

## Décision anticipée n° 900.396 du 01.12.2009

*Impôt des sociétés*

*Base imposable à l'ISoc.*

*Bénéfice exonéré*

*Oeuvre audiovisuelle*

### Résumé

Le produit que la SA A a l'intention d'offrir à des investisseurs potentiels est conforme aux dispositions de l'article 194ter du CIR92.

Un prestataire de service d'une société résidente de production audiovisuelle peut, pour autant qu'il ne puisse notamment être qualifié de société résidente de production audiovisuelle ou d'entreprise de télédiffusion, investir dans une œuvre audiovisuelle produite par cette société de production audiovisuelle et bénéficier de l'exonération « tax shelter » prévue à l'article 194ter du CIR 92..

### I. Objet de la demande

La demande porte sur la question de savoir si :

1. la convention-cadre est conforme aux dispositions de l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après CIR 92);
2. le produit que la SA A a l'intention d'offrir à des investisseurs potentiels est conforme aux dispositions de l'article 194ter du CIR 92 ;
3. un prestataire de service peut être « Investisseur » au sens de l'article 194ter du CIR 92 et, à ce titre, investir une partie de ses bénéfices réservés imposables dans un investissement tax shelter.
4. l'on peut entendre par « date de fin » d'une œuvre au sens de l'art. 194ter du CIR 92 :
  - la date de la remise de la copie 0 au Producteur, telle qu'attestée par le laboratoire ou le studio de postproduction ayant finalisé et livré au Producteur la copie 0 ; ou
  - la date de l'attestation de la Communauté française, flamande ou germanophone selon laquelle la réalisation de l'œuvre est achevée ; ou
  - la date de rentrée en exploitation commerciale de l'œuvre ouverte à tout public (concrètement parlant, la mise sur les écrans).

5. le prix d'exercice de l'option put est conforme aux dispositions de l'article 194ter du CIR 92 ;
6. les intérêts du prêt constituent des dépenses éligibles pour l'application de l'article 194ter CIR 92 ;
7. les frais de garantie sur le prêt et les intérêts du prêt peuvent être considérés comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, al.1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 ;
8. le versement de l'investissement, le paiement du prix d'exercice de l'option put par le producteur et la perception éventuelle de RNPP par l'investisseur se font en exemption de TVA.

## II. Décision

Il ressort de l'examen approfondi auquel s'est livré le SDA que :

### II.1. Quant au fait que le produit est conforme à l'article 194ter, CIR 92

#### II.1.1. Droits de propriété liés à la production et à l'exploitation de l'œuvre assortis d'une option de vente

9. Sous réserve des remarques suivantes, les caractéristiques des droits aux recettes et de l'option de vente sont conformes à l'article 194ter CIR 92 :

10. Concernant les garanties liées à l'avantage fiscal ainsi qu'à l'exercice de l'option de vente : s'agissant d'un investissement à risque, hormis la garantie de la bonne fin, l'investisseur ne pourra bénéficier d'aucune garantie lui assurant (i) la récupération de l'avantage fiscal en cas de non remise des attestations prévues aux 7° et 7°bis de l'article 194ter, §4, al.1<sup>er</sup>, CIR 92 ou (ii) le versement du prix d'exercice de l'option de vente. En d'autres termes, il est totalement contraire à l'article 194ter CIR 92 que l'investisseur soit couvert directement et/ou indirectement (i) de la perte de l'avantage fiscal en cas de non remise des attestations prévues aux 7° et 7°bis dudit article ou (ii) en cas de non paiement du prix d'exercice de l'option de vente. L'investisseur pourra toutefois décider de couvrir ces risques, mais les coûts induits par cette couverture devront nécessairement être mis à sa charge.

-

11. Concernant l'option de vente :

- l'option de vente qui est octroyée à l'investisseur est telle qu'elle lui permet de récupérer, tenant compte de l'avantage fiscal, un prix maximum fonction de la durée de la mise à disposition de ses fonds et assurant un rendement annuel à la part equity égal à 4,52% de l'investissement en equity, diminué du montant des RNPP après impôt des sociétés déjà encaissées et à percevoir par l'investisseur au moment de la levée de l'option. A cet égard, sont considérées comme encaissées, les quotes-parts de recettes attribuées au producteur et relatives aux droits aux recettes qu'il a cédés à l'Investisseur.

- une attention particulière est attirée sur le fait que le rendement de l'investisseur sur son investissement en equity ne peut être augmenté de manière directe ou indirecte par l'octroi d'avantages divers tels que notamment : la participation dans les frais supportés par l'Investisseur consécutifs à son investissement tax shelter (analyse du produit,...), le placement de produit, l'organisation d'une avant première pour l'investisseur lui procurant un avantage promotionnel,...

- s'agissant d'une option de type défensif, dont le prix d'exercice vise uniquement à couvrir le risque de perte de l'investisseur après remboursement du prêt, obtention de l'avantage fiscal, et d'un revenu minimum tel que décrit ci-avant, la période d'exercice peut débuter soit à la date de délivrance de l'attestation de tirage de la copie zéro par le laboratoire ayant en charge la copie du film, soit à la date de l'attestation de la Communauté française, flamande ou germanophone selon laquelle la réalisation de l'œuvre est achevée, sans préjudice toutefois de la faculté laissée à l'investisseur de différer l'exercice de l'option jusqu'à la mise en exploitation de l'œuvre afin de mesurer la probabilité de percevoir effectivement des revenus provenant de la production et de l'exploitation de l'œuvre pour un montant supérieur au prix d'exercice.

- dans l'éventualité où l'investisseur souhaiterait revendre ses droits au producteur ou à toute autre partie intéressée pour un prix supérieur au prix d'exercice de l'option, l'attention est attirée sur le fait que le prix de cession qui sera convenu devra être justifié et déterminé conformément au principe de pleine concurrence. Ceci implique notamment qu'au moment où l'investisseur entend céder ses droits, il devra être en possession d'éléments objectifs lui permettant de les valoriser correctement (cela signifie par exemple que pour un film, la cession des droits, en dehors de l'option, ne pourra nécessairement avoir lieu qu'après sa sortie en salle). A cet égard, il convient de souligner que la seule circonstance que l'investisseur et l'acquéreur (producteur, ...) seraient des parties sans aucun lien d'interdépendance, n'est pas de nature à attester que le prix de cession convenu est fixé « at arm's length ».

## II.1.2. Affectation effective des sommes investies en Tax shelter

### II.1.2.1. Remarque générale

12. L'affectation effective, visée à l'article 194ter, §4, al.1er, 4° CIR 92, de l'ensemble des sommes affectées à l'exécution de la convention cadre, implique notamment que :

- les plans de financement des œuvres soient complets et établis de bonne foi ;

- les sommes prêtées ainsi que les sommes investies à risque (equity) ne servent pas à racheter des droits ou à rembourser d'autres prêts conclus dans le cadre de l'article 194ter CIR 92 et engagés sur base de la même convention cadre ou d'autres conventions cadre ;

- de manière générale, les sommes servant au financement de l'œuvre ne peuvent être utilisées directement ou indirectement pour racheter les droits détenus par les investisseurs.

### II.1.2.2. Garantie bancaire

13. Il est précisé dans la demande de décision anticipée que « *Le produit commercialisé par la SA A présente la particularité que les investisseurs bénéficieront, à charge du producteur, d'une garantie bancaire irrévocable couvrant le remboursement du capital prêté et des intérêts sur le prêt. Les Investisseurs pourront faire appel à cette garantie même si l'œuvre ne se termine pas. Cette garantie ne pourra être constituée au moyen des sommes récoltées dans le cadre du financement Tax Shelter de l'œuvre, objet de la convention-cadre* ».

14. L'article 194ter CIR 92 ne s'oppose pas à l'octroi d'une telle garantie pour autant que celle-ci ne porte pas atteinte à l'affectation effective, visée à l'article 194ter, §4, al.1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 de l'ensemble des sommes affectées à l'exécution de la convention cadre. Ceci implique notamment que :

- cette garantie ou la garantie de substitution ne peuvent être constituées au moyen de sommes récoltées

dans le cadre du financement tax shelter ou de sommes provenant de la production de l'œuvre en question ;

- ceci exclut en principe, le dépôt sur un compte bloqué des sommes prêtées en exécution de la convention cadre, à titre de sûreté. Toutefois, un blocage temporaire des sommes prêtées peut être admis pour autant que la période de blocage de ces sommes, entre le moment où l'investisseur verse lesdites sommes et le moment où la société de production obtient des garanties de substitution (1) soit nécessairement très courte, (2) soit motivée par l'attente de garanties de substitution non présentes au moment du versement des sommes par l'investisseur et (3) précède la période au cours de laquelle les sommes ainsi prêtées vont être utilisées pour payer les dépenses de production et d'exploitation effectivement affectées à l'exécution du budget visées à l'article 194ter, §4, al. 1er, 4° CIR 92.

## **II.2. Quant aux dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, 4° du CIR 92**

### **II.2.1. Définition**

15. L'article 194ter, §1er, al. 1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 précise qu'il faut entendre par dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique, « *les charges d'exploitation et les charges financières constitutives de revenus professionnels imposables, dans le chef du bénéficiaire, à l'impôt des personnes physiques, à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents, à l'exclusion des frais visés à l'article 57 qui ne sont pas justifiés par la production de fiches individuelles et par un relevé récapitulatif, des frais visés à l'article 53, 9° et 10°, ainsi que de tout autre frais qui n'est pas engagé aux fins de production ou d'exploitation de l'œuvre agréée* ».

### **II.2.2. Quant aux intérêts sur la partie « prêt » de l'investissement tax shelter**

16. Le taux d'intérêt qui sera offert aux investisseurs ne pourra être accepté que pour autant que celui-ci ait été déterminé en tenant compte d'une part, des taux du marché dans le secteur de la production audiovisuelle et d'autre part, de la garantie bancaire accordée à l'investisseur, ainsi que de façon générale, des paramètres pris en compte par les établissements de crédit pour fixer un taux d'intérêt (durée du prêt, risque crédit du producteur, ...).

17. Pour autant que la partie prêt soit réellement affectée à la production ou l'exploitation de l'œuvre audiovisuelle agréée, les intérêts payés sur la partie « prêt » de l'investissement tax shelter peuvent être considérés comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92.

### **II.2.3. Quant aux frais de garantie sur le prêt et les intérêts du prêt**

18. Pour autant que ces frais de garantie aient pour effet d'engendrer une diminution réelle du taux d'intérêt promis aux investisseurs par rapport au taux pratiqué habituellement sur le marché, étant donné qu'ils remplacent en quelque sorte le supplément d'intérêt qui aurait été dû, faute de faire appel à cette garantie et que ce supplément d'intérêt aurait, pour les raisons évoquées ci-dessus été admis à titre de dépenses éligibles, les frais de garantie liés au prêt et aux intérêts sur le prêt peuvent être considérés comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92.

### **II.2.4. Quant à la commission des intermédiaires**

19. Peuvent être considérés comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 :

- 19.1. le coût de mise au point du produit ;
- 19.2. toute opération conceptuelle ou matérielle relative à la commercialisation du produit auprès des investisseurs potentiels ;
- 19.3. toute opération liée au suivi, assistance, intermédiation et tout autre service en général dans le domaine du suivi des obligations du producteur à l'égard des investisseurs ;
- 19.4. toute opération conceptuelle ou matérielle relative à la sélection et le choix des œuvres;
- 19.5. toute opération liée au suivi, à la gestion, au conseil, à l'expertise technique, l'assistance, l'intermédiation et tout autre service en général dans le domaine du suivi de la production d'œuvres audiovisuelles et des obligations dans le chef des producteurs.
20. L'ensemble des prestations décrites ci-dessus sera rémunéré via le versement à la SA A d'une commission de maximum 12% des montants investis sous forme d'equity.
21. L'attention est attirée sur le fait que :

- le montant des frais facturés à la société résidente de production audiovisuelle devra nécessairement être conforme au principe de pleine concurrence ;
- l'étendue et la nature des prestations accomplies devront pouvoir être décrites avec précision et justifiées.

#### **II.2.5. Quant à la refacturation de dépenses**

22. Lorsque des dépenses sont réalisées par un producteur (« Producteur A ») pour le compte d'un producteur au sens de l'article 194ter du CIR 92 (« Producteur B »), il convient de distinguer deux cas de figure :

22.1. soit il existe entre ces deux producteurs un contrat de coproduction, par lequel ces derniers se partagent des droits sur l'œuvre (droits d'auteur, droits aux RNPP, etc.). Il existe dans ce cas entre ces deux producteurs une société interne, ce qui implique qu'il est interdit au Producteur A de facturer les dépenses qu'il engage au Producteur B. Il est toutefois permis au Producteur A d'adresser au Producteur B un courrier dans lequel cette dépense lui est attribuée de manière exclusive. En tout état de cause, la date de la dépense est la date à laquelle cette dernière a été engagée par le Producteur A ;

22.2. soit il existe entre ces deux producteurs un contrat de sous-traitance, par lequel le Producteur A agit à l'égard du Producteur B comme un producteur exécutif. Dans ce cas, le Producteur A a l'obligation de refacturer au Producteur B les dépenses qu'il engage dans le cadre de la production et de la réalisation de l'œuvre. Dans ce cas, la date de la dépense est la date à laquelle la dépense est refacturée par le Producteur A au Producteur B, peu importe la date à laquelle la dépense a réellement été engagée par le Producteur A. Le Producteur A doit cependant être un véritable producteur exécutif, assurant la production exécutive de l'œuvre, et pas une entité juridique dont la seule intervention dans le cadre de l'opération consiste à refacturer des dépenses éligibles.

Par ailleurs, dans cette hypothèse, les dépenses relatives à des factures émises par le producteur A, belge ou étranger, suite à une simple refacturation par celui-ci, sans aucune marge supplémentaire, de dépenses payées

à des sous-traitants belges identifiés de manière précise pourraient être considérées comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique conformément à l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 à condition que :

- le producteur A fournisse un détail précis des factures et de la nature des prestations fournies ;
- les sous-contractants belges s'engagent par écrit à ne pas avoir eux-mêmes sous-traité leurs services auprès de prestataires étrangers.

### II.3. Quant au prestataire de service « Investisseur »

23. En vertu de l'article 194ter, §2 du CIR 92, le régime d'exonération « tax shelter » est applicable aux sociétés résidentes et aux établissements belges de contribuables visés à l'article 227, 2° du CIR 92, à l'exclusion des sociétés résidentes de production audiovisuelle et des entreprises de télédiffusion. L'article 194ter, §2, al. 2 du CIR 92 prévoit également une exclusion limitée à la partie « prêt » de l'investissement tax shelter pour les établissements de crédit.

24. Par conséquent, un prestataire de service peut, pour autant qu'il ne puisse notamment être qualifié de société résidente de production audiovisuelle ou d'entreprise de télédiffusion, investir dans une œuvre audiovisuelle et bénéficier de l'exonération « tax shelter » prévue à l'article 194ter du CIR 92.

25. L'attention est toutefois attirée sur le fait que le prestataire de service « Investisseur » doit respecter l'interdiction formelle de compensation entre les charges et les produits, et entre les dettes et les créances dans sa comptabilité. Ceci implique notamment que toutes les prestations effectuées par l'Investisseur (prestataire de service) doivent être facturées par lui et comptabilisées parmi les produits du compte de résultats de sa comptabilité.

### II.4. Quant à la TVA

26. L'article 44, § 3, 10°, C.TVA exempte de la taxe, les opérations, y compris la négociation mais à l'exception de la garde et la gestion, portant sur les actions, les parts de sociétés ou d'associations, les obligations et les autres titres, à l'exclusion des titres représentatifs de marchandises.

27. Dans la mesure où la convention-cadre jointe à la demande de décision anticipée sera conclue entre un investisseur et un producteur bien déterminé, pour le financement de la production d'une seule œuvre audiovisuelle bien déterminée, et que les parties ont en outre entendu donner un caractère intuitu personae à cette convention, le versement de fonds effectué par l'investisseur ne peut pas être considéré comme la contrepartie de la cession d'un titre au sens de l'article 44, § 3, 10°, C. TVA.

28. En effet, nonobstant les dispositions prévues par la convention-cadre, cette convention présente une certaine analogie avec un contrat de société interne, en ce sens qu'un investisseur - dont la situation peut être rapprochée de celle de l'associé occulte - s'intéresse à des opérations qu'un producteur - dont le rôle pourrait être comparé à celui de l'associé actif - gère en son propre nom, cette « société », sans raison sociale, demeurant inconnue des tiers.

29. Aussi, comme la Cour de justice des Communautés européennes l'a analysé dans les arrêts qu'elle a rendus le 26 juin 2003 et le 26 mai 2005 respectivement dans les affaires C-442/01 et C-465/03, à propos des versements de fonds faits par un actionnaire à une société, ce versement de fonds représente, non pas le paiement d'une prestation de services, mais plutôt un investissement ou un placement de capital. En outre, comme le

soulignait la CJCE, dans le dernier de ces arrêts, en se plaçant cette fois du point de vue de la société émettrice, l'objectif du producteur est d'acquérir du capital et non pas de fournir des services.

30. En s'appuyant sur cette jurisprudence, l'investissement en equity effectué par l'investisseur, qui doit donc être assimilé, pour l'application de la taxe, à un apport en numéraire dans une société, ne constitue pas la contrepartie d'une opération entrant dans le champ d'application de la taxe.

31. Quant au versement des Recettes Nettes Part Producteur (RNPP), il résulte, à l'instar du versement d'un dividende à un actionnaire, de la simple détention des droits y afférents et il ne représente donc pas davantage la contrepartie d'une opération visée par le Code.

32. Par contre, lorsqu'il lève son option de vente et qu'il cède ses droits aux RNPP, l'investisseur cède en fait le reliquat des droits dont il dispose suite à son apport en numéraire et cette cession doit suivre le même régime qu'une cession de parts de société et bénéficier de l'exemption prévue par l'article 44, § 3, 10°, C.TVA.

33. Par ailleurs, lorsque des dépenses sont réalisées par un producteur (« producteur A ») pour le compte d'un producteur au sens de l'article 194ter CIR 92 (« producteur B ») et qu'il existe entre ces deux producteurs un contrat de sous-traitance par lequel le producteur A agit à l'égard du producteur B comme un producteur exécutif, le producteur A est effectivement tenu de facturer ses prestations de services de production au producteur B, conformément à l'article 53, § 2, du Code. Une telle prestation est en principe passible de la taxe au taux de 21% à moins qu'en fonction de sa nature, elle soit visée par une des rubriques des tableaux A ou B de l'annexe à l'arrêté royal n° 20 du 20 juillet 1970 relatif aux taux de TVA.

## II.5. Quant à la durée de la décision

34. Conformément à l'article 23 de la Loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôt sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale, la décision est rendue pour un terme n'excédant pas 5 ans.

**Eu égard à ce qui précède, le Collège du SDA, en sa séance du 1<sup>er</sup> décembre 2009, décide que :**

35. le produit que la SA A a l'intention de commercialiser est conforme aux dispositions de l'article 194ter du CIR 92;

36. sous réserve de ce qui est précisé aux points 16 et 17, les intérêts du prêt constituent bien des dépenses éligibles pour l'application de l'article 194 ter CIR 92 ;

37. un prestataire de service peut, pour autant qu'il ne puisse notamment être qualifié de société résidente de production audiovisuelle ou d'entreprise de télédiffusion, investir dans une œuvre audiovisuelle et bénéficier de l'exonération « tax shelter » prévue à l'article 194ter du CIR 92 ;

38. pour autant que les frais de garantie sur le prêt et les intérêts du prêt aient pour effet d'engendrer une diminution réelle du taux d'intérêt promis aux investisseurs par rapport au taux pratiqué habituellement sur le marché, ils peuvent être considérés comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique au sens de l'article 194ter, §1<sup>er</sup>, al.1<sup>er</sup>, 4°, CIR 92 ;

39. concernant la commission des intermédiaires, il y a lieu de se référer au traitement fiscal décrit sous les points 19 à 21 ;

40. il convient de se référer au point 22 en matière de refacturation de dépenses à la société résidente de production audiovisuelle ;
41. la « date de fin » d'une œuvre au sens de l'article 194ter du CIR 92 peut être soit:
- la date de la remise de la copie 0 au Producteur, telle qu'attestée par le laboratoire ou le studio de postproduction ayant finalisé et livré au Producteur la copie 0;
  - la date de l'attestation de la Communauté française, flamande ou germanophone selon laquelle la réalisation de l'œuvre est achevée;
  - la date de rentrée en exploitation commerciale de l'œuvre ouverte à tout public ;
42. entre le moment du versement de l'investissement et le moment de la levée de l'option put, aucune durée minimale n'est exigée pour autant que cet investissement ait été effectivement affecté à l'exécution du budget ;
43. l'option put peut être exercée durant une période prenant cours à la date de fin de l'œuvre, et prenant fin le dernier jour du douzième mois calendrier révolu à compter soit de la date de première représentation commerciale de l'œuvre en Belgique, soit de la date de fin d'œuvre si l'œuvre ne devait être mise en exploitation ;
44. il est contraire à l'article 194ter du CIR 92 que l'investisseur soit couvert, directement et/ou indirectement, de la perte de l'avantage fiscal si le producteur signataire de la convention-cadre n'est pas en mesure de délivrer les attestations prévues par l'article 194ter, §4, alinéa 1, 7° et 7bis° du CIR 92, ou n'est pas en mesure de payer le prix d'exercice de l'option put concédée à l'investisseur ;
- si l'investisseur souhaite bénéficier d'une telle couverture, il doit en supporter la charge ;
45. tant le versement de l'investissement, le paiement du prix d'exercice de l'option put par le producteur que la perception éventuelle de RNPP par l'investisseur, se font en exemption de TVA ;
46. ni l'investissement en equity effectué par l'investisseur, ni le versement des Recettes Nettes Part Producteur (RNPP) ne constituent la contrepartie d'une opération entrant dans le champ d'application de la taxe ;
47. la cession par l'investisseur de ses droits aux RNPP est exemptée par l'article 44, § 3, 10°, C.TVA ;
48. lorsque dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, un producteur exécutif effectue des prestations pour un producteur au sens de l'article 194ter CIR92, ces prestations sont en principe passibles de la taxe, au taux normal de 21%, et doivent faire l'objet d'une facture délivrée conformément à l'article 53, § 2, du C. TVA ;
49. La présente décision ainsi que la convention-cadre annexée à la décision devra être communiquée à chaque investisseur.

[Imprimer](#)[Annuler](#)