ce qu'il a vu ou a pu voir dans la dataroom, que la déclaration et la garantie relatives à ces faits n'étaient pas correctes.

Au lieu d'argumenter concernant sa responsabilité proprement dite, le vendeur se concentrera sur les conditions connexes (modalités) de sa responsabilité: il commencera par limiter sa responsabilité dans le temps. Il ressort de la M&A Survey 2016 qu'il le fait dans 96% des cas et que la période de responsabilité est d'environ deux ans. Une remarque importante à cet égard est qu'il est courant pour des matières telles que les impôts, l'emploi et la sécurité sociale, de stipuler des délais distincts, calqués sur les délais de prescription<sup>10</sup>. Le vendeur limitera ensuite le montant de sa responsabilité (le '*cap*')<sup>11</sup>. D'autres techniques consistent à n'autoriser l'introduction d'une action qu'à partir d'un montant minimum déterminé<sup>12</sup>, ou à exiger qu'un seuil financier déterminé soit atteint avant qu'un remboursement puisse être demandé<sup>13</sup>. Ce afin d'éviter que l'acheteur n'intente trop rapidement des actions.

Enfin, la technique des conditions suspensives peut également jouer en la faveur du vendeur, par exemple, lorsque l'acheteur accorde une importance essentielle à certaines conditions qui risquent de ne pas se réaliser ou lorsque le vendeur veut imposer des exigences financières à l'acheteur lui-même<sup>14</sup>. Le défi consiste à limiter le nombre de conditions suspensives et à les définir clairement, de façon à ce que leur (non-)réalisation ne génère aucune discussion.

8 Tel qu'indiqué ci-avant, tous les contrats de cession d'actions examinés contiennent une liste de déclarations et garanties qui, dans pratiquement tous les cas, est basée sur une liste standard (M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 260).

9 M&A Survey 2016, TRV-RPS 2017, 262.

10 Il ressort par exemple de la M&A Survey que dans 90% des transactions examinées, un délai spécial est prévu en matière fiscale, et dans 67% des cas, en matière de sécurité sociale (TRV-RPS 2017, 263-265).

11 Selon la M&A Survey 2016, c'est le cas dans 92% des contrats de cession d'actions (TRV-RPS 2017, 266). Il a notamment été examiné dans le cadre de l'étude, si le montant du '*cap*' était influencé par le fait qu'une procédure d'appel d'offres était organisée pour les actions (TRV-RPS 2017, 266-267).

12 Selon la M&A Survey 2016, c'est le cas dans 82% des contrats de cession d'actions (TRV-RPS 2017, 265).

13 C'est le cas dans 79% des contrats de cession d'actions (M&A Survey, TRV-RPS 2017, 265).

14 Il ressort de la M&A Survey que les parties ne mentionnent l'obtention par l'acheteur d'un financement bancaire comme condition suspensive que dans une minorité de cas (12%) (TRV-RPS 2017, 268).

## 5. Conclusion : les déclarations et garanties demeurent nécessaires

Tout acheteur peut invoquer la protection du Code civil : l'acheteur peut se retourner contractuellement contre le vendeur en cas de défaut de conformité (article 1604 C. civ.), le vendeur doit garantir à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue (article 1626 C. civ.) et l'acheteur peut introduire une action pour défauts cachés (article 1641 C. civ.). Pourquoi les déclarations et garanties sont-elles davantage nécessaires lors de la vente d'actions que lors de la vente d'autres choses ?

Depuis le début du siècle passé déjà, la doctrine et la jurisprudence sont d'avis que cette protection ne s'applique qu'à l'objet direct de la cession, en l'occurrence les actions, et non au patrimoine sous-jacent de la société. Pour les défauts dont les actions elles-mêmes sont entachées, un recours aux garanties légales est donc concevable, mais pour ce qui est du fonctionnement de la société, c'est déjà plus compliqué et cela devient carrément complexe lorsqu'il s'agit du patrimoine sous-jacent ou, par exemple, des mauvais résultats de la société.

Qui plus est, la protection légale est essentiellement de droit supplétif, de sorte que les parties peuvent conve-

nir que ce régime n'est pas d'application. Dans bon nombre de contrats de cession d'actions, la protection légale est d'ailleurs délibérément exclue, de sorte que le vendeur est assuré que l'acheteur ne pourra intenter d'action contre lui que si le contrat de cession d'actions l'y autorise. Vu sous cet angle, les déclarations et garanties offrent également une certaine sécurité juridique au vendeur.

Autrement dit, les déclarations et garanties sont et restent un élément indispensable de tout contrat de cession d'actions, sauf si un revirement devait se produire dans la jurisprudence et la doctrine qui ferait que la protection légale est réputée s'étendre également au patrimoine sous-jacent de la société dont les actions sont vendues. Il est par conséquent conseillé de faire appel à un spécialiste des fusions et acquisitions (M&A) lors de la conclusion d'un contrat de cession d'actions. Enfin, le lecteur peut toujours consulter la M&A Survey 2016 pour des résultats plus détaillés concernant la pratique transactionnelle belge actuelle.

Marijke ROELANTS  
Avocate au barreau de Bruxelles

# Examen de la nouvelle déduction pour revenus d'innovation

*L'an dernier, le législateur belge a supprimé l'ancien régime de déduction pour revenus de brevets, désormais remplacée par une nouvelle « déduction pour revenus d'innovation » (loi du 9 février 2017, M.B. 20 février 2017). Dans la présente contribution, nous commenterons en détail le nouveau régime. Les principales modifications par rapport au régime précédent sont l'élargissement du champ d'application, le calcul de la déduction sur les revenus nets et l'introduction de l'approche Nexus, qui fait le lien entre les revenus d'innovation et les dépenses d'innovation.*

## Déduction pour brevets

La loi du 27 avril 2007 avait introduit le régime fiscal pour les revenus de brevets dans notre pays. Les revenus de brevets sont les licences obtenues ou, si

la société exploite également elle-même les produits brevetés, ce qu'on appelle les « royalties incluses ». Il s'agit de la part du prix de vente du produit (ou du service) qui est attribuable au brevet. Il convient pour ainsi dire de déterminer une redevance hypothétique qu'une entreprise indépendante serait prête à payer pour une licence du brevet.

Pour ce qui concerne la définition du « brevet », il y a lieu de se référer à la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention. En vertu de cette loi, un « brevet d'invention » ou « brevet » est un titre qui accorde un droit exclusif et temporaire d'exploitation pour toute invention qui est nouvelle, implique une activité inventive et est susceptible d'application industrielle. En plus des brevets belges, les brevets européens et internationaux sont également éligibles pour la déduction.

L'ancien système prévoyait que les sociétés pouvaient exonérer de l'impôt des sociétés 80 % des revenus bruts de leurs brevets. Cela représentait un taux d'imposition réel de 6,8 % pour les revenus de brevets (20 % du taux de l'impôt des sociétés, qui est de 33,99 %).

## Influence de l'OCDE

Sous la pression de l'OCDE, l'ancienne déduction pour brevets a été supprimée le 1<sup>er</sup> juillet 2016 (loi du 3 août 2016 portant des dispositions fiscales urgentes, *M.B.* 11 août 2016). En effet, le régime de l'époque ne remplissait pas les conditions en matière « *de transparence et de substance* » du point d'action 5 « Pratiques fiscales dommageables » du plan BEPS de l'OCDE. En résumé, l'ancien régime ne pouvait pas offrir suffisamment de transparence et ne pouvait pas garantir que c'était la société (et le pays) dans lesquels les travaux de recherche et développement avaient réellement été exécutés qui avaient bénéficié de la déduction pour brevets.

Autrement dit, la déduction pour brevets permettait des transferts de bénéfices au sein de groupes (multinationaux). Outre le régime belge, quinze autres régimes PI<sup>1</sup> étrangers analogues ont également été considérés comme non conformes par l'OCDE.

## Régime transitoire jusqu'au 30 juin 2021

L'OCDE a donné aux pays la possibilité d'introduire un régime transitoire pour les régimes en place. La Belgique a usé de cette possibilité. Pour les brevets octroyés ou demandés avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016, de même que pour les brevets ou droits de licence acquis avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016, dont les produits ou procédés brevetés ont ensuite été améliorés, la déduction pour brevets pourra encore être appliquée jusqu'au 30 juin 2021.

Pour éviter les abus au sein d'un groupe de sociétés, le régime transitoire ne peut pas être appliqué pour les brevets acquis directement ou indirectement, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, d'une société associée, lorsque ces brevets ne sont pas éligibles pour la déduction pour brevets (ou un régime étranger analogue) dans le chef de la société transférante.

Les sociétés qui sont titulaires de brevets octroyés ou demandés avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016 doivent donc choisir entre le régime existant de la déduction pour brevets ou le nouveau régime de la déduction pour revenus

d'innovation. Il est important de savoir que ce choix est irrévocable pour les périodes imposables qui se clôtureront avant le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

## Déduction pour revenus d'innovation (nouvel art. 205/1 - 4 CIR 92): champ d'application

La nouvelle déduction peut s'appliquer aux revenus des droits de propriété intellectuelle suivants, dont la société est pleine propriétaire, copropriétaire, usufruitière, titulaire de licence ou titulaire de droits :

- un brevet ou certificat complémentaire de protection ;
- un droit d'obtention végétale dont la demande a été introduite au plus tôt le 1<sup>er</sup> juillet 2016 ou, dans le cas d'un droit d'obtention végétale acquis, qui a été acquis après le 30 juin 2016 ;
- un médicament orphelin (un médicament orphelin est un médicament destiné à soigner une maladie rare), limité aux dix premières années de son inscription comme tel auprès du Registre européen des médicaments orphelins, et dont la demande a été introduite au plus tôt le 1<sup>er</sup> juillet 2016 ou, dans le cas d'un médicament orphelin acquis, qui a été acquis après le 30 juin 2016 ;
- l'exclusivité des données ou l'exclusivité commerciale attribuée par les pouvoirs publics après le 30 juin 2016 pour des produits phytopharmaceutiques, des médicaments ou des médicaments orphelins ;
- un programme d'ordinateur protégé par le droit d'auteur, y compris une création dérivée ou une adaptation provenant d'un programme d'ordinateur existant, résultant d'un projet ou d'un programme de recherche ou de développement, visé à l'article 2753, § 3, et qui n'a pas encore généré de revenus avant le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

Il s'agit d'un élargissement considérable par rapport au champ d'application de la déduction pour brevets, qui ne s'applique qu'aux brevets et certificats complémentaires de protection. C'est surtout l'élargissement aux logiciels protégés par le droit d'auteur qui offre des possibilités supplémentaires à de nombreuses entreprises. Ainsi, un logiciel développé en interne pour optimiser les processus propres à l'entreprise, sans que ce logiciel soit commercialisé, est éligible.

Il importe toutefois que ce logiciel soit développé dans le cadre d'un programme de recherche ou de développement au sens de la dispense de versement du pré-compte professionnel pour les chercheurs. En ce qui

1 PI: propriété intellectuelle

concerne cette condition, un avis contraignant peut être demandé à BELSPO (politique scientifique fédérale), comme c'était déjà le cas pour la dispense de versement du précompte professionnel.

Tant les droits de propriété intellectuelle développés en interne que ceux acquis de tiers tombent dans le champ d'application du nouveau régime. Les marques et les autres droits de propriété intellectuelle en lien avec le marketing ne sont pas éligibles pour la déduction.

## Demandes en cours

Le nouveau régime peut déjà s'appliquer pour les brevets dont la demande a déjà été introduite, mais qui n'ont pas encore été octroyés. Il s'agira alors d'une exonération temporaire de l'impôt des sociétés, qui est soumise à une condition d'intangibilité. Cela signifie que le montant exonéré doit être comptabilisé dans une réserve exonérée (art. 194quinquies CIR 92).

Si la procédure de demande prend fin, la réserve exonérée doit être transférée dans une réserve taxée. Si le brevet est effectivement octroyé, le transfert s'accompagne d'un relèvement de la situation initiale des réserves taxées, de sorte que l'exonération temporaire devient définitivement acquise. Si le brevet n'est pas octroyé, les revenus d'innovation temporairement exonérés deviennent par conséquent taxables.

## Quels revenus ?

Les principales catégories de revenus d'innovation sont, d'une part, les redevances de licences obtenues et, d'autre part, les «royalties incluses». On entend par «royalties incluses» les redevances qui seraient dues à la société si les biens ou les services qui sont fournis par ou pour le compte de la société étaient fournis par un tiers en vertu d'une licence concédée par la société.

Une nouvelle catégorie de revenus d'innovation a été ajoutée pour le processus d'innovation. Les redevances qui seraient dues à la société si le processus de production de la société, indissociablement lié aux droits de propriété intellectuelle, était suivi par un tiers en vertu d'une licence concédée par la société sont désormais aussi considérées comme des revenus d'innovation.

Sont également éligibles pour la nouvelle déduction, les indemnités obtenues à la suite d'infractions au droit de la propriété intellectuelle.

Enfin, tous les montants obtenus à l'occasion de l'aliénation d'un droit de propriété intellectuelle qui a la nature d'une immobilisation et a été constitué au plus tard au cours de la période imposable précédente, ou a été acquis au cours des 24 mois écoulés, tombent dans le champ d'application, pour autant toutefois que le prix de vente soit réinvesti dans les cinq ans dans des travaux propres de recherche et développement portant sur d'autres droits de propriété intellectuelle.

## Net au lieu de brut

Une importante modification par rapport au régime de la déduction pour brevets consiste dans le fait que la déduction est désormais calculée sur les revenus d'innovation nets, c'est-à-dire les revenus d'innovation bruts, diminués de tous les frais qui se rapportent directement et exclusivement au droit de propriété intellectuelle concerné. Il s'agit, par exemple, des salaires des chercheurs, mais également des dépenses payées à des entreprises liées ou indépendantes, ou des dépenses faites en vue de l'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle.

En effet, l'application de la déduction aux revenus bruts faisait en sorte que les frais de recherche et de développement soient déduits d'autres revenus totalement étrangers à l'innovation, générant ainsi un double avantage fiscal. L'OCDE était dès lors très critique à cet égard.

Outre les frais de l'année même, ceux des exercices précédents clôturés après le 30 juin 2016 doivent également être déduits. Les frais des exercices clôturés avant cette date ne doivent plus être déduits. Les frais des exercices antérieurs peuvent être déduits de manière étalée sur une période de maximum sept exercices et les soldes négatifs peuvent être reportés à l'exercice suivant.

## Approche Nexus

L'approche Nexus doit faire en sorte qu'une société bénéficie de la déduction pour innovation dans la mesure où elle a elle-même, effectivement, engagé ces frais de recherche et de développement. La déduction pour innovation se calcule à l'aide de la formule suivante :

$$\text{Déduction pour innovation} = \frac{85\% \times \text{revenus d'innovation nets} \times \text{dépenses R\&D qualifiantes} \times 1,3}{\text{dépenses R\&D globales}}$$

Les *dépenses R&D qualifiantes* sont les frais de recherche et de développement supportés par l'entreprise même ou sous-traités à des parties tierces

indépendantes. Les *dépenses R&D globales* sont les dépenses qualifiantes plus les dépenses sous-traitées à des sociétés liées et les dépenses faites en vue de l'acquisition de droits de propriété intellectuelle de tiers. Il est à noter que l'approche Nexus doit être appliquée de façon cumulative. Cela signifie que non seulement les dépenses de l'exercice même doivent être prises en compte, mais également toutes celles des exercices antérieurs. Un régime transitoire s'appliquera toutefois jusque et y compris l'exercice d'imposition 2019. Dans le cadre de ce régime, seules les dépenses des exercices d'imposition les plus récents devront être prises en compte. L'« uplift » (multiplication du numérateur par 1,3) ne peut pas faire en sorte que la fraction devienne supérieure à 1.

## Taux

Le taux de la nouvelle déduction pour revenus d'innovation s'élève à 85%, alors que celui de la déduction pour brevets s'élevait à 80%. Au début, il avait été question de relever le taux à 90%, mais un pourcentage aussi élevé aurait probablement suscité des critiques de la part de l'OCDE ou de la Commission européenne. Enfin, une autre différence essentielle par rapport au régime précédent réside dans le fait qu'une déduction pour innovation non utilisée peut être reportée sans limites aux périodes imposables suivantes.

## Conclusion

L'élargissement du champ d'application fait en sorte que la nouvelle déduction pour revenus d'innovation

offre des possibilités supplémentaires pour de très nombreuses entreprises par rapport au régime précédent. En outre, le relèvement du taux de la déduction est avantageux pour le contribuable.

Mais le fait que la déduction soit désormais calculée sur les revenus nets, et plus sur les revenus bruts, aura dans de nombreux cas un impact négatif. Si toutefois, plus aucuns frais ne sont engagés pour le brevet, il n'y aura plus d'impact, vu qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des frais afférents aux exercices clôturés avant le 30 juin 2016.

La fraction Nexus pénalise les entreprises qui ne développent pas elles-mêmes leurs droits de propriété intellectuelle, mais les acquièrent de tiers et d'entreprises qui sous-traitent leur développement à des entreprises liées. Les entreprises qui, en revanche, développent entièrement elles-mêmes leurs droits de propriété intellectuelle atteindront un ratio Nexus de 100%, de sorte que leurs revenus d'innovation (nets) seront entièrement éligibles pour la déduction pour innovation.

Dans de nombreux cas toutefois, l'obligation de documentation, telle qu'élargie, qui est nécessaire pour pouvoir composer la fraction Nexus, augmentera considérablement la charge administrative des entreprises.

Sven LOOSVELT  
Consultant Tax & Legal Vandelanotte

Aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un système de récupération ou transféré électroniquement, mécaniquement, au moyen de photocopies ou sous toute autre forme, sans autorisation préalable écrite de l'éditeur. La rédaction veille à la fiabilité des informations publiées, lesquelles ne pourraient toutefois engager sa responsabilité. **Editeur responsable** : Mirjam VERMAUT, IPCF – av. Legrand 45, 1050 Bruxelles, Tél. 02/626.03.80, Fax. 02/626.03.90 e-mail: info@ipcf.be, URL : <http://www.ipcf.be> **Rédaction** : Mirjam VERMAUT, Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Frédéric DELRUE, Chantal DEMOOR. **Comité scientifique** : Professeur P. MICHEL, Professeur Emérite de Finance, Université de Liège, Professeur C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven.

Réalisée en collaboration avec Wolters Kluwer – [www.wolterskluwer.be](http://www.wolterskluwer.be)