

Le Tax Shelter

Paradoxe entre un mécanisme fiscal innovateur et le secteur cinématographique conservateur

Mémoire réalisé par
Romain DELVILLE

Promoteur
Edoardo TRAVERSA

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



Remerciements

Premièrement, je tiens à remercier Monsieur Edoardo Traversa, mon promoteur, pour son encadrement et de m'avoir soutenu dans le choix de ce sujet.

Je profite de ces quelques lignes pour remercier l'ensemble du corps professoral, que ce soit celui de l'Université de Saint-Louis ou de celle de Louvain, pour m'avoir progressivement appris à aimer les sciences juridiques.

Je voudrais également remercier Françoise van Geit et Dominique Neirinck pour leurs conseils avisés et leurs relectures assidues.

Je remercie aussi Anaïs De Wolf qui a, sans broncher, subi mes caprices et savait précisément les mots, les gestes qu'il fallait pour avancer, et qui aura été présente de la première à la dernière ligne de ce mémoire.

Enfin, je tenais à remercier non seulement mes parents, Serge et Veronica, mais également Jean-Olivier, Nicolas et Hadrien Amiel, ainsi que Victor Delfosse, sans lesquels je ne serais certainement pas arrivé au bout de ces études de droit.

« Un film n'est pas seulement une histoire que le cinéma vend, mais
aussi une culture, un pays, un autre type de consommation »

Bertrand Tavernier

Introduction

A la fin des années nonante, malgré le succès grandissant du cinéma belge et la reconnaissance internationale du talent de certains de nos compatriotes, l'industrie cinématographique et audiovisuelle belge traversait une crise, souffrant notamment d'un problème de sous-financement. Afin d'y remédier et d'attirer les investisseurs, la loi-programme du 2 août 2002¹ a introduit dans le Code des impôts sur les revenus (ci-après « C.I.R./92 »)² un nouvel article 194ter destiné à octroyer un avantage fiscal, baptisé *Tax Shelter*, aux « *entreprises investissant dans une convention-cadre destinée à la production d'une œuvre audiovisuelle* ». Cette loi fut modifiée à diverses reprises et fut définitivement mise en place par la loi du 17 mai 2004³. Le système de *Tax Shelter*⁴ (ci-après « TS ») belge s'inspire du système français, tel qu'il a été institué la Société de Financement du Cinéma et de l'Audiovisuel (SOFICA). Il s'en écarte toutefois dans la mesure où l'État fédéral ne pouvait empiéter sur les compétences culturelles dévolues aux Communautés. Notre législateur a mis en place un système davantage contractuel⁵.

Ce *Tax Shelter* vient s'ajouter à deux autres sources de financement du secteur audiovisuel et cinématographique. La première source de financement est de type culturel⁶, sous forme « *[d']aides sélectives octroyées en fonction de critères d'ordre culturel* », et la deuxième consiste en des fonds régionaux⁷, dont le but « *est davantage d'ordre économique, notamment le développement d'emplois* »⁸. En une dizaine d'années, avec des sommes investies en constante augmentation, le *Tax Shelter* est sans conteste devenue la principale source de financement des œuvres

¹ Loi-programme du 2 août 2002, art. 128 et 129, *M.B.*, 29 août 2002.

² Code des impôts sur les revenus, 10 avril 1992, *M.B.*, 30 juillet 1992 ; ci-après « C.I.R./92 ».

³ Loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194ter du Code d'impôt sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 4 juin 2004.

⁴ Traduit littéralement de l'Anglais : « abri fiscal ».

⁵ P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, « Le tax shelter, un mode de sponsoring avantageux pour les entreprises », *C.J.*, 5/2002, p. 90 ; Cfr. Chapitre 1, Section 1.

⁶ Tel que le Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel (CCA).

⁷ Tel que Wallimage pour la Région wallonne et le Vlaams Audiovisueel Fonds (VAF) pour la Région flamande.

⁸ Auditions sur la réforme du système du *Tax Shelter*, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 12.

audiovisuelles et cinématographiques en Belgique⁹.

A l'origine, la loi sur le *Tax Shelter* poursuivait le double objectif de faire évoluer et d'encourager le secteur audiovisuel et cinématographique belge confronté à trois difficultés majeures : un manque de financement et de rentabilité, une concurrence américaine féroce ainsi qu'un déficit d'images sur nos films nationaux. L'État belge, sous l'impulsion de quelques producteurs, a donc mis en place cet incitant permettant aux entreprises de bénéficier d'un « cadeau » fiscal de l'État, lorsqu'elles investissaient dans la production audiovisuelle et cinématographique belge.

Les œuvres audiovisuelles et cinématographiques, et en particulier les films, sont des biens d'une nature assez singulière dans la mesure où elles sont « *à la fois des biens économiques, [...] [offrant] des débouchés importants pour la création de richesses et d'emplois, et des biens culturels, qui reflètent et façonnent nos sociétés* »¹⁰. La philosophie initiale du TS était prioritairement de promouvoir la culture belge. En même temps, pour réussir à attirer les investisseurs, cette mesure fiscale devait leur proposer un rendement attractif ainsi qu'un risque limité, dans un cadre juridique sûr. Assez rapidement, les intermédiaires se sont multipliés, profitant du système mis en place par la loi de 2004 pour garantir aux investisseurs des rendements de plus en plus élevés, sans toujours se soucier de la qualité des œuvres produites. Autant d'écueils qui ont contribué à reléguer progressivement l'objectif culturel au second plan, transformant le Tax Shelter en un produit essentiellement financier.

L'on perçoit d'emblée la tension, sous-jacente au Tax Shelter, entre objectifs économique et culturel et la difficulté à mettre en place des mesures équilibrées, d'un point de vue juridique. Cet antagonisme constituera le fil rouge de la présente réflexion. Nous verrons qu'en 2014, le législateur a tenté de pallier aux dérives de la première version du Tax Shelter et de redonner de l'importance au pôle culturel. Nous examinerons si cette dernière mouture est parvenue à dépasser cet écueil ou

⁹ Cfr. Annexe I.

¹⁰ Communication de la Commission sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, JO C 332/1, 15 novembre 2013, p. 2.

si au contraire, elle a réduit le Tax Shelter à un produit uniquement financier.

Afin de répondre à cette question, nous avons subdivisé notre travail en quatre grands chapitres.

Dans le premier chapitre, nous aborderons le Tax Shelter du point de vue du droit belge, et plus particulièrement la répartition des compétences, sa *ratio legis* ainsi que le dispositif tel qu'il était applicable lors de son adoption en 2004. Concernant ce premier chapitre, précisons d'emblée que nous avons choisi de développer de manière plus approfondie l'ancien système parce que, plus de dix ans après sa mise en place, nous disposons du recul nécessaire pour avoir une vision précise de son fonctionnement et des premières dérives qui ont vu le jour.

Dans le second chapitre, nous analyserons le TS du point de vue du droit européen. Celui-ci constitue en effet une aide d'État, ayant fait l'objet d'une notification à la Commission européenne et à laquelle celle-ci a donné son aval sur base de l'exception culturelle prévue par l'article 107, § 3, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

Nous nous focaliserons ensuite dans le troisième chapitre sur les dérives qui ont découlé de l'application du premier *Tax Shelter*, l'éloignant de sa philosophie originelle, ainsi que sur les solutions instaurées par le législateur, en particulier lors de l'adoption de la loi du 12 mai 2014¹¹.

Dans le quatrième et dernier chapitre de ce travail, nous nous livrerons à une analyse prospective du TS et tenterons d'envisager des pistes d'avenir.

¹¹ Loi du 12 mai 2014 modifiant l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 27 mai 2014.

Chapitre 1 – *Tax Shelter* et droit belge

Dans cette première partie, il convient de s'attarder sur le *Tax Shelter* tel qu'il était appliqué à son origine. Nous nous concentrerons sur les dérives engendrées par la première version ainsi que sur les solutions y apportées *infra*¹².

Avant d'aborder la question de la compatibilité du TS avec le droit européen, à l'aune des quatre grandes libertés et de la question des aides d'État, nous décrivons le mécanisme du *Tax Shelter* en tant que tel, en commençant par la problématique de la répartition des compétences entre l'État fédéral et les Communautés (Section 1). Nous passerons ensuite en revue les différents objectifs initiaux inhérents à la mise en place d'un tel mécanisme (Section 2). Nous clôturerons ce premier chapitre par la description du mécanisme du TS, des différentes conditions nécessaires pour pouvoir bénéficier de l'exonération fiscale ainsi qu'une présentation plus détaillée des attentes des différents intervenants (Section 3).

Section 1 – Répartition des compétences

La problématique examinée dans la présente section est celle des compétences respectives de l'État fédéral et des entités fédérées en matière de *Tax Shelter*.

L'article 35 de la Constitution dispose que « *L'autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même.*

Les Communautés ou les Régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ».

Il ressort de cette disposition qu'il n'y a pas, dans le système légal belge, de compétences concurrentes entre les différentes entités fédérale et fédérées. Il convient au demeurant de souligner que la loi visée au second alinéa de l'article 35 n'a pas (encore) été adoptée. Il y a donc lieu d'interpréter cette disposition *a contrario*, de sorte que, si les compétences n'ont pas été expressément attribuées aux entités fédérées, elles reviennent à l'État de manière résiduaire.

De plus, à l'égard des compétences expressément attribuées aux entités fédérées, il y a lieu

¹² Cfr. Chapitre 3.

de se référer à l'article 127 de la Constitution ainsi qu'à l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles¹³, en vertu de laquelle « *[l]es Parlements de la Communauté française et de la Communauté flamande, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret les matières culturelles* ».

Le cinéma belge a la particularité de pouvoir être financé à deux niveaux, tant au fédéral, via la *Tax Shelter*, qu'au niveau fédéré, via la Commission du film du Centre de l'audiovisuel de la Communauté française ou Wallimage, fond d'investissement régional wallon et le Vlaams Audiovisueel Fonds (VAF), fonds régional flamand¹⁴.

Sachant que le cinéma fait partie des matières culturelles et que lesdites matières relèvent de la compétence des Communautés, comment se fait-il que le *Tax Shelter* ait été adopté par le législateur fédéral ?

Pour répondre à cette épineuse question, nous devons nous pencher sur l'avis 28.180/2 du 25 novembre 1998 rendu par la section législation du Conseil d'État concernant un avant-projet de loi « portant des mesures fiscales destinées à l'encouragement de la production audiovisuelle »¹⁵.

Dans cet avis, le Conseil d'État se référait à un précédent avis¹⁶, dans lequel il affirmait que « *[l]a compétence fiscale [...] doit être distinguée de la compétence matérielle*.

Contrairement à la compétence matérielle que l'on dit exclusive, la compétence fiscale n'est pas liée à des matières. La compétence fiscale est autonome par rapport à la compétence matérielle.

Ainsi, les Régions peuvent taxer des matières qui entrent au plan matériel dans les compétences étatiques. Inversement, l'État peut taxer ou avantager fiscalement un comportement qui matériellement ressort à la compétence des Régions [...] »¹⁷.

¹³ Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980 ; cet article énumère différents exemples de matières culturelles relevant de la compétence des Communautés.

¹⁴ C. GILLOT, « Le financement de la création cinématographique en Communauté française de Belgique (cadre communautaire et relais fédéral : le *tax shelter*) », *R.F.D.L.*, 2005, p. 608.

¹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1823/001, pp. 164-166.

¹⁶ C.E., section législation, avis n° 27.454/2 du 22 juin 1998 sur un avant-projet de décret « instaurant une taxe sur les sites d'activité économique désaffectés en Région wallonne », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1823/001, pp. 164-166.

¹⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/001, p. 164.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹⁸ vient cependant tempérer ce principe puisque *« le législateur, lorsqu'il exerce sa compétence fiscale, ne peut pas viser principalement un effet que les compétences qui lui ont été attribuées ne lui permettraient pas de rechercher, au point de réglementer une matière qui ne lui est pas attribuée plutôt que de prendre une mesure proprement fiscale »*¹⁹.

En outre, la Cour édicte un principe de proportionnalité en énonçant que le législateur doit *« mettre en balance l'intérêt qu'il entend protéger avec d'autres intérêts quand ceux-ci sont protégés par des mesures prises par d'autres législateurs dans l'exercice de leurs compétences »*²⁰. Le législateur ne peut pas *« rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales »*²¹.

La Cour constitutionnelle conclut que, même si le législateur fédéral n'a aucune compétence matérielle dans le domaine de la production audiovisuelle, *« [e]n prenant pour critère des exonérations qu'il accorde la circonstance qu'elles profitent à des activités subventionnées par d'autres autorités, le législateur [...], loin d'empiéter sur des compétences qui ne sont pas les siennes, a, au contraire, respecté les choix faits par les législateurs compétents »*²².

Enfin, il nous paraît opportun de souligner que les Communautés ne sont pas dénuées de toutes compétences puisqu'elles auront à procurer l'attestation d'agrément garantissant que l'œuvre est bien une œuvre européenne permettant au producteur de signer des conventions-cadres et aux investisseurs d'obtenir l'immunisation provisoire des sommes investies²³. Elles seront également compétentes pour fournir l'attestation d'achèvement de l'œuvre, permettant le remboursement des sommes versées sous forme de prêt²⁴. Enfin, elles délivreront l'attestation certifiant que les conditions et le plafond de financement ont bien été respectés, accordant définitivement le bénéfice

¹⁸ C.C., arrêt n° 31/92 du 23 avril 1992, n° 2/94 du 13 janvier 1994 et n° 10/1998 du 11 février 1998.

¹⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/001, p. 165.

²⁰ C.C., arrêt n° 2/94 du 13 janvier 1994, B.14.4.

²¹ C.C., arrêt n° 4/95 du 2 février 1995, B.5.6.

²² C.C., arrêt n° 2/94 du 13 janvier 1994, B.14.5.

²³ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 11.

²⁴ *Ibid.*

du *Tax Shelter* et octroyant ainsi une exonération définitive des sommes versées²⁵.

Section 2 – Ratio legis du Tax Shelter

Si le cinéma belge connaissait un succès considérable dans les années nonante²⁶, il n'en reste pas moins que celui-ci souffrait d'un problème préoccupant de sous-financement, et ce, pour plusieurs raisons.

Il convient de citer, en premier lieu, la suprématie américaine dans le secteur du cinéma étant donné que la part américaine du marché du cinéma atteignait, en 2005, près de 80%²⁷.

Ensuite, cet aspect étant directement lié au premier, il y a un manque considérable de *« rentabilité de la majorité des productions européennes [...], dû non seulement à la puissance du cinéma américain, mais aussi au manque d'homogénéité du public européen (un Espagnol [...] ira rarement voir un film allemand) »*²⁸.

Enfin, en Belgique, les spectateurs fréquentent peu les salles de cinéma. En effet, *« 80 % d'entre eux se rendent moins d'une fois par mois dans les salles. Parmi les 20 % de "réguliers", 14 % ne s'y rendent qu'une fois par mois »*²⁹.

Il incombait donc au législateur de mettre en place un incitant fiscal *fédéral* permettant de financer le cinéma belge, en accordant un avantage aux sociétés qui investissaient dans le secteur cinématographique et audiovisuel, en l'occurrence une exonération des bénéfices imposables, dans le respect des compétences conférées aux Communautés dans les matières culturelles, en vertu de l'article 127 de la Constitution (voy. *supra*).

Il ressort d'une analyse attentive des travaux préparatoires des lois de 2002 et 2004 qu'il

²⁵ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 12.

²⁶ Pour ne citer que ces exemples : *« Toto le héros »*, de Jaco VAN DORMAEL, qui remporte la caméra d'or au festival de Cannes en 1991 ; en 1992, *« C'est arrivé près de chez vous »*, avec Benoit POELVOORDE, remporte le prix du Public à Cannes ; le Golden Globe du meilleur film étranger est obtenu par *« Farinelli »*, de Gérard CORBIAU en 1995 ; et last but not least, les frères DARDENNE raflent la palme d'or, toujours à Cannes, en 1999, pour *« Rosetta »*.

²⁷ http://www.cinergie.be/webzine/l_audiovisuel_europeen. Cette part n'a fait que s'accroître depuis les années soixante, puisque celle-ci n'avoisinait « que » les 40% au milieu des années 1980.

²⁸ P.-A. SIMON, *A qui profite le Tax Shelter ?*, mémoire, Université Catholique de Louvain, 2009-2010, p. 2.

²⁹ *Ibid.* et A. LORFEVRE, « Autopsie du public francophone belge », *La Libre Belgique*, 12 janvier 2010.

existait quatre objectifs au TS.

Le premier objectif était naturellement « *d'encourager et d'assurer la pérennité de la production belge des œuvres audiovisuelles et cinématographiques ainsi que de réaliser le potentiel créatif qui existe dans notre pays* »³⁰, qu'il s'agisse de téléfilms, de courts ou longs métrages ou encore de films d'animation.

Le législateur avait également comme objectif de « *structurer et de soutenir l'industrie audiovisuelle* »³¹ et de « *professionnaliser le secteur grâce à l'internationalisation* »³². Les bénéfices secondaires étaient d'améliorer le *know-how* de la production audiovisuelle et cinématographique belge d'une part, et, d'autre part, « *d'aider les producteurs belges à trouver des partenaires étrangers [...] afin d'élargir les liens avec d'autres pays, européens en particulier* »³³.

En troisième lieu, il paraissait intéressant de mettre en place un tel mécanisme dans ce secteur d'activités car il est créateur d'emplois³⁴. Comme le soulignait le Sénateur MONFILS, « *on ne se rend pas toujours bien compte du nombre de compétences différentes nécessaires à la réalisation d'un film* » et le mécanisme du TS devait avoir pour bénéfice de développer le domaine cinématographique et audiovisuel belge, avec « *des répercussions positives directes en termes de créations d'emplois dans différents secteurs d'activités* »³⁵ pour conséquence.

Enfin, le *Tax Shelter* devait permettre de diversifier la production audiovisuelle et cinématographique belge. On remarque en effet « *[qu']un certain nombre de produits cinématographiques ont obtenu des prix importants [ces dernières années]. Cette réussite ne coïncide cependant pas nécessairement avec un succès dans les salles, qui seul peut générer des recettes importantes* »³⁶.

³⁰ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-703/1, p. 2.

³¹ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 3

³² *Ibid.*, p. 4.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-703/1, p. 2.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/15, p. 15.

Section 3 – De la description du dispositif fiscal et des acteurs

Ces préliminaires étant posés, il convient à présent de s'attarder sur la description du régime du *Tax Shelter* proprement dit.

Cette section sera subdivisée en trois paragraphes : premièrement, nous décrirons le mécanisme lui-même, exemples chiffrés à l'appui ; deuxièmement, nous aborderons les différents acteurs présentant un intérêt plus ou moins marqué dans le *Tax Shelter* ainsi que leurs attentes respectives à l'égard de ce mécanisme ; en troisième lieu, nous analyserons en profondeur l'article 194ter du C.I.R./92, et particulièrement les conditions à réunir pour pouvoir bénéficier de l'avantage fiscal

§ 1 – Description du mécanisme³⁷

In concreto, le TS est un incitant fiscal qui permet aux sociétés résidentes ainsi qu'aux établissements belges de sociétés étrangères de bénéficier, en finançant une production cinématographique ou audiovisuelle, d'une exonération fiscale de leurs revenus imposables à l'impôt des sociétés à concurrence de 150% soit des sommes effectivement versées par elles, soit des sommes qu'elles se sont engagées à verser en exécution d'une convention-cadre.

Ces sommes « *peuvent être affectées à l'exécution de la convention-cadre soit par l'octroi de prêts³⁸, pour autant que la société ne soit pas un établissement de crédit, soit par l'acquisition de droits³⁹ liés à la production et à l'exploitation de l'œuvre éligible⁴⁰ »⁴¹.*

La question pertinente à se poser, du point de vue de l'investisseur, est celle du risque qu'il court lorsqu'il investit dans une production audiovisuelle ou cinématographique. Prenons un exemple chiffré pour tenter de répondre à cette question⁴².

Une société effectue un investissement de 100 € dans une œuvre. Nous partons du principe

³⁷ Cfr. Annexe II pour un schéma expliquant bien le fonctionnement du TS original.

³⁸ Souligné par nous.

³⁹ Souligné par nous.

⁴⁰ Plus communément appelé « *equity* ».

⁴¹ C.I.R./92, art. 194ter, § 2.

⁴² Nous reprenons l'exemple des Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 9.

que la société, voulant minimiser le risque de son investissement, investit à hauteur de 40% sous forme de prêt et de 60% sous forme de financement à risque (*equity*).

Grâce à cet investissement, la société bénéficie d'une exonération à hauteur de 150% du montant investi. Elle peut donc déduire de sa base imposable 150 €, non imposés. Elle réalise ainsi un gain de 51 € ($33,99\% \times 150 \text{ €}$). A cet instant, le risque réel de la société est de 49 € (les 100 € investis diminués du gain qu'elle réalise via son exonération d'impôt, *i.e.* 51 €).

Le prêt étant un investissement sans risque, la société est sûre et certaine de le récupérer ; en l'espèce, 40 €. Sur ce prêt, elle récupérera en outre un intérêt diminué de l'impôt des sociétés sur les intérêts eux-mêmes. Elle va donc récupérer 6,487% des 40 € (2,739 €), diminué de 33,99% des 2,739 € (0,9312 €). Avec les intérêts, la société se voit rembourser, en plus des 40 €, 1,8 € (2,739 € - 0,9312 €).

In fine, son risque réel est de 7,2 € ($100 \text{ €} - 51 \text{ €} - 40 \text{ €} - 1,8 \text{ €}$). Le risque encouru par la société qui investit dans l'audiovisuel est minime. Pour peu que le prix de l'option de vente⁴³ corresponde à 7,2% du montant total investi dans le *Tax Shelter*, l'investisseur verra même son risque réduit à zéro.

§ 2 – Des différents acteurs et de leurs attentes

Dans ce second paragraphe, nous allons parler de l'ensemble des protagonistes jouant un rôle plus ou moins marqué dans le mécanisme du *Tax Shelter*.

En premier lieu, nous citerons les deux acteurs jouant un rôle prépondérant dans le mécanisme du TS : les sociétés de production (point A) et les investisseurs (point B). Ensuite, nous nous concentrerons sur un protagoniste dont l'implication a pris progressivement de l'ampleur, en raison de la complexité du produit, afin de faciliter la tâche aux investisseurs, et aux gains potentiels du TS: les intermédiaires (point C). Nous terminerons ce paragraphe par deux acteurs secondaires dans le mécanisme en tant que tel, mais dont les aspirations méritent d'être prises en compte : il s'agit des réalisateurs de films (point D) ainsi que de l'État belge lui-même (point E).

A. Les investisseurs

Nous verrons dans le troisième paragraphe de la présente section quelles sont les sociétés

⁴³ Nous reviendrons sur les différentes possibilités de rachat au Chapitre 3, Section 1, § 1.

admises à investir via le *Tax Shelter*, mais nous allons maintenant décrire, *in concreto*, quel serait le type de sociétés potentiellement intéressées par un tel investissement et quel(s) serai(en)t le ou les intérêts qui inciteraient ces mêmes sociétés à investir.

Les sociétés investissant dans le *Tax Shelter* sont, avec les producteurs, les premiers bénéficiaires directs du TS.

Contrairement à l'idée courante selon laquelle il n'existerait qu'un seul type d'investisseurs, celui intéressé par un rendement garanti minimum, le CEO de uMedia, Mr. Jeremy BURDEK, affirme qu'il existe des « *investisseurs présentant différents profils et aspirations* :

- *certaines sont uniquement intéressées par l'avantage fiscal;*
- *d'autres le sont uniquement par le rendement ou potentiel minimum;*
- *d'autres encore sont attirés par l'affiche attrayante et le marketing qu'ils peuvent développer autour du film;*
- *d'autres encore veulent investir dans des films de certains réalisateurs belges;*
- *d'autres encore veulent soutenir des prestataires de services d'une région déterminée;*
- *d'autres encore veulent soutenir une série flamande qui est tournée près de chez eux »⁴⁴.*

Le CEO souligne que, s'il existe une diversité importante au sein des investisseurs, ceux-ci présentent néanmoins une similarité notable : « *ils exigent des services professionnels et un produit à la sécurité prouvée* »⁴⁵.

Se fondant sur l'intervention d'O. BRONCKART lors du festival international du film francophone à Namur le 30 septembre 2004, C. Gillot établit à cet égard trois types d'intérêts du point de vue des investisseurs⁴⁶.

Pour autant qu'il soit nécessaire de le préciser, le premier intérêt est d'ordre financier. En effet, l'un des avantages principaux du *Tax Shelter* est l'absence de risque pris par la société par rapport aux montants investis⁴⁷. En outre, le TS peut d'une part remplacer d'autres types de placement, particulièrement ceux sous forme d'actions ou obligations d'une part, et d'autre part, « *cela permet*

⁴⁴ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 43.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ C. GILLOT, *op cit.*, p. 623-624.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 623.

de soutenir la trésorerie de la société investisseuse (versement de l'apport plus tardif que l'impôt dû) et de pallier le manque de versements anticipés »⁴⁸.

Le deuxième intérêt à investir dans une œuvre audiovisuelle et cinématographique est le marketing. Le TS permet à la société de « *communiquer autour du film : [...] lancer [...] un concours afin de [...] gagner des places pour l'avant-première, organiser ultérieurement une promotion DVD, ... [mais également] communiquer avec ses clients ou avec son personnel* »⁴⁹. La société renforcera également son image grâce à son soutien au cinéma belge.

Enfin, il existe des sociétés qui, désirant participer à la vie culturelle et sociale de leur pays, veulent s'affirmer comme mécène tout simplement par amour pour le cinéma⁵⁰.

Considérant la particularité du produit qu'est le *Tax Shelter*, il nous paraît délicat de connaître l'ensemble des motivations qui sont susceptibles de sous-tendre l'investissement dans une production audiovisuelle et cinématographique. En effet, « *[l]e profil des investisseurs est très varié, partant du tout petit investisseur aux grosses multinationales* »⁵¹. En outre, « *la nature du produit rend les motivations d'un investisseur très difficiles à cerner* »⁵².

Tantôt l'investisseur sera intéressé par le rendement garanti minimum et la sécurité que pareil investissement comporte, tantôt il sera enclin à investir simplement pour bénéficier de l'exonération fiscale⁵³. Enfin, comme nous l'avons déjà souligné, il existe des investisseurs intéressés par ce mécanisme « *pour les retombées en termes d'images que génère le Tax Shelter pour l'entreprise* »⁵⁴.

B. Les producteurs⁵⁵

Les producteurs sont assurément les principales cibles du *Tax Shelter*, l'industrie cinématographique belge souffrant d'un problème de sous-financement depuis la fin des années nonante. C'est d'ailleurs elle-même qui a sollicité la mise en place d'un système d'aide fédéral pour promouvoir le cinéma belge.

⁴⁸ C. GILLOT, *op. cit.*, p. 623.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 624.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p. 25.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Pour une évolution graphique des montants consacrés au TS, cfr. Annexe III.

Le rôle du producteur est assez large et essentiel quant aux dépenses puisqu'il s'occupe du « *développement du scénario, de la recherche des financements, du réalisateur, du casting, de l'établissement et de l'exécution des budgets et du lancement du film sur le marché* »⁵⁶.

Concernant les relations qu'entretient le producteur avec l'auteur et les interprètes de l'œuvre audiovisuelle, il doit obtenir leurs droits respectifs d'exploitation audiovisuelle de l'œuvre et de prestations afin « *de pouvoir assurer la production et l'exploitation de l'œuvre* »⁵⁷. En vertu de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins⁵⁸, le producteur détient « *l'ensemble des droits d'auteurs patrimoniaux, à savoir les droits relatifs à la reproduction et à la communication de l'œuvre* »⁵⁹.

Il ressort clairement des différents travaux parlementaires relatifs au *Tax Shelter* que l'objectif des producteurs était d'augmenter les fonds mis à leur disposition pour la production d'œuvres audiovisuelles. De plus, comme l'a rappelé Mr. P. QUINET lors des auditions de 2013, tant l'État et les investisseurs que les producteurs « *doivent s'y retrouver économiquement* »⁶⁰. Cependant, nous verrons *infra* que les montants réels mis à disposition sont en fait nettement moindres que ceux initialement escomptés, suite à de nombreux abus⁶¹.

C. Les intermédiaires⁶²

Il ressort des travaux préparatoires originels que les professionnels de l'industrie audiovisuelle et cinématographique avaient émis le souhait d'établir une structure intermédiaire entre producteurs et investisseurs afin de « *mieux faire se rencontrer l'offre et la demande, [...] d'étaler le risque pour les investisseurs [...] et de mutualiser les risques* »⁶³. Il était cependant malaisé pour l'État fédéral d'adopter un système « à la française », avec la Société de Financement du Cinéma et de

⁵⁶ A. MICHIELS, « Le tax shelter : un incitant fiscal, financier, économique et culturel – Quels leveurs de fonds pour quels investisseurs ? », Bruxelles, Mémoire, Ichech, 2012, p. 7.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

⁵⁹ A. MICHIELS, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁰ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 8.

⁶¹ Chapitre 3, section 1, § 2.

⁶² Pour cette partie, nous inspirons essentiellement des travaux de P.-A. SIMON, *op. cit.*, pp. 7-8 et 27-36, ainsi que de A. MICHIELS, *op. cit.*, pp. 10-12.

⁶³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/015, p. 13.

l'Audiovisuel (SOFICA), en raison de la complexité institutionnelle de notre pays dans lequel, comme nous l'avons relevé précédemment, les matières culturelles relèvent de la compétence des Communautés⁶⁴. Par ailleurs, le législateur fédéral a « *voulu éviter d'entrer en concurrence avec la technique des commissions de sélection de films et l'octroi de subsides par les communautés* »⁶⁵.

A cause de la complexité et à l'opacité du système mis en place, si l'on a vu apparaître assez rapidement des structures intermédiaires dont le statut n'avait pas été prévu par le législateur, lequel avait entendu laisser la place la plus grande liberté contractuelle possible. Dès les travaux préparatoires, il paraissait évident que la mise en place de telles structures serait nécessaire⁶⁶. Dans sa proposition de loi, le Sénateur MONFILS soulignait d'ailleurs que « *[p]our assurer la bonne réussite du mécanisme proposé, il faut que les investisseurs potentiels, les entreprises, et les producteurs d'œuvres audiovisuelles, les créateurs, puissent aisément prendre contact les uns avec les autres et développer des partenariats utiles et efficaces. La fonction de conseiller, exercée de manière indépendante comme au sein des organismes financiers, devrait ainsi voir le jour* »⁶⁷. Ces structures auraient donc un profil qui « *allierait la connaissance des mécanismes d'investissement et la connaissance du monde de l'audiovisuel* »⁶⁸.

Si leur rôle initial était, *stricto sensu*, celui d'intermédiaire entre investisseurs et producteurs, il s'est toutefois considérablement développé et élargi. La finalité de ces sociétés est « *la recherche de financements ainsi que le prêt de ces sommes en accord avec les conventions-cadres. [...] [Il s'agit donc de] sélectionner les œuvres audiovisuelles et [...] [de] contrôler leur financement en concluant des accords de coproduction avec les sociétés qui vont réaliser ces films* »⁶⁹.

Très vite, elles se sont consacrées à la gestion et au contrôle des flux financiers liés au film, grâce auxquels elles se sont octroyées des commissions de plus en plus importantes (jusqu'à 15% !)⁷⁰, engendrant un certain nombre de dérives⁷¹.

⁶⁴ Chapitre 1, Section 1.

⁶⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/015, p. 15.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 15 et C. GILLOT, *op. cit.*, p. 618.

⁶⁷ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-703/1, p. 4.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁰ N. BOONEN et B. VAN VLIJERDEN, « La commission du ruling exige que l'investissement soit à risque », in *Le Fiscologue*, n° 1088, 2007, p. 5.

Ce sont également ces sociétés intermédiaires qui s'emploient à « *limiter le risque financier encouru par la société investisseuse par la mise au point de plusieurs systèmes de contrôle, parmi lesquels nous pouvons citer l'étude financière de l'œuvre audiovisuelle, le suivi en interne des dépenses belges et du respect d'autres conditions légales, l'offre de garanties bancaires et l'offre d'un produit financier* »⁷².

A cet égard, il convient d'indiquer que, si l'une des conditions de l'article 194^{ter} n'est pas remplie, c'est la société investisseuse qui en subit les conséquences, avec le risque majeur de perdre le bénéfice du TS. Afin d'attirer les sociétés à investir dans ce produit complexe, il importait donc de minimiser ce risque en « *proposant un produit simple, lisible et sûr* »⁷³. Dans la pratique, ces sociétés intermédiaires ont mis en place des produits réduisant le risque des investisseurs à zéro. La solution la plus fréquemment utilisée est le système des options de vente sur le risque résiduel que pourrait subir l'investisseur⁷⁴.

Dans ses travaux⁷⁵, A. MICHIELS opère une distinction tripartite des types d'intermédiaires présents sur le marché du cinéma : les intermédiaires classiques, « *directement intervenus en tant que leveurs de fond* »⁷⁶, ceux qui ont été « *créés à l'initiative de plusieurs producteurs indépendants* »⁷⁷ ainsi que les « *producteurs levant leurs fonds Tax Shelter en interne* »⁷⁸.

Concernant les aspirations de ces intermédiaires, deux sous-groupes peuvent être établis suivant leur place dans le marché : d'une part, ceux qui se placent du point de vue des producteurs, c'est-à-dire les deuxième et troisième catégories d'intermédiaires susmentionnés, et qui soutiennent « *des productions indépendantes belges, d'où émergent parfois les pépites qui font la fierté de la Belgique dans les festivals internationaux* »⁷⁹ ; d'autre part, les intermédiaires qui se positionnent « *du côté des produits financiers TS structurés de manière complexe et créative afin de proposer des*

⁷¹ Cfr. Chapitre 3, Section 1.

⁷² A. MICHIELS, *op. cit.*, p. 11.

⁷³ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁴ Chapitre 3, Section 1, § 1.

⁷⁵ A. MICHIELS, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁶ Par ex. : Ufund et Scope Invest.

⁷⁷ Par ex. : Inver Invest.

⁷⁸ Par ex. : le producteur Corsan.

⁷⁹ Ce fut par exemple le cas d'ING. Nous pouvons cependant regretter qu'ING ait décidé de stopper ses activités Tax Shelter en 2009 car cette banque, qui avait une approche plus culturelle, permettait aux petites productions ainsi qu'aux films moins commerciaux de voir le jour.

*rendements très intéressants »*⁸⁰.

Ce qui a fait le succès de ces sociétés intermédiaires dans le monde audiovisuel et cinématographique est une combinaison de « *créativité et [d']innovation [...], avec une dose de prise de risque, mais aussi une force de frappe commerciale, doublée de choix de films diversifiés au potentiel de rentabilité calculée* »⁸¹.

L'importance croissante de ces sociétés dans les relations entre investisseurs et producteurs et l'absence de toute mention dans la loi de celles-ci, avec comme conséquence, entre autres, le fait qu'elles ne n'ont pas été considérées comme des bénéficiaires directs de la mesure, ont généré des abus dans l'utilisation du *Tax Shelter*, sur lesquels nous reviendrons *infra*⁸².

D. Les prestataires de service et auteurs

Les prestataires de service sont les protagonistes appelés par le(s) producteur(s) à se mettre au service de celui ceux-ci afin de produire l'œuvre⁸³. Le législateur ne les a pas expressément mentionnés dans l'article 194*ter*. Néanmoins, en spécifiant l'obligation de dépenser un montant minimum de frais de production en Belgique⁸⁴, il en a fait une de ses cibles indirectes et ce, à trois niveaux⁸⁵.

Premièrement, comme nous venons de le dire, il y a une obligation de dépenses en Belgique. On parle ici de l'effet structurant du TS sur l'ensemble des prestataires de service du cinéma belge⁸⁶. Cet effet structurant peut être défini comme « *l'ensemble des dépenses qui ont un effet direct sur l'industrie du cinéma* »⁸⁷. Ces dépenses vont constituer, « *dans le chef de leur bénéficiaires, des revenus professionnels taxables en Belgique à l'impôt des sociétés, l'impôt des personnes physiques ou l'impôt des non-résidents* »⁸⁸. Parmi les dépenses considérées comme structurantes, c'est-à-dire

⁸⁰ G. TESOLIN et M. ZYLBERBERG, « Le cinéma belge, un investissement refuge ? Panorama du marché du Tax Shelter », in *Regards économiques : Une publication des économistes de l'UCL*, 2009, n° 74, p. 9.

⁸¹ *Ibid.*, p. 7.

⁸² Chapitre 3, Section 1.

⁸³ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p 64.

⁸⁴ Pour rappel, la première version du TS imposait qu'un montant de 150% des sommes affectées sous forme d' « *equity* » (par ex. 60%) soient dépensé sur le sol belge ; 90% du montant total du *Tax Shelter* doit donc être dépensé en Belgique.

⁸⁵ A. RAYET, « Le Tax Shelter en Belgique », *J.D.F.*, 2005, p. 142.

⁸⁶ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p 64.

⁸⁷ J.-F. SACRE, « Les effets du tax shelter sur l'économie du cinéma belge », *L'Echo*, 5 juin 2009.

⁸⁸ A. RAYET, *op. cit.*, p. 142.

celles qui « *stimulent par un effet multiplicateur le secteur de l'audiovisuel* »⁸⁹, citons « *les cachets des comédiens belges, la rémunération des acteurs, réalisateurs, compositeurs [...] belges, la rémunération des techniciens de plateau, la rémunération des industries techniques (postproduction), les frais de décors, de costumes, maquillages, etc.* »⁹⁰.

Deuxièmement, le film doit être produit par au moins une société de production résidant en Belgique⁹¹. L'idée était qu'une société de production belge pourrait « *favoriser des auteurs belges* »⁹².

Enfin, « *[d]ans la mesure où un des critères de l'œuvre européenne est la résidence, dans la Communauté, des 'auteurs et travailleurs' qui ont réalisé l'œuvre, le tax shelter est [...] susceptible [...] de bénéficier aux auteurs résidents belges* »⁹³.

Si, comme nous l'avons vu, les prestataires de service n'étaient considérés « que » comme des bénéficiaires indirects de la mesure fiscale, il n'en reste pas moins que, dans les travaux préparatoires initiaux, il était expressément précisé que le TS était un incitant à la production et à la création belge⁹⁴. Lors des modifications ultérieures de l'article 194ter, le législateur semble cependant avoir délaissé l'aspect créatif pour ne mentionner que la production d'œuvres audiovisuelles⁹⁵. Ce retrait, à dessein ou non, s'est ressenti dans la pratique, où nous avons vu de plus en plus de productions étrangères tournées en Belgique, ce qui posait certaines questions quant à l'objectif culturel du TS, en l'occurrence la promotion et la construction de l'identité culturelle belge⁹⁶.

E. L'État

Attardons-nous quelque peu sur l'État qui, bien que n'étant, lui aussi, qu'un bénéficiaire

⁸⁹ P.-A. SIMON, *op. cit.*, p. 64.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁹¹ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 1°.

⁹² A. RAYET, *op. cit.*, p. 142.

⁹³ A. RAYET, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/001, p. 57 : « *outre l'encouragement à la production belge des œuvres audiovisuelles et cinématographiques ainsi que la réalisation du potentiel créatif qui existe en Belgique, l'activité de production d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques est un secteur qu'il est important de développer car il est créateur d'emplois [...]* ».

⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0474/001, p. 137.

⁹⁶ Nous reviendrons sur cet aspect dans le Chapitre 3, Section 1, concernant les dérives du *Tax Shelter*.

indirect du TS, est un acteur indispensable dans ce mécanisme. En effet, c'est lui qui a pris *in fine* la décision de mettre en place cet avantage fiscal sollicité par l'ensemble des professionnels de l'industrie audiovisuelle. De plus, bien que cela ne soit pas à l'ordre du jour actuellement, notamment après la mise en place du nouveau mécanisme de la loi du 12 mai 2014, « *le TS restera toujours suspendu à la volonté de l'État fédéral de le maintenir, de l'élargir ou de l'amender* », ce qui peut constituer l'une des faiblesses de ce système⁹⁷.

Il ressort de différentes études⁹⁸ que l'État n'est pas perdant, loin s'en faut, dans ce mécanisme, bien qu'il accorde un « cadeau » aux sociétés investissant dans le cinéma belge. Pour appuyer nos dires, nous nous basons principalement sur l'étude menée par Deloitte, laquelle intègre un nombre important de composantes influençant les retombées fiscales du TS. En combinant une multitude de critères, Deloitte arrive à la conclusion que, pour 1 € de cadeau fiscal consenti par l'État, ce dernier récupère 1,21 €⁹⁹. L'État a ainsi engrangé un gain net de 77 millions d'euros entre 2003 et 2010. Ce résultat positif en faveur de l'État s'explique pour deux raisons selon A. MICHIELS : les retombées fiscales directes, « *qui proviennent directement des revenus des prestataires, à savoir l'impôt sur le revenu et les cotisations et charges sociales* », et les retombées fiscales indirectes, « *conséquence de la hausse de consommation des prestataires de service, [...] [comprenant] la TVA et l'impôt sur le bénéfice des entreprises qui ont pu profiter de la consommation des prestataires* »¹⁰⁰.

Au niveau économique, relevons enfin quelques chiffres, assez révélateurs, puisque entre 2003 et 2010, nous avons pu constater une augmentation de 23% et une augmentation de 75% de la marge brute de cette industrie, sans oublier de mentionner un accroissement de 25% du nombre d'indépendants entre 2000 et 2010 dans ce secteur¹⁰¹.

§ 3 – Conditions pour bénéficier de l'exonération

Différentes conditions sont à remplir dans le chef de la société investisseuse afin de pouvoir bénéficier irrévocablement de l'exonération fiscale octroyée grâce au TS : avoir conclu une

⁹⁷ G. TESOLIN et M. ZYLBERBERG, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁸ P.-A. SIMON, *op. cit.*, et Deloitte & uMedia, *Tax Shelter : Tax, economical and cultural impacts*, juillet 2012.

⁹⁹ Communiqué de presse, *Résultats de l'étude uMedia-Deloitte - Le Tax Shelter : un placement très rentable pour l'État*, 4 juillet 2012 (<http://ufuweb.hiddensaloon.com/wp-content/uploads/2013/12/tax-shelter-placement-tr%C3%A8s-rentable-pour-l-Etat.pdf>).

¹⁰⁰ A. MICHIELS, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁰¹ Communiqué de presse du 4 juillet 2012 précité.

convention-cadre (A) ; être l'une des parties spécifiées par l'article 194^{ter} (B) ; respecter les exigences liées au financement de l'œuvre audiovisuelle (C) ; et cette dernière doit être une œuvre agréée (D). En outre, l'exonération sera, dans un premier temps, temporaire. Là aussi, il faudra respecter certaines conditions afin qu'elle devienne définitive (E).

A. La convention-cadre

La convention-cadre est définie à l'article 194^{ter}, §1, 2°, qui dispose que celle-ci est « *l'accord de base conclu, selon le cas, entre une société résidente de production audiovisuelle, d'une part, et une ou plusieurs sociétés résidentes et/ou un ou plusieurs contribuables visés à l'article 227, 2°, d'autre part, en vue du financement de la production d'une œuvre audiovisuelle belge agréée en exonération des bénéfices imposables* ».

Certaines mentions doivent impérativement faire partie de la convention-cadre¹⁰². Citons notamment « *la dénomination et l'objet social de la société de production, la dénomination et l'objet social des sociétés résidentes ou des établissements belges de contribuables visés à l'article 227, 2°, qui ont conclu la convention-cadre avec la société visée au 1° ; le montant global des sommes affectées en application du § 2 et la forme juridique, détaillée par montant, que revêtent ces affectations dans le chef de chaque participant visé au 2° ; ° une identification et une description de l'œuvre éligible faisant l'objet de la convention-cadre [...]*¹⁰³ ».

Pour le surplus, le législateur a décidé de faire prévaloir la liberté contractuelle. En effet, « *le gouvernement a souhaité laisser la liberté la plus grande possible aux sociétés intéressées en tenant compte de la structure institutionnelle de notre pays afin d'éviter d'entrer en concurrence avec la technique des commissions* »¹⁰⁴.

B. Les parties à la convention-cadre

Nous relèverons deux parties présentes lors de la conclusion de la convention-cadre : la société de production (point 1) et les investisseurs (point 2).

Nous reviendrons *infra* sur les autres acteurs jouant un rôle dans le dispositif fiscal dans son

¹⁰² C.I.R./92, art. 194^{ter}, § 5.

¹⁰³ Pour le surplus, nous renvoyons à la lecture du § 5 de l'article 194^{ter}.

¹⁰⁴ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/015, p. 15.

ensemble¹⁰⁵.

1. La société de production

La société de production était initialement définie comme étant la société « *dont l'objet principal est le développement et la production d'œuvres audiovisuelles, autre qu'une entreprise de télédiffusion ou une entreprise liée à des entreprises belges ou étrangères de télédiffusion* »¹⁰⁶. Dès à présent, il convient de s'attarder sur deux éléments importants qui ressortent de cette définition.

Premièrement, il doit s'agir d'une société résidente de production. Il y a donc exclusion des sociétés étrangères de production audiovisuelles. Déjà, en 2002, certains auteurs avaient critiqué cet aspect du *Tax Shelter* au motif qu'il était contraire au principe de la liberté d'établissement prévue par le droit européen¹⁰⁷.

Ensuite, même si l'article est suffisamment explicite à ce sujet, il convient de relever l'exclusion des entreprises de télédiffusion belges ou étrangères et des sociétés liées auxdites entreprises dans la première version de l'article 194^{ter}. Toutefois, cette exclusion sera supprimée par la suite car elle réduisait « *de manière significative les effets potentiels du régime, allant même jusqu'à en hypothéquer les retombées recherchées en termes de production d'œuvres audiovisuelles, tout en ne répondant ni à une demande des bénéficiaires du régime, à savoir les producteurs, ni à aucun des objectifs poursuivis par la loi* »¹⁰⁸.

2. Les investisseurs

Quant aux investisseurs, le régime du *Tax Shelter* est ouvert non seulement aux sociétés résidentes, mais également aux établissements belges de sociétés non-résidentes (spécifiés par la référence à l'article 227, 2° du C.I.R./92)¹⁰⁹.

Initialement, les établissements belges des sociétés non-résidentes n'étaient pas autorisés à bénéficier du régime. Cependant, suite à la réaction de la Commission européenne, la Belgique a été amenée à modifier la loi-programme de 2002 afin de les inclure dans les sociétés autorisées à

¹⁰⁵ Cfr. § 4 de la présente section.

¹⁰⁶ C.I.R./92, art. 194^{ter}, § 1, 1°.

¹⁰⁷ P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0730/001, p. 5.

¹⁰⁹ C.I.R./92, art. 194^{ter}, § 1, 2°.

investir dans la production audiovisuelle, en Belgique¹¹⁰.

Néanmoins, notons que différentes personnes, physiques et morales, restent exclues *ipso facto* du bénéfice du TS.

Premièrement, les personnes physiques sont exclues du bénéfice du dispositif, car « *l'investissement dans la production d'une œuvre audiovisuelle est, par nature, un investissement à risque et que la décision de réaliser un tel investissement doit être prise en connaissance de cause par des investisseurs avisés* »¹¹¹.

Les établissements de crédit sont également exclus, mais seulement partiellement¹¹². Ils sont en effet uniquement exclus pour la partie concernant les prêts¹¹³. En d'autres termes, ces établissements peuvent bénéficier d'une exonération fiscale pour les sommes consacrées à l'acquisition des droits de l'œuvre audiovisuelle, tant pour sa production que pour son exploitation¹¹⁴.

Enfin, sont également exclus de la possibilité d'investir les sociétés résidentes de productions audiovisuelles ainsi que les entreprises de télédiffusion¹¹⁵.

C. Exigences liées au financement de l'œuvre audiovisuelle

Pour que l'exonération fiscale puisse être accordée aux sociétés investissant dans la production audiovisuelle belge, plusieurs obligations doivent être remplies¹¹⁶.

Les deux premières contraintes à respecter ressortent du § 4, 4°, de l'article 194ter. Premièrement, les sommes versées pour l'œuvre audiovisuelle et prises en considération pour le bénéfice du TS ne peuvent excéder « *50% du budget total des dépenses éligibles* »¹¹⁷ et deuxièmement, il faut que les sommes versées dans le cadre du *Tax Shelter* soient « effectivement¹¹⁸ versées à l'exécution de ce budget »¹¹⁹.

¹¹⁰ Cfr. Chapitre 2.

¹¹¹ P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, *op. cit.*, p. 91.

¹¹² Relevons d'ores et déjà que les établissements de crédit ne sont plus exclus sous le nouveau régime du *Tax Shelter*, issu de la réforme de 2014, celle-ci ayant supprimé la possibilité d'acquisition de droits.

¹¹³ Nous reviendrons dans le point suivant sur la distinction entre la part prêt et la part « *equity* » de l'investissement.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 92 ; C.I.R./92, art. 194ter, § 2, al. 2 ;

¹¹⁵ C.I.R./92, art. 194ter, § 2, al. 1.

¹¹⁶ Dans le cas où ça ne serait pas le cas, l'avantage fiscal ne pourra être octroyé.

¹¹⁷ Il faut donc recourir à d'autres modes de financement de l'œuvre.

¹¹⁸ Souligné par nous

¹¹⁹ C.I.R./92, art. 194ter, § 4, 4°.

Ensuite, l'article 194ter, § 2, ne prévoit que deux modes de financement via le *Tax Shelter*¹²⁰ : d'une part, le prêt à la société de production et, d'autre part, « *l'acquisition de droits liés à la production et à l'exploitation de l'œuvre éligible* »¹²¹.

Quant au financement sous forme de prêt, deux contraintes plus particulières sont à souligner. Premièrement, « *le financement sous forme de prêt ne donne droit à aucun avantage fiscal si le prêteur est un établissement de crédit* »¹²². Ensuite, le financement sous forme de prêt ne peut s'effectuer qu'à hauteur de 40% du montant total de l'investissement pouvant bénéficier du *Tax Shelter*¹²³. A cet égard, il n'est cependant pas requis « *que la proportion octroi de prêt/achat de droits soit la même dans le chef de tous les investisseurs participant au financement d'une même œuvre audiovisuelle* »¹²⁴. En effet, « *[c]ertains investisseurs pourraient donc consentir des prêts dans une proportion qui dépasse 40% du montant total de leur investissement, pour autant que*¹²⁵ *le dépassement soit compensé par une acquisition plus importante de droits par d'autres investisseurs* »¹²⁶.

Enfin, dernière contrainte liée au financement d'une œuvre éligible, il faut que « *les dépenses de production et d'exploitation, effectuées en Belgique*¹²⁷ *dans un délai maximum de 18 mois à partir de la date de conclusion de la convention-cadre destinée à la production d'une œuvre audiovisuelle, s'élèvent au moins à 150% des sommes globales affectées en principe, autrement que sous la forme de prêts* »¹²⁸.

Les dépenses de production et d'exploitation sont « *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*

¹²⁰ Cfr. Annexe II.

¹²¹ C.I.R./92, art. 194ter, § 2, al. 2.

¹²² P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, *op. cit.*, p. 92.

¹²³ C.I.R./92, art. 194ter, § 4, 5°.

¹²⁴ P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁵ Souligné par nous.

¹²⁶ P.-P. HENDRICKX ET A. CARDYN, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁷ Souligné par nous.

¹²⁸ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 3°, al. 2.

*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 »*¹²⁹. Le législateur a néanmoins prévu une dérogation « *lorsque la dépense constitue, pour le bénéficiaire, la rémunération de prestations de services et lorsque le bénéficiaire fait appel à un ou plusieurs sous-traitants pour la réalisation de ces prestations de services* ». Dans cette hypothèse, il s'agira d'une dépense effectuée en Belgique uniquement si la rémunération ne dépasse pas 10% de ladite dépense¹³⁰.

Nous reviendrons plus amplement sur ce point dans le chapitre consacré au droit européen¹³¹, mais nous pouvons d'ores et déjà observer que cette condition de dépenses *devant* être effectuées en Belgique peut poser problème au regard du droit européen, particulièrement concernant les grandes libertés consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

D. L'œuvre audiovisuelle agréée

Il ressort de la définition de l'œuvre audiovisuelle agréée que différents types d'œuvres audiovisuelles peuvent faire l'objet d'un investissement¹³² :

- les films de fiction, documentaires ou d'animation, destinés à une exploitation cinématographique ;
- les téléfilms de fiction longue ;
- les collections télévisuelles d'animation ;
- les séries destinées aux enfants et aux jeunes, à savoir des séries de fiction à contenu éducatif, culturel et informatif pour un groupe cible d'enfants et de jeune de 0 à 16 ans ;
- les programmes télévisuels documentaires.

Deux conditions sont en outre requises pour pouvoir être considérée comme œuvre audiovisuelle agréée : il faut que l'œuvre soit ratifiée par l'une des trois Communautés (française, flamande ou germanophone) et que l'œuvre puisse être définie comme « *œuvre européenne, telle que définie par la directive 'Télévision sans frontière' du 3 octobre 1989 (89/552/EC)* »¹³³.

¹²⁹ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 4°, al. 1.

¹³⁰ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 4°, al. 2.

¹³¹ Cfr. Chapitre 2.

¹³² C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 3°.

¹³³ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 3°.

Ces œuvres européennes sont définies à l'article 6, § 2 à 4, de la directive « Télévision sans frontière » :

Il s'agit des œuvres « *réalisées essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs États visés au même paragraphe points a) et b) et qui répondent à l'une des trois conditions suivantes :*

- a) *elles sont réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ;*
- b) *la production de ces œuvres est supervisée et effectivement contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ;*
- c) *la contribution des coproducteurs de ces États est majoritaire dans le coût total de la coproduction, et celle-ci n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces États »*¹³⁴.

E. L'exonération

Préalablement aux différentes conditions à remplir¹³⁵ pour bénéficier de l'exonération, le législateur a mis en place une double limite : l'exonération « *est accordée à concurrence d'un montant limité à 50%, plafonnés à 750 000 EUR*¹³⁶, *des bénéfices réservés imposables de la période imposable »*¹³⁷. Il ajoute « *[qu']en cas d'absence ou d'insuffisance de bénéfices d'une période imposable [...], l'exonération non accordée pour cette période imposable est reportée successivement sur les bénéfices des périodes imposables suivantes, sans que, par période imposable, l'immunité puisse excéder les limites visées à l'alinéa précédent »*¹³⁸.

La procédure d'exonération d'impôt se déroule en deux temps dans la mesure où celle-ci sera d'abord provisoire (point 1), avant de devenir définitive pour la société investisseuse (point 2)¹³⁹.

¹³⁴ Directive 89.552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298, 17 octobre 1989, art. 6.

¹³⁵ Ces conditions sont prévues par le § 4 de l'article 194ter.

¹³⁶ Souligné par nous.

¹³⁷ C.I.R./92, art. 194ter, § 3, al. 1.

¹³⁸ C.I.R./92, art. 194ter, § 3, al. 2.

¹³⁹ C.I.R./92, art. 194ter, § 4, al. 1.

1. L'exonération temporaire¹⁴⁰

L'objet de ce point n'étant pas de faire une analyse exhaustive de l'ensemble des critères, nous nous contenterons, dans cette contribution, d'énumérer de l'ensemble des conditions mentionnées au paragraphe 4 de l'article 194^{ter}, le cas échéant assorties d'une description succincte.

Il ressort des 1° et 2° de l'alinéa premier du § 4 une condition d'intangibilité¹⁴¹ : les bénéfices exonérés doivent être « *comptabilisés à un compte distinct au passif du bilan* » et ne peuvent servir « *de base au calcul de rémunérations ou attributions quelconques jusqu'à la date à laquelle la dernière des attestations visées aux 7° et 7°bis est reçue* ».

Ensuite, la société investisseuse doit remettre une copie de la convention-cadre, « *annexé à la déclaration à l'impôt des sociétés relative à l'exercice pour lequel l'exonération temporaire est revendiquée pour la première fois* »¹⁴². La société doit également remettre une attestation d'agrément de l'œuvre par la Communauté concernée confirmant que l'œuvre est une œuvre audiovisuelle belge agréée¹⁴³.

Enfin, afin de bénéficier de l'exonération prévue par le *Tax Shelter*, le législateur exigé que « *la société résidente de production audiovisuelle [n'ait] pas d'arriérés auprès de l'Office national de sécurité sociale au moment de la conclusion de la convention-cadre* »¹⁴⁴, ce point étant vérifié par une attestation délivrée par l'ONSS.

Concernant l'ensemble de ces conditions, celles-ci doivent être respectées de manière ininterrompue. Si l'une des « *conditions cesse d'être observée ou fait défaut pendant une période imposable quelconque, les bénéfices antérieurement immunisés sont considérés comme des bénéfices obtenus au cours de cette période imposable* »¹⁴⁵.

2. L'exonération définitive

Le paragraphe 4^{bis} de l'article 194^{ter} prévoit que les montants qui ont été exonérés

¹⁴⁰ Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des conditions prévues par le § 4, certaines d'entre elles ayant déjà fait l'objet d'une analyse plus détaillée *supra*.

¹⁴¹ C. GILLOT, *op. cit.*, p. 629.

¹⁴² *Ibid.*, p. 634.

¹⁴³ Art. 194^{ter}, § 4, al. 1, 6°.

¹⁴⁴ Art. 194^{ter}, § 4, al. 1, 8°.

¹⁴⁵ Art. 194^{ter}, § 4, al. 1, 9°.

temporairement le seront de manière définitive si les différentes conditions mentionnées dans le paragraphe 4 sont maintenues, et plus particulièrement, dans le cadre de l'exonération définitive, les 7° et 7° *bis* sont respectés.

Afin de bénéficier définitivement de l'exonération, le 7° dispose que la société doit, dans les quatre ans de la conclusion de la convention-cadre, avoir reçu une attestation du Contrôle société dont elle dépend, certifiant, outre le respect des conditions du paragraphe 4, que la société investisseuse a effectivement versé les montants prévus dans la convention-cadre dans un délai de 18 mois à partir de la conclusion de ladite convention.

En outre, la société investisseuse doit, toujours dans les quatre ans à dater de la conclusion de la convention-cadre, recevoir une attestation de la Communauté concernée qui garantit que « *la réalisation de l'œuvre est achevée et que le financement global de l'œuvre effectué en application du présent article respecte les conditions et plafonds prévus au 4°* »¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Art. 194ter, § 4, al. 1, 7° *bis*.

Chapitre 2 – *Tax Shelter* et droit européen

Maintenant que nous avons décrit le dispositif fiscal du *Tax Shelter* et que nous en comprenons les enjeux, il y a lieu de nous pencher quelque peu ledit mécanisme au regard du droit européen. En effet, le TS n'est pas neutre en droit européen, non seulement par rapport à la question des aides d'État, le TS constituant un cadeau de la part de l'État, mais également par rapport à la question de la liberté de circulation, le législateur ayant imposé une obligation de dépense sur le territoire belge.

Dans la première section, nous relèverons les articles pertinents relatifs à la compétence culturelle de l'UE, puis nous aborderons brièvement la position de la Cour de justice de l'Union européenne (Section 2). Nous terminerons ce chapitre par la position de la Commission européenne quant aux questions sur les aides d'État et sur la liberté de circulation au regard du *Tax Shelter* (Section 3).

Section 1 – La compétence de l'Union européenne dans les matières culturelles

Nous retrouvons la compétence de l'Union européenne dans l'article 167 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne¹⁴⁷. Celui-ci dispose que « *L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* ». Dans cette optique, l'Union adopte des actes visant à « *encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants : l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne, les échanges culturels non commerciaux, la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel* »¹⁴⁸.

Il y a lieu de mettre cet article en corrélation avec l'article 5 du Traité sur l'Union européenne¹⁴⁹ ainsi que les articles 2 et 6 du TFUE¹⁵⁰. D'une part, l'article 5 établit trois principes

¹⁴⁷ Ci-après, « TFUE ».

¹⁴⁸ Souligné par nous.

¹⁴⁹ Ci-après, « T.U.E. ».

fondamentaux dans l'intervention de l'Union européenne : le principe d'attribution, qui délimite les compétences de l'UE, et les principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui « *régissent l'exercice de ces compétences* »¹⁵¹. D'autre part, il ressort d'une lecture combinée des articles 2, § 5, et 6 (c) du TFUE que, si les conditions prévues par les Traités sont respectées, « *[l']Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres* » dans le domaine de la culture.

Section 2 - Position de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'aides d'État

Nous allons à présent exposer le point de vue de la CJUE en matière d'aides d'État, et plus particulièrement les conditions pour pouvoir bénéficier de l'aide d'État telles qu'elles ressortent de l'arrêt Altmark¹⁵² (§ 1). Dans le second paragraphe, nous étudierons deux arrêts qui nous paraissent intéressants d'une part, concernant la portée de la notion d'aide d'État (l'arrêt Uteca¹⁵³) et d'autre part, concernant la problématique de limitations, une condition de territorialisation des dépenses, imposées par l'État à des sociétés bénéficiant d'une aide d'État (l'arrêt Laboratoires Fourniers¹⁵⁴).

§ 1 – Les fondements : l'arrêt Altmark

Avant d'aborder l'arrêt Altmark et les différentes conditions établies par la CJCE en matière d'aides d'État, il nous paraît opportun de nous attarder brièvement sur la notion même d'aide d'État. Celle-ci est établie depuis l'arrêt Denkavit¹⁵⁵ et est désormais de jurisprudence constante¹⁵⁶. Il s'agit des « *décisions des États membres par lesquelles ces derniers, en vue de la poursuite d'objectifs économiques et sociaux qui leur sont propres, mettent, par des décisions unilatérales et autonomes,*

¹⁵⁰ F.-J. CABRERA BLAZQUEZ ET A. LÉPINARD, « The New Cinema Communication: All's Well That Ends Well ? », pp. 7-8. Extrait de la publication Iris *plus* 2014-1, « The New Cinema Communication », Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2014.

¹⁵¹ T.U.E., art. 5.

¹⁵² C.J.U.E., 24 juillet 2003, affaire n° C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg.

¹⁵³ C.J.C.E. (2^e ch.), 5 mars 2009, affaire n° C-222/07, Uteca.

¹⁵⁴ C.J.C.E. (3^e ch.), 10 mars 2005, affaire n° C-39/04, Laboratoires Fourniers.

¹⁵⁵ C.J.C.E., 27 mars 1980, affaire n° C-61/79, Denkavit.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 5 avril 2006, affaire n° T-351/02, Deutsche Bahn c. Commission et C.J.U.E., 21 mars 2012, affaires jointes n° T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, Irlande e.a. c. Commission.

à la disposition des entreprises ou d'autres sujets de droit, des ressources ou leur procurent des avantages destinés à favoriser la réalisation des objectifs économiques ou sociaux recherchés »¹⁵⁷.

Par la suite, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur les conditions de l'aide d'État¹⁵⁸. Celles-ci sont au nombre de quatre : *« premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ; deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membre ; troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire ; quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence »¹⁵⁹.*

En conclusion, si ces différentes conditions se retrouvent dans la subvention accordée par l'État, elle sera considérée comme conforme au droit européen et pourra recevoir son plein et entier effet.

§ 2 – Les arrêts Uteca et Laboratoires Fourniers

Abordons maintenant sommairement deux arrêts de principe (Uteca et Laboratoires Fourniers) qui sont dans la continuité de l'arrêt Altmark quant aux aides d'État¹⁶⁰.

Dans un premier temps, la C.J.U.E. a, dans l'arrêt Laboratoires Fourniers, adopté un point de vue assez restrictif concernant les limitations aux quatre grandes libertés. Dans cette affaire, était remise en cause une législation française¹⁶¹ selon laquelle une société faisant de la recherche et du développement pouvait bénéficier d'un crédit d'impôt, mais uniquement pour les dépenses de recherche et développement effectuées sur le sol français, soumettant *« les prestations de services que constitue l'activité de recherche à un régime fiscal différent selon qu'elle est exécutée dans d'autres États membres ou dans l'État membre concerné »¹⁶².*

Si la Cour avait auparavant admis que *« la nécessité de garantir la cohérence du régime fiscal*

¹⁵⁷ C.J.C.E., 27 mars 1980, n° C-61/79, Denkavit, point 31.

¹⁵⁸ Notamment Tribunal de première instance de l'Union européenne, 27 février 1997, affaire n° T-106/95, FFSA, et C.J.U.E., 22 novembre 2001, affaire n° C-53/00, Ferring.

¹⁵⁹ C.J.U.E., 24 juillet 2003, affaire n° C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, point 74 et 75. Voy. également C.J.C.E., 21 mars 1990, n° C-142/87, Tubemeuse, point 25 ; C.J.C.E., 14 septembre 1994, n° C-278/92, Espagne c. Commission, point 20 ; C.J.C.E., 16 mai 2002, n° C-482/99, France c. Commission, point 68.

¹⁶⁰ Le sujet n'étant pas l'analyse des arrêts européens, nous ne procéderons pas à une analyse détaillée des faits mais nous nous en tiendrons aux enseignements principaux desdits arrêts.

¹⁶¹ Code général des impôts, art. 244 quater B et Annexe III du Code général des impôts, art. 49 septies H.

¹⁶² C.J.C.E. (3^e ch.), 10 mars 2005, affaire n° C-39/04, Laboratoires Fourniers, point 15. En ce sens, voir C.J.C.E., 28 octobre 1999, affaire n° C-55/98, Vestergaard.

[...] [pouvait] justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité », il fallait qu'il existe un lien direct entre l'impôt général des sociétés et le crédit d'impôt se rapportant aux dépenses de recherches effectuées par l'entreprise, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁶³.

La Cour termine son raisonnement en énonçant que « [s]il ne peut être exclu, ainsi que le fait valoir ledit gouvernement, que la promotion de la recherche et du développement constitue une raison impérieuse d'intérêt général, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait justifier une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, qui refuse le bénéfice d'un crédit d'impôt recherche à toute opération de recherche non effectuée dans l'État membre concerné »¹⁶⁴.

En mettant cet arrêt en relation avec le mécanisme du *Tax Shelter*, nous sommes d'avis que le législateur belge a bien respecté le prescrit européen, en n'imposant pas que toutes les dépenses de production soient effectuées sur le sol belge¹⁶⁵, garantissant ainsi une liberté au moins partielle des capitaux.

Dans l'arrêt *Uteca*, la Cour rend une décision intéressante à double titre : premièrement, elle précise la définition de l'aide d'État et deuxièmement, elle adopte une position considérablement large de la notion de diversité culturelle.

Concernant la notion d'aide d'État, la Cour précise que, s'agissant de « la distinction établie dans [...] [l'article 107 du TFUE] entre les 'aides accordées par les États' et les aides accordées 'au moyen des ressources de l'État', [cela] ne signifie pas que tous les avantages consentis par un État constituent des aides, qu'ils soient ou non financés au moyen de ressources étatiques, mais vise seulement à inclure dans cette notion les avantages qui sont accordés directement par l'État ainsi que ceux qui le sont par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État »¹⁶⁶.

¹⁶³ C.J.C.E. (3^e ch.), 10 mars 2005, affaire n° C-39/04, Laboratoires Fourniers, points 20 et 21. Voy. not. C.J.C.E. 28 janvier 1992, affaire n° C-204/90, Bachmann et C.J.C.E., 28 janvier 1992, affaire n° C-300/90, Commission contre Belgique.

¹⁶⁴ C.J.C.E. (3^e ch.), 10 mars 2005, affaire n° C-39/04, Laboratoires Fourniers, points 24 et 25.

¹⁶⁵ Pour rappel, 150% du montant affecté sous forme d'equity doit être dépensé en Belgique, c'est-à-dire potentiellement jusqu'à 90% des sommes affectées au TS.

¹⁶⁶ C.J.C.E. (2^e ch.), 5 mars 2009, affaire n° C-222/07, *Uteca*, point 43.

La Cour souligne ensuite que la mesure en cause dans l'arrêt¹⁶⁷ est totalement contraire aux quatre grandes libertés établies par le traité, c'est-à-dire la libre prestation de services, la liberté d'établissement, la libre circulation des capitaux et la libre circulation des travailleurs¹⁶⁸. Néanmoins, la Cour poursuit en affirmant « *[qu']une telle restriction à des libertés fondamentales garanties par le traité peut être justifiée dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle [...] [soit] propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et [...] [n'aille]pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre*¹⁶⁹ »¹⁷⁰. A cet égard, elle considère que la promotion d'une langue officielle d'un État est une raison impérieuse d'intérêt général et que cela a été explicitement reconnu par le législateur communautaire¹⁷¹.

En conséquence, la Cour estime « *[qu']une mesure prise par un État membre, telle que celle en cause au principal, en tant qu'elle instaure une obligation d'investir dans des films cinématographiques et de télévision dont la langue originale est l'une des langues officielles de cet État membre apparaît propre à garantir la réalisation d'un tel objectif* »¹⁷² et « *[qui]il n'apparaît pas [...] [qu']une telle mesure aille au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif* »¹⁷³.

Section 3 - Adoption de la loi-programme du 2 août 2002 et réaction de la Commission européenne

Concentrons-nous, à présent, sur la réaction de la Commission européenne, suite à l'adoption de la loi-programme de 2002¹⁷⁴ et à l'instauration du dispositif du *Tax Shelter* en Belgique (§ 2).

¹⁶⁷ A savoir l'obligation d'affecter à des œuvres dont la langue originale est l'une de des langues officielles de l'Etat membre concerné 60% des 5% des recettes d'exploitation affectées au financement anticipé de films cinématographiques et de télévision européens.

¹⁶⁸ C.J.C.E. (2^e ch.), 5 mars 2009, affaire n° C-222/07, Uteca, point 24 ; pour rappel, ces libertés sont respectivement établies aux articles 56 à 62, 49 à 55, 63 à 66, 45 à 48.

¹⁶⁹ Souligné par nous.

¹⁷⁰ Point 25 de l'arrêt. Voy. aussi C.J.C.E., 13 décembre 2007, n° C-250/06, United Pan-European Communications Belgium e.a., point 39 ; C.J.C.E., 9 février 1995, n° C-412/93, Leclerc-Siplec, points 29 et 44 ; C.J.C.E., 9 juillet 1997, n° C-34/95 à C-36/95, De Agostini et TV-Shop, point 3.

¹⁷¹ Points 27 et 28 de l'arrêt. Voy. aussi C.J.C.E., 28 novembre 1989, N° C-379/87, Groener, point 19 et C.J.C.E., 13 décembre 2007, n° C-250/06, précité, point 43.

¹⁷² Point 29 de l'arrêt.

¹⁷³ Point 30 de l'arrêt.

¹⁷⁴ Loi-programme du 2 août 2002, *M.B.*, 29 août 2002.

Auparavant, nous évoquerons brièvement l'adoption de la loi de 2002, ainsi que ses modifications ultérieures, par les lois du 22 décembre 2003¹⁷⁵ et du 17 mai 2004¹⁷⁶ (§ 1). Ensuite, nous détaillerons de la décision de la Commission européenne concernant le TS original et nous terminerons la présente section par la validation, par la Commission, du nouveau système mis en place par la loi du 12 mai 2014 (§ 3).

§ 1 – Adoption de la loi de 2002 et modifications ultérieures en 2003 et 2004

Pour les différentes raisons susmentionnées¹⁷⁷ (un manque de financement et de rentabilité, la concurrence américaine ainsi qu'un déficit d'images sur nos films nationaux), le législateur belge a décidé d'opter pour cet incitant fiscal qu'est le *tax shelter* par la loi du 2 août 2002.

Ajoutons également que le législateur belge, afin de se conformer à la première décision de la Commission du 13 mai 2003¹⁷⁸, a modifié l'article 194^{ter} du Code des impôts sur les revenus par la loi précitée du 22 décembre 2003, en ce que la première version de l'article 194^{ter} ne permettait pas aux « *établissements belges de sociétés non-résidentes* » de bénéficier de l'exonération.

§ 2 – Réaction de la Commission : compatibilité du Tax Shelter avec le droit européen

S'agissant d'une aide fiscale octroyée par l'État fédéral grâce à laquelle des sociétés investissant dans le cinéma belge bénéficient d'une exonération fiscale de leurs bénéfices imposables, la Commission a été amenée à vérifier si l'aide d'État était compatible avec le droit européen, et plus spécifiquement avec l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Dans un premier temps, nous allons nous concentrer sur l'examen effectué par la Commission, notamment au regard de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

¹⁷⁵ Loi-programme du 22 décembre 2003, *M.B.*, 31 décembre 2003.

¹⁷⁶ Loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194^{ter} du Code d'impôt sur les revenus 1992 relatif au régime de *tax shelter* pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 4 juin 2004.

¹⁷⁷ Chapitre 1, Section 2.

¹⁷⁸ Commission Européenne, Aide d'État n°410/02 (ex-CP 77/2002) – Belgique – Aides d'État à la production cinématographique et audiovisuelle belge – régime dit du « *Tax Shelter* » cinématographique, C (2003) 1469 fin, 13 mai 2003.

européenne, concernant les aides d'État (point A). Nous terminerons brièvement par la décision de la Commission elle-même (point B).

A. Examen du Tax Shelter par la Commission au regard de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Pour rappel, l'article 107 du T.F.U.E. est libellé comme suit :

« 1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. [...]

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur [...] les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun : [...]

d) les aides destinées à promouvoir la culture¹⁷⁹ et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

Sur la base de l'article 108, § 3, la Belgique s'est vue dans l'obligation d'informer la Commission, suite à l'adoption de la loi de 2002, de la mise en place du mécanisme du Tax Shelter en tant qu'aide d'État. En effet, ledit article dispose que *« la Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale ».*

Afin de vérifier la compatibilité du TS avec le droit de l'Union européenne, la Commission s'est appuyée, outre l'article 107 du TFUE, sur une communication datant 26 septembre 2001 relative à

¹⁷⁹ Souligné par nous.

certain aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles¹⁸⁰. Elle a procédé en trois temps. Premièrement, elle a examiné si le *Tax Shelter* était une aide d'État au sens du droit européen (point 1). Ensuite, elle a apprécié le régime du TS au regard de la légalité générale (point 2) et, enfin, sous l'angle de la légalité spécifique du droit de l'Union européenne¹⁸¹ (point 3).

1. L'aide d'État

Comme cela a été dit *supra*, une aide issue de l'État ou au moyen des ressources dudit État est incompatible avec le droit européen, quelle qu'en soit la forme, parce qu'elle pourrait fausser ou risquer de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou productions¹⁸². Afin de déterminer si l'aide d'État est incompatible avec le marché intérieur, la Commission est amenée à se poser quatre questions¹⁸³ : les autorités publiques ont-elles aidé des entreprises ? Y a-t-il un risque que l'aide puisse nuire aux échanges commerciaux dans l'Union européenne ? Le soutien est-il sélectif (est-il octroyé dans un secteur spécifique ou une région particulière) ? La concurrence a-t-elle été faussée ou risque-t-elle de l'être ?

Dans sa décision de 2003, la Commission a, à juste titre, estimé qu'il s'agissait d'une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE. En effet, « *les mesures de soutien préconisées sont [...] financées à concurrence de 100% par des ressources d'État. Elles sont de nature sectorielle et menacent d'affecter les échanges entre les États membres en favorisant un secteur d'activité spécifique. Il s'agit par conséquent d'aides d'État au sens de l'article [107, § 1, du TFUE]* »¹⁸⁴.

2. Le Tax Shelter au regard de la légalité générale

Par légalité générale, on entend l'ensemble des dispositions et principes contenus dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et non pas simplement les quelques articles

¹⁸⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma), du 26 septembre 2001, publiée au JO le 16 février 2002.

¹⁸¹ Nous reviendrons sur les définitions de légalité générale et spécifique aux points 2 et 3 du point A.

¹⁸² T.F.U.E., art. 107, § 1.

¹⁸³ http://ec.europa.eu/competition/consumers/government_aid_fr.html.

¹⁸⁴ Commission Européenne, Aide d'État n°410/02 (ex-CP 77/2002) – Belgique – Aides d'État à la production cinématographique et audiovisuelle belge – régime dit du « Tax Shelter » cinématographique, C (2003)1469 fin, 13 mai 2003, point 16.

concernant les aides d'État¹⁸⁵. Il y a donc lieu de prendre en compte également l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité ainsi que le respect de la liberté d'établissement, la libre circulation de marchandises, la libre prestation de services et la libre circulation des capitaux¹⁸⁶.

Les dispositifs d'aide d'État ne peuvent donc « *réserver l'aide aux seuls ressortissants du pays concerné, exiger des bénéficiaires qu'ils possèdent le statut d'entreprise nationale établie en vertu du droit commercial national [ou] exiger des travailleurs des entreprises étrangères assurant des services cinématographiques qu'ils respectent les normes du travail national* »¹⁸⁷.

Concernant le respect desdits principes, il y a lieu de déterminer les bénéficiaires de l'aide et d'apprécier s'ils se trouvent sur un pied d'égalité avec les ressortissants de tous les États membres de l'Union européenne ; « *en d'autres termes, ce bénéficiaire ne peut être uniquement ressortissant de l'État ayant adopté le régime d'aide (...)* »¹⁸⁸, les bénéficiaires étant *in casu* à la fois les producteurs et les investisseurs.

Afin de respecter ces principes, la Belgique a été contrainte de modifier le texte initial de l'article 194ter du Code d'impôt sur les revenus, en étendant le régime de l'exonération « *aux établissements belges de sociétés non-résidentes* »¹⁸⁹.

En outre, des critiques, pertinentes selon nous, ont été émises par la doctrine dans la mesure où la convention-cadre ne pouvait être signée qu'avec une société de production résidente belge. Comme l'a souligné A. RAYET, la Commission a considéré que le producteur n'était que le bénéficiaire indirect du régime de *Tax Shelter*, le premier bénéficiaire étant l'investisseur lui-même, raison pour laquelle cette obligation n'a pas été considérée comme incompatible avec le droit européen¹⁹⁰.

¹⁸⁵ A. RAYET, *op. cit.*, p. 149.

¹⁸⁶ T.F.U.E., art. 18, 34, 36, 45, 49, 54, 56 et 63.

¹⁸⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles du 26 septembre 2001, publiée au JO le 16 février 2002, pp. 8 et 9.

¹⁸⁸ A. RAYET, *op. cit.*, p. 150.

¹⁸⁹ Cfr. Chapitre 2, section 3 ; C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 2°.

¹⁹⁰ A. RAYET, *op. cit.*, p. 151.

Quant au critère de la légalité spécifique, la Commission a énuméré quatre critères sur la base desquels elle évalue les dispositifs d'aide à la production audiovisuelle, dans le cadre de la dérogation culturelle prévue à l'article 107, § 3, d), du TFUE :

- « l'aide est destinée à un produit culturel ;
- le producteur doit avoir la liberté de dépenser au moins 20% du budget du film dans d'autres États membres, sans que l'aide prévue par le régime soit aucunement réduite de ce fait ;
- l'intensité de l'aide doit en principe être limitée à 50% du budget de production, afin de stimuler les incitations commerciales normales propres à une économie de marché et d'éviter toute surenchère entre États membres¹⁹¹ ;
- les suppléments d'aide destinés à des activités spécifiques de production de film [...] ne sont pas autorisés, afin de garantir que l'aide ait un effet d'incitation neutre et, par conséquent, que l'effet de protection/d'attraction de ces activités spécifiques dans l'État membre qui accorde l'aide soit évité »¹⁹².

La Commission a, dans sa décision du 13 mai 2003¹⁹³, estimé que le régime belge du *Tax Shelter* répondait bien aux différents critères énoncés dans la communication de 2001. Elle soulignait notamment qu'il existait un lien culturel et que la part du budget total de production pouvant être dépensé sur un territoire étranger sans pour autant se voir retirer l'aide était bien présent. En l'espèce, selon la Commission, « *il n'existe pas de contraintes allant au-delà de ce qui peut être considéré comme acceptable par rapport aux critères de nécessité et de proportionnalité des aides. Les aides ont [...] un effet incitatif à la création d'un produit culturel national. Elles n'altèrent donc pas les conditions des échanges et de la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun et le régime notifié peut donc être considéré comme étant compatible avec le*

¹⁹¹ Les films difficiles et à petit budget sont cependant exemptés de cette limite.

¹⁹² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles du 26 septembre 2001, pp. 8 et 9.

¹⁹³ Commission Européenne, Aide d'État n°410/02 (ex-CP 77/2002) – Belgique – Aides d'État à la production cinématographique et audiovisuelle belge – régime dit du « Tax Shelter » cinématographique, C (2003)1469 fin, 13 mai 2003.

Marché commun au titre de l'article [107], paragraphe 3, point d) »¹⁹⁴.

Il nous paraît pertinent de souligner que la validité de ces différents critères a été prolongée à trois reprises en 2004¹⁹⁵, 2007¹⁹⁶ et 2009¹⁹⁷ et a finalement expiré à la date du 31 décembre 2012. Nous verrons *infra* qu'une nouvelle communication cinéma a été adoptée en raison des évolutions tant factuelles que jurisprudentielles¹⁹⁸.

B. Décisions de la Commission

Par sa décision du 13 mai 2003, la Commission a approuvé le régime du *Tax Shelter* sous réserve, néanmoins, d'une modification ultérieure de l'article 194ter, concernant la condition d'incessibilité permanente des droits acquis dans l'œuvre audiovisuelle. En effet, cette condition a été considérée comme une entrave à la libre circulation des capitaux, des biens et services et a, en conséquence, dû dès lors être retirée du régime.

Cette modification a été effectuée par la loi-programme du 22 décembre 2003¹⁹⁹, en ses articles 291 à 293. La condition d'incessibilité permanente des droits acquis dans l'œuvre a été remplacée, depuis le 31 décembre 2003, par une condition d'incessibilité temporaire. Les droits restent incessibles seulement pour une période de 18 mois après la date de la conclusion de la convention-cadre destinée à la production d'une œuvre audiovisuelle²⁰⁰.

Une nouvelle modification est intervenue par la loi du 17 mai 2004²⁰¹, celle-ci ne réformant

¹⁹⁴ Commission Européenne, Aide d'État n°410/02 (ex-CP 77/2002) – Belgique – Aides d'État à la production cinématographique et audiovisuelle belge – régime dit du « Tax Shelter » cinématographique, C (2003)1469 fin, 13 mai 2003, point 31.

¹⁹⁵ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles du 26 septembre 2001, JO C 123, 30 avril 2004, p. 1.

¹⁹⁶ Communication de la Commission concernant la prolongation de la validité de la communication sur le suivi de la communication de la Commission concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma) du 26 septembre 2001, JO C 134, 16 juin 2007, p. 5.

¹⁹⁷ Communication de la Commission concernant les critères d'évaluation des aides d'État fixés par la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma) du 26 septembre 2001, JO C 31, 7 février 2009, p. 1.

¹⁹⁸ Cfr. Chapitre 2, Section 3, § 4.

¹⁹⁹ Loi-programme du 22 décembre 2003, M.B., 31 décembre 2003, art. 291 à 293.

²⁰⁰ CIR/92, art. 194ter, §1, 3°, 2° tiret

²⁰¹ Loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194ter du Code d'impôts sur les revenus relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, M.B., 4 juin 2004.

que sensiblement le régime déjà en vigueur.

Trois changements méritent toutefois d'être épinglés : premièrement, sont désormais admises, au titre d'investisseur, les entreprises liées aux entreprises de télédiffusion belge ou étrangère ; en second lieu, l'exonération fiscale reste temporaire, mais uniquement pour une période de quatre ans à partir de la conclusion de la convention-cadre, pour autant que l'ensemble des conditions soient respectées²⁰² ; troisièmement, les œuvres de fiction ont été ajoutées au titre d'œuvre audiovisuelle agréée²⁰³.

Cette loi a, conformément à l'article 108, § 3, du TFUE, été soumise à l'approbation de la Commission, qui n'a émis aucune réserve et a en outre précisé que « *les modifications [...] n'altèrent pas en substance [sa précédente appréciation] [...] mais paraissent au contraire de nature à effectivement renforcer l'attractivité du système mis en place* »²⁰⁴.

§ 3 – Accord de la Commission concernant le Tax Shelter 2.0

La Commission européenne a été amenée à rédiger une nouvelle Communication « cinéma »²⁰⁵ afin de tenir compte des différentes évolutions qui sont venues jalonner les années 2000.

Dans sa dernière Communication « cinéma », la Commission relève les trois évolutions principales qu'elle n'avait pas abordées dans sa Communication de 2001. Premièrement, on a vu apparaître des « *aides en faveur d'activités autres que la production audiovisuelle [...] notamment la distribution cinématographique et les salles de cinéma* ». En outre, différents États membres ont décidé de soutenir « *des projets audiovisuels qui vont au-delà de la notion traditionnelle de productions cinématographiques et télévisuelles, [...] [comme] les productions interactives comme les transmédia*²⁰⁶ ou les jeux vidéo ». Enfin, la Commission a constaté « *une concurrence entre les*

²⁰² Cfr. Chapitre 1, Section 3, § 2.

²⁰³ Loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194ter du Code d'impôts sur les revenus relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 4 juin 2004.

²⁰⁴ Décision de la Commission du 30 juin 2004, C (2004) 2206 (fin), point 21.

²⁰⁵ Communication de la Commission sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, *JO C* 332/1, 15 novembre 2013.

²⁰⁶ Les transmédiâs sont « *une forme de divertissement née de la convergence des technologies, intégrant des textes multiples qui créent une narration si large qu'elle ne peut contenir sur un seul média* » (M. BOURDAA, E. VITALIS ET A. CHOTARD, « État de l'art sur le transmédia », 16 juin 2011, <http://www.euromediaaudiovisuel.net/Files/2013/05/08/1368003791360.pdf>).

*États membres, qui utilisent les aides d'État pour attirer des investissements étrangers de grandes sociétés de production originaires de pays tiers »*²⁰⁷.

Outre cela, la Commission se devait également de tenir compte des évolutions jurisprudentielles apportées par la C.J.U.E., dans les arrêts Uteca et Laboratoires Fourniers. Dans l'arrêt Uteca, la Cour a affiné la définition « d'aide d'État » et a adopté une définition large de la diversité culturelle tandis que dans l'arrêt Laboratoires Fourniers, et comme le rappela la Commission dans sa Communication de 2013, elle a décidé que « *même si le régime exige qu'une activité de production déterminée ait lieu sur le territoire qui accorde l'aide, les dépenses consacrées aux biens, services ou travailleurs provenant de n'importe quel pays de l'EEE doivent être éligibles* »²⁰⁸.

La Commission a donc apporté des modifications aux différents critères de la Communication de 2001. Les voici : il faut que l'aide accordée bénéficie à un produit culturel, celui-ci étant défini sur base de critères nationaux ; dans le but d'encourager les initiatives commerciales normales, l'intensité de l'aide doit, en principe, être limitée à 50% du budget de la production ; les coûts de distribution et de promotion d'œuvres audiovisuelles admissibles au bénéfice d'une aide à la production peuvent bénéficier d'une aide d'une même intensité que s'il s'était agi ou aurait pu s'agir de la production ; les aides destinées à des activités spécifiques de production autres que l'écriture de scénarios, le développement, la distribution ou la promotion ne sont pas autorisées ; enfin, la procédure d'octroi doit être effectuée de la manière la plus transparente possible²⁰⁹.

Dans sa décision du 28 novembre 2014²¹⁰, la Commission a approuvé le Tax Shelter 2.0, celui-ci respectant bien les différents critères de sa Communication 2013 et ce, jusqu'au 31 décembre 2020²¹¹. Cette approbation a été formalisée par l'arrêté royal du 19 décembre 2014 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2014 au 1^{er} janvier 2015²¹².

²⁰⁷ Communication de la Commission sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, JO C 332/1, 15 novembre 2013, p. 3, point 16.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 13.

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 14-15 et P. DELLA FAILLE, *Le régime du Tax Shelter – Aspects de droit civil, fiscal, comptable et financier*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 50.

²¹⁰ Commission européenne, Aide d'État SA.38370 (2014/N) – Belgique, 28 novembre 2014.

²¹¹ P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, p. 51.

²¹² A.R. du 19 décembre 2014 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2014 modifiant l'article 194ter de Code des impôts sur les revenus 1002 relatif au régime de Tax Shelter pour la production audiovisuelle, M.B., 31 décembre 2014, art. 1.

Chapitre 3 – *Tax Shelter* : dérives et réformes

Si le *Tax Shelter* véhiculait de grandes promesses pour la production audiovisuelle et le cinéma belges, la mise en place de ce mécanisme n'a pas tardé à montrer ses faiblesses, engendrant de plantureux bénéfices pour les sociétés investisseuses mais perdant peu à peu de vue l'objectif initial du dispositif fiscal, la promotion culturelle belge. Le législateur se devait donc de rectifier le tir et d'apporter des solutions aux différentes dérives dénoncées par les professionnels du *Tax Shelter*.

Dans ce troisième chapitre, nous allons à présent nous concentrer sur les critiques émises à l'encontre du *Tax Shelter* (Section 1) et sur les solutions apportées par les réformes de 2013 et 2014 (Section 2).

Section 1 - Dérives depuis la mise en oeuvre du TS²¹³

Bien que la mise en place définitive du *Tax Shelter* se soit avérée assez laborieuse, en raison de la notification effectuée à la Commission européenne et les modifications qui en ont résulté, le TS s'est néanmoins rapidement imposé comme une nouvelle source de financement incontournable de l'industrie audiovisuelle et cinématographique, en partie grâce à l'apparition des structures intermédiaires atténuant la complexité de ce mécanisme.

Préalablement aux réformes de 2013 et 2014, différentes auditions ont été menées les 12 mars, 19 mars et 27 mars 2014 afin de recueillir l'avis des professionnels de ce secteur. Il s'en est dégagé que les dérives étaient au nombre de quatre : un problème d'ordre général lié au fonctionnement du TS (§1), une tendance à la disproportion des coûts de fonctionnement du système de levée de fonds par rapport à l'investissement réel parvenant effectivement au secteur audiovisuel (§2), un contrôle défaillant, lié à l'absence de réglementation concernant les intermédiaires (§3) ainsi qu'un risque d'appauvrissement culturel (§4).

²¹³ Dans le cadre de cette section, nous nous inspirons des travaux préparatoires des différentes lois ainsi que de la remarquable contribution de F. LECOMTE, « Entre niche fiscale et produit culturel : quel avenir pour le Tax Shelter ? », Bruxelles, U.L.B., Mémoire, 2014, pp. 24-28 ; voy. également Annexe V pour un exemple schématique de mécanisme frauduleux.

§ 1 – Dérives liées au fonctionnement du Tax Shelter

En raison de « *la difficulté que pouvait représenter pour [les investisseurs], souvent profanes, un investissement dans un secteur aussi complexe et opaque que celui de l'audiovisuel* », nous avons vu apparaître une myriade de structures intermédiaires qui « *se sont proposées d'assister les investisseurs dans les investissements en Tax Shelter (identification des œuvres éligibles à potentiel de rendement, négociation des droits aux recettes revenant aux investisseurs, suivi administratif et financier de l'investissement, respect des formalités requises par l'article 194ter, etc.)* »²¹⁴.

Toutefois, l'apparition de ces structures intermédiaires, conjuguée à certaines décisions du Services de Décisions Anticipées²¹⁵, a mis en évidence certains excès dans la pratique du *Tax Shelter*. Nous avons ainsi pu constater que, s'il y avait un certain équilibre entre objectifs économique et culturel au départ, celui-ci s'est peu à peu évaporé²¹⁶.

Initialement, les droits acquis sur l'œuvre (la part « *equity* ») étaient incessibles. Cependant, après la réaction de la Commission européenne, laquelle a décrété que cette incessibilité permanente des droits était contraire au droit européen, le législateur a dû changer son fusil d'épaule en supprimant cette condition d'incessibilité²¹⁷. Suite à cette suppression de cette condition d'intangibilité, les structures intermédiaires ont mis en place des mécanismes permettant aux investisseurs d'avoir un rendement minimum garanti, et, ce faisant, leur ont permis d'augmenter considérablement leur avantage financier²¹⁸. Ceci a eu pour conséquence que ces sociétés leveuses de fonds ont attiré de plus en plus d'investisseurs, leur permettant d'accroître considérablement les

²¹⁴ P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, p. 29 ; il avait en outre été précisé que « *l'art. 194ter, CIR 92 n'interdit pas les regroupements ou les structures intermédiaires entre la société résidente de production audiovisuelle et les sociétés qui investissent et prêtent des sommes en exécution d'une convention-cadre [...], sans préjudice toutefois des obligations légales qui incombent à la société résidente de production audiovisuelle* » (SPF Finances, Circulaire n° Ci.RH. 421/566.524 du 23 décembre 2004 relative aux mesures d'encouragement pour le financement de la production d'œuvres audiovisuelles belges agréées (tax shelter), n°12).

²¹⁵ Décision anticipée n° 500.335 du 22 décembre 2005 et Décision anticipée n° 600.236 du 27 juin 2006, notamment.

²¹⁶ A cet égard, nous renvoyons aux différentes interventions des Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001.

²¹⁷ Chapitre 2, Section 3, § 2, B.

²¹⁸ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 69.

commissions payées par les producteurs²¹⁹.

Afin de contourner l'incessibilité temporaire des droits, les intermédiaires ont développé les options « *stop loss* », par la suite autorisées par le Service de Décisions Anticipées²²⁰ (ci-après S.D.A.). Cette option permet « *à l'investisseur, par la vente à un tiers (société de production, société intermédiaire, société tierce, etc.) de ses droits aux recettes [...], de percevoir un montant correspondant à la différence entre le montant de son investissement en droits liés à la production et à l'exploitation de l'œuvre et l'avantage fiscal dont il bénéficie aux termes de l'article 194ter, intérêts sur le prêt non compris* »²²¹.

Quelques mois plus tard, le S.D.A. est allé plus loin encore en mettant sur pied une option de vente à « *revenu garanti* »²²². Ce dispositif devait permettre « *à l'investisseur de récupérer un prix net correspondant à 15% du montant total de l'investissement, diminué du montant des recettes nettes après impôt des sociétés déjà encaissées par l'investisseur au moment de la levée de l'option, étant entendu que, compte tenu du fait que la partie investie sous la forme de prêt ne porte pas intérêt, le rendement minimum ainsi garanti à l'investisseur s'élève, au terme de dix-huit mois, à 6% du montant total investi* »²²³.

Selon le S.D.A., il subsistait toujours un risque général, tant pour l'option « *stop loss* » que pour l'option de vente à « *revenu garanti* », que l'octroi et le maintien de l'exonération fiscale ne soient pas accordés, le TS restant ainsi un investissement à risque²²⁴. En conséquence, « *[l]e rendement minimal garanti et plafonné aux 4.52 % prévus [initialement] [...] [était] gonflé par des rendements supplémentaires, allant jusqu'à 20 %*²²⁵ »²²⁶. Cette situation a engendré une course aux rendements, une surenchère spéculative entre les différentes structures intermédiaires avec pour corollaire des rendements de plus en plus excessifs « *dont la valeur est indépendante du succès*

²¹⁹ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 22.

²²⁰ Décision anticipée n° 500.335 du 22 décembre 2005.

²²¹ P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, p. 29.

²²² Décision anticipée n° 600.236 du 27 juin 2006.

²²³ P. DELLA FAILLE, *op. cit.*, p. 31.

²²⁴ Décision anticipée n° 500.335 du 22 décembre 2005, point 37 et Décision anticipée n° 600.236 du 27 juin 2006, point 40.

²²⁵ On parle ici de 20% net !

²²⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 6.

commercial du film et sans plus aucun lien avec la valeur réelle de l'investissement »²²⁷.

L'ensemble de ces dérives a été accentué par le fait que, suite à la réserve qu'avaient certains producteurs de recourir à des intermédiaires en raison de leurs coûts, certains intermédiaires ont décidé de créer leur propre société de production investissant les fonds levés directement dans celle-ci²²⁸. Non seulement, cela a engendré un certain manque de professionnalisme du secteur, mais en outre, cela a entraîné une concurrence déloyale, dans la mesure où les intermédiaires favorisaient leur propre société de production²²⁹.

Au final, le TS s'apparentait davantage à un placement purement financier et sans risque, bien loin de la philosophie originelle du mécanisme mis en place. Au niveau de son fonctionnement, outre l'apparition de ces intermédiaires mixtes, les principales dérives sont son système de rachat de droits, la course à des rendements plantureux ainsi que le détournement des fonds destinés à la création par quelques intermédiaires²³⁰.

§ 2 – Non-corrélation entre les montants investis et le financement réel

En raison de cette folle course aux rendements, un décalage de plus en plus important s'est créé entre « *d'une part, les fonds Tax Shelter levés et les sommes bénéficiant de l'avantage fiscal et, d'autre part, les montants réellement investis dans la production du film [...], au détriment de l'investissement dans les productions et de l'économie réelle du cinéma* »²³¹. En effet, les commissions prélevées par les intermédiaires²³² combinées aux revenus de plus en plus élevés des investisseurs représentent de l'argent qui ne bénéficie plus à la réalisation de l'œuvre. Comme le soulignait par ailleurs P.-P. HENDRICKX, « *[p]lus de 95 % des films (co)produits sont en effet des flops commerciaux : des films dont les recettes sont inférieures aux coûts de production ou*

²²⁷ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, pp. 6-7.

²²⁸ A. MICHIELS, *op. cit.*, p. 121.

²²⁹ M. VAN OVERSTRAETEN, « Y a-t-il une dérive du 'tax shelter' ? », *La Libre Belgique*, 6 octobre 2006 et Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, pp. 54 et 56.

²³⁰ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 7.

²³¹ *Ibid.*, p. 8.

²³² Ces commissions peuvent s'élever jusqu'à 15% du montant total de l'investissement ! (Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 15 et M. VAN OVERSTRAETEN, *op. cit.*).

d'exploitation »²³³. L'avocat précisait aussi que les sociétés investisseuses pouvaient réaliser des bénéfices, portant ainsi préjudice aux montants initialement destinés à la réalisation de l'œuvre ainsi qu'aux paiements des prestataires de services²³⁴.

De ce point de vue, le Centre du cinéma et de l'audiovisuel de la Communauté française ainsi que le *Vlaams Audiovisueel Fonds* (VAF) estiment que « *dans l'investissement total bénéficiant de l'avantage fiscal, si, en théorie, 40 % devraient relever du prêt et 60 % être investis dans le film (capital à risque), en réalité, seulement 38 %, en moyenne, de ces montants aboutissent aujourd'hui réellement dans le film* »²³⁵. Selon l'Union des producteurs de films francophones (UPFF), « *le financement net aboutissant dans les productions est devenu de plus en plus faible d'année en année, passant de 57,26 % à 31,06 % de capital à risque et d'un ratio capital à risque/avantage fiscal de 112 % à 61 %* »²³⁶. On a ainsi constaté, au cours des dix dernières années, que « *la mesure a été progressivement vidée de sa substance en ce que l'équilibre entre les capitaux obtenus sur le marché et le budget disponible pour la production a totalement disparu* »²³⁷.

§ 3 – Contrôle défectueux

L'un des principaux problèmes sous-jacents aux dérives développées ci-dessus est l'absence de toute condition pour devenir une structure intermédiaire dans le TS²³⁸. Effectivement, « *le marché des intermédiaires n'est pas réglementé, d'où, notamment, un contrôle insuffisant sur les informations qui sont données aux investisseurs potentiels et un manque de transparence en ce qui concerne les risques et les rendements offerts* »²³⁹.

Une dichotomie peut ici être observée, au sein de ce marché des intermédiaires, entre ceux

²³³ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 16.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 8.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 31 ; Cfr. Annexe IV.

²³⁸ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 10 et Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 61.

²³⁹ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001,

qui ont une réelle volonté de promouvoir la culture et de maintenir l'équilibre entre l'objectif culturel et l'objectif financier d'une part et, d'autre part, ceux qui ont uniquement comme dessein de générer le plus de profit possible²⁴⁰.

En raison de la présence d'intermédiaires peu scrupuleux, nous avons assisté à des « *facturations exorbitantes de la part de certains prestataires de services pour certaines prestations spécifiques et pas toujours au centre de la création culturelle* », des excès amplifiés par l'absence d'une quelconque réglementation et d'une administration fiscale qui, d'une part, n'était pas toujours bien informée quant à la « fabrication » d'un film, et qui, d'autre part, entretenait trop peu de relations avec les instances communautaires de l'audiovisuel²⁴¹. Il y a donc eu à déplorer une insuffisance dans les dépenses structurantes, c'est-à-dire celles qui ont un effet direct et de stimulation sur l'industrie du cinéma²⁴².

§ 4 – Risque d'appauvrissement culturel

L'ensemble des trois premières dérives mènent à la dernière. On constate en effet une « tendance très claire à l'investissement dans le cinéma commercial et international²⁴³, avec de grandes vedettes à l'affiche, au détriment des films d'auteurs²⁴⁴, avec des acteurs moins connus ou débutants, des premiers films, des documentaires, des courts métrages et des projets majoritaires belges »²⁴⁵. Comme l'a souligné Patrick QUINET, président de l'UPFF, il est « *très difficile, et a fortiori pour des personnes étrangères au secteur de l'audiovisuel, d'évaluer la qualité d'un film et d'en prévoir le succès* »²⁴⁶. De plus, toujours selon Mr. QUINET, le *Tax Shelter* « crée donc une surenchère des différents producteurs à l'égard des investisseurs, qui ne choisissent pas de financer un film par affinité artistique mais pour le rendement qu'ils en attendent²⁴⁷ »²⁴⁸.

²⁴⁰ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 10.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² P.-A. SIMON, *op. cit.*, p. 64.

²⁴³ Souligné par nous.

²⁴⁴ Souligné par nous.

²⁴⁵ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1, p. 9.

²⁴⁶ Auditions sur la réforme du système du *Tax Shelter*, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 24.

²⁴⁷ Souligné par nous.

²⁴⁸ Auditions sur la réforme du système du *Tax Shelter*, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 24.

Alors que l'objectif initial était pourtant la promotion de la culture belge et partant, l'investissement dans des productions majoritairement belges, on a pu observer, au contraire, que les plus gros montants sont en réalité affectés à des coproductions internationales où la part belge est minoritaire, et que l'évolution de cette tendance a été en parallèle avec l'augmentation des investissements effectués via le *Tax Shelter*²⁴⁹.

Section 2 - Modifications récentes, pistes de solution

Comme tout nouveau mécanisme, il paraît logique que le législateur patiente quelque peu avant de revoir sa copie, et qu'il se donne le temps d'évaluer sa portée et d'analyser les éventuelles critiques. S'il a procédé à différents ajustements au cours des années 2000, ce n'est que récemment que le législateur s'est sérieusement attelé à la réforme du TS.

Au vu des différents problèmes développés ci-dessus et de la demande pressante des professionnels du secteur audiovisuel et cinématographique, le législateur a entrepris de modifier le *Tax Shelter* tel qu'il était en vigueur depuis 2004. Ce qu'il a fait dans un premier temps, et dans une mesure moindre, avec la loi du 17 juin 2013 (§1), avant d'opérer une réforme plus en profondeur, avec la loi du 12 mai 2014 (§2).

§ 1 – Loi du 17 juin 2013 : un premier pas

La loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement²⁵⁰ est la première modification législative tentant de remédier aux différentes dérives que nous avons abordées dans la section précédente. Bien que celle-ci n'ait eu qu'une portée limitée, elle a néanmoins apporté quelques améliorations notables.

Les deux modifications majeures de la loi de 2013 concernent la condition de dépenses en Belgique²⁵¹. Le législateur exige désormais que le « *le montant de dépenses de production ou d'exploitation en Belgique* » [...] *[s'élève] à au moins 90% des sommes effectivement versées par les*

²⁴⁹ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, pp. 31-32.

²⁵⁰ Loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement, *M.B.*, 28 juin 2013.

²⁵¹ Nouvel article 194ter, § 1, 3°, 2° tiret.

sociétés investisseuses en exécution des conventions-cadres »²⁵². Cette condition concerne les sommes versées tant sous la forme de prêts que sous la forme de prises de participation, remplaçant ainsi la règle des 150% du montant investi sous forme d'*equity*. En outre, le législateur a également prévu qu'à l'avenir, 70% des dépenses devront être directement liées à la production²⁵³. Une double liste a été établie afin de déterminer quelles sont les dépenses directement liées à la production ou non²⁵⁴. A cet égard, il nous paraît regrettable que ces listes aient été déclarées non-exhaustives, ce qui est source d'insécurité juridique²⁵⁵ et implique que les dépenses non mentionnées devront être examinées au cas par cas²⁵⁶. Cela pourrait entraîner perte de temps et effet démotivant pour les investisseurs, selon nous.

Pour le surplus, nous pouvons souligner d'autres modifications mineures telles qu'un allongement du délai, de 18 à 24 mois, pour effectuer les dépenses dans le cadre d'un film d'animation afin de « *mieux tenir compte de la durée réelle de la mise en œuvre de ce type de production* »²⁵⁷ ainsi qu'une extension, à tous les contribuables, de la non-déductibilité des frais et des pertes afin de « *prévenir tout problème d'abus sur la valeur d'échange des droits* »²⁵⁸.

²⁵² P.-P. HENDRICKX, « La réforme du Tax Shelter », *C & FP*, 2013, n° 10, p. 3.

²⁵³ En d'autres termes, le montant total des dépenses directement liées à la production doit être d'au moins 63% (90% x 70%) ; l'objectif de ces changements était de rendre un effet plus structurant aux dépenses liées à la production audiovisuelle et cinématographique.

²⁵⁴ Pour les dépenses directement liées à la production, il y a par exemple les frais couvrant les droits artistiques, les salaires et autres indemnités du personnel, les frais affectés au paiement des acteurs, musiciens, etc., les frais de décors, accessoires, costumes et attributs.

Pour les dépenses non directement liées à la production, nous retrouvons entre autres les frais généraux et commissions de production au profit du producteur, les frais inhérents au financement de l'œuvre éligible, les frais de distribution à charge de la société de production.

²⁵⁵ A cet égard, nous renvoyons à l'intervention de P.-P. HENDRICKX dans les Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2762/001, p. 17.

²⁵⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2756/0001 et 2757/001, p. 12. Le S.D.A. vient apporter son aide pour la détermination d'une dépense dans l'une ou l'autre liste. Par exemple, dans sa décision n° 800.362 du 25 novembre 2008, le S.D.A. décidait que « *les factures émises par une ASBL X, dont le service de gestion de contrats salariés est utilisé par la société de production Y, sont constitutives, à concurrence du budget salarial relatif aux prestations artistiques (soit 93,5 p.c. du montant facturé HTVA)* » (Pour plus de précisions, cfr. P.-P. HENDRICKX, *op. cit.*, p. 3).

²⁵⁷ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2756/0001 et 2757/001, p. 13.

²⁵⁸ *Ibid.*

§ 2 – Loi du 12 mai 2014 : une réelle avancée

Dans une lettre ouverte publiée dans La Libre Belgique, l'UPFF et la Vlaamse Film Producenten Bond (VFPB)²⁵⁹ écrivaient, concernant la loi de 2013, qu'il y avait eu « *quelques précisions et ajouts intéressants permettant notamment de mieux garantir l'aspect structurant des dépenses audiovisuelles éligibles au tax shelter* »²⁶⁰. Cependant, il était aussi précisé que « *ces adaptations n'offrent toutefois pas de solution aux problématiques de gonflement artificiel des dépenses et de surenchère dans les rendements offerts aux investisseurs, qui constituent les principales dérives pervertissant aujourd'hui le système et menaçant sa pérennité* »²⁶¹.

Le législateur se devait donc de reprendre sa plume afin d'opérer la réforme tant attendue par l'ensemble du secteur audiovisuel. C'est ce qu'il a fait dans la loi du 12 mai 2014²⁶², dont l'objectif était de « *retrouver, via une modification du système, la philosophie originelle de la loi, à savoir une incitation fiscale intéressante pour l'investisseur*²⁶³ qui permette de soutenir l'ensemble du secteur audiovisuel, dans la diversité des genres, mais également une incitation fiscale dont on attend des effets économiques structurants pour tous les maillons de l'industrie de l'audiovisuel²⁶⁴ »²⁶⁵.

Si le nouvel article 194ter présente de nombreuses similitudes avec l'ancien, et ce « *afin de garantir une continuité dans le secteur* »²⁶⁶, certaines modifications non sans importance doivent être relevées : la suppression de l'acquisition des droits par l'investisseur (A) ; l'introduction de la notion d'intermédiaire (B) ; l'obligation d'agrément pour les sociétés de production et pour les intermédiaires (C) ; l'exonération provisoire sur la base des sommes versées et l'exonération définitive sur la base de l'attestation fiscale délivrée par le SPF Finances (D) ; la rémunération des sommes versées à un taux maximum déterminé (E) ; l'introduction de mesures connexes visant à éviter les abus (F).

²⁵⁹ A eux deux, ils représentent 95% de la production d'initiative belge et environ 70% des coproductions internationales.

²⁶⁰ Contribution externe, « Tax shelter: Lettre ouverte du secteur audiovisuel au Gouvernement fédéral », *La Libre Belgique*, 6 janvier 2014,

<http://www.lalibre.be/debats/opinions/tax-shelter-lettre-ouverte-du-secteur-audiovisuel-au-gouvernement-federal-52cae0ac3570105ef7e643a9>.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Loi du 12 mai 2014 modifiant l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 27 mai 2014.

²⁶³ Souligné par nous.

²⁶⁴ Souligné par nous.

²⁶⁵ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2463/1, p. 4.

²⁶⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/003, p. 4 et *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2589/2, p. 3.

A. Suppression de l'acquisition des droits par l'investisseur

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'ancien système était caractérisé par une surenchère des rendements promis aux investisseurs et une diminution du financement net des œuvres. La cause de ces dérives était la possibilité, pour les investisseurs, d'acquérir des droits dans l'œuvre. Le législateur a remédié à cela en interdisant cette possibilité aux investisseurs²⁶⁷. Cette interdiction vaut aussi pour les investisseurs qui possèderaient déjà des parts dans l'œuvre éligible. En outre, « [a]ucun avantage économique ou financier ne peut être octroyé à l'investisseur éligible, à l'exception des cadeaux commerciaux de faible valeur²⁶⁸ »²⁶⁹. Soulignons également que l'investissement est désormais « à fonds perdu »²⁷⁰.

Sont cependant exclus de cette interdiction « [l']auteur de livre ou une maison d'édition qui reçoit des droits à la mise à l'écran de son œuvre. [...] En effet, ils n'ont pas acheté un droit en vue de l'obtention d'un certain rendement »²⁷¹. Sont également exclues les « entreprises qui détiennent des droits de distribution du fait de leurs activités de base. En effet, ce ne sont pas des droits de propriété dans l'œuvre éligible »²⁷².

B. Notion d'intermédiaire

Par l'insertion, dans l'article 194ter, au § 1, al. 1, 3°, de la définition de « sociétés intermédiaires », le législateur n'a fait que formaliser l'existence d'un acteur déjà existant, mais dont il fallait encadrer le statut. Celui-ci est désormais défini comme étant « la personne physique ou morale qui intervient dans le cadre de la négociation et de la conclusion de la convention-cadre dans l'optique de la délivrance de l'attestation Tax Shelter moyennant une rémunération ou un avantage, qui n'est pas elle-même une société de production éligible ou un investisseur éligible et qui a été agréée²⁷³ en tant que tel par le ministre qui a les Finances dans ses attributions, suivant une procédure simplifiée dont les modalités et conditions sont déterminées par le Roi ».

²⁶⁷ C.I.R./92, art. 194ter, § 11, al. 2 nouveau.

²⁶⁸ Concernant les cadeaux de faibles valeurs, cfr. C.T.V.A, art. 12, § 1, al. 1, 2°.

²⁶⁹ C.I.R./92, art. 194ter, § 11, al. 1.

²⁷⁰ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », C & FP, 2015, n° 6, p. 8.

²⁷¹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 3.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Souligné par nous.

C. Obligation d'agrément des intermédiaires et des sociétés de production

En vue de revenir à l'objectif originel du *Tax Shelter*, à savoir le soutien du financement des œuvres audiovisuelles, le législateur n'a pas trouvé déraisonnable d'imposer « *des obligations à ceux qui le pratiquent* »²⁷⁴. Tant les sociétés d'intermédiation que les sociétés de production doivent décrocher un agrément auprès du ministre des Finances²⁷⁵. Le législateur a justifié cette obligation par une assimilation des conventions-cadres signées et des attestations TS délivrées à un appel public de capitaux²⁷⁶.

Le demandeur d'agrément est tenu de respecter non seulement les règles relatives à l'application de l'article 194^{ter}, mais également celles concernant la loi relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés²⁷⁷. L'objectif sous-jacent à cette mesure est la tenue d'une liste des sociétés de production et d'intermédiation agréées par le ministre des Finances, et ainsi de pouvoir les contrôler²⁷⁸.

En outre, « *l'agrément initial est octroyé pour une période indéterminée* », avec la possibilité, pour le ministre des Finances, de « *retirer cet agrément en cas de non-respect des règles* »²⁷⁹. Lorsque le ministre en question prend une telle sanction, la société ayant perdu l'agrément doit attendre 24 mois pour introduire une nouvelle demande, laquelle sera soumise à un examen plus approfondi²⁸⁰. De plus, le nouvel agrément ne sera concédé que pour une durée de trois ans renouvelable²⁸¹.

D. Exonération provisoire et exonération définitive

Une autre modification fondamentale de la loi du 12 mai 2014 est l'introduction de l'attestation

²⁷⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 6.

²⁷⁵ C.I.R./92, art. 194^{ter}, § 1, al. 1, 2° et 3°.

²⁷⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 6.

²⁷⁷ Loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *M.B.*, 21 juin 2006.

²⁷⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 6.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

« *Tax Shelter* »²⁸². Celle-ci peut être demandée par le producteur d'une œuvre éligible au SPF Finances, une fois que l'œuvre en question est terminée, sur la base des dépenses qualifiantes. Il s'agit des « *dépenses liées à la production qui sont faites dans l'Espace économique européen* »²⁸³ en relation avec la production d'une œuvre éligible »²⁸⁴. En d'autres termes, ces dépenses doivent être « *de nature à fournir une contribution durable au développement et à la réalisation de l'œuvre audiovisuelle* »²⁸⁵. En outre, sous réserve du prescrit européen, le maximum de ces dépenses doit être effectué en Belgique, c'est-à-dire au moins l'équivalent à 90% de la valeur de l'attestation *Tax Shelter*, que ce soit pour des dépenses directement liées à la production ou non²⁸⁶.

Rappelons cependant que les prescrits de la loi de 2013 sont toujours d'application en ce qui concerne la ventilation entre dépenses directement liées à la production et dépenses non directement liées à la production. Il faut donc que 70% au moins des dépenses soient directement liées à la production²⁸⁷. Si cette contribution de 70% n'est atteinte, « *la valeur fiscale de l'attestation tax shelter est diminuée en fonction du déficit d'investissements durables en pourcentage* »²⁸⁸. Par ailleurs, pour une même attestation, le législateur a fixé une limite à 15 000 000 €²⁸⁹ « *afin de limiter le coût budgétaire pour l'État et d'éviter qu'un seul projet concentre l'ensemble de l'enveloppe budgétaire de l'État* »²⁹⁰. Le législateur impose cependant une limite puisque la valeur de l'attestation TS ne peut excéder « *un maximum égal à dix-neuvièmes du montant des dépenses de production et d'exploitation [...] et effectuées en Belgique dans les 18 mois qui suivent la signature de la convention-cadre* »²⁹¹ »²⁹².

Dans un premier temps, et provisoirement, « *l'investisseur reçoit une exonération égale à 310% des sommes qu'il a versées en exécution d'une convention-cadre, [...] cette exonération [étant] limitée à 150% de la valeur fiscale estimée de l'attestation Tax Shelter selon la planification*

²⁸² Pour une explication schématique de nouveau système, nous renvoyons le lecteur à l'Annexe VI de cette contribution.

²⁸³ Ci-après, « *EEE* ».

²⁸⁴ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, alinéa 1^{er}, 6° nouveau.

²⁸⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, pp. 3-4.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁷ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, al. 4. Pour rappel, il s'agit de 63% du montant total des dépenses (70% x 90%).

²⁸⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 4.

²⁸⁹ En termes « *net* », le montant total ne peut dépasser 7.258.064 € (15 millions x 150/310).

²⁹⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 8.

²⁹¹ Ce délai s'étendant à 24 mois pour les films d'animation.

²⁹² P.-P. HENDRICKX, « *Le 'tax shelter 2.0.'* », issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 13.

*budgétaire décrite dans la convention-cadre »²⁹³. Le législateur a prévu cette limitation afin d'éviter que les investisseurs ne gonflent artificiellement leurs versements en vue de bénéficier d'une exonération provisoire plus conséquente²⁹⁴. De même, le législateur a mis en place une mesure anti-abus puisque « *si l'investisseur verse plus, la limite par rapport aux dépenses qualifiantes joue (la valeur fiscale de l'attestation tax shelter) et son rendement diminue. Si l'investisseur verse moins, la limite par rapport à la dépense effective joue et son rendement est limité »*.²⁹⁵. Une autre limitation est prévue quant à l'exonération provisoire du fait que celle-ci « *est accordée à concurrence d'un montant limité à 50%, plafonnés à 750 000 €, des bénéfices réservés imposables de la période imposable »*, avec toutefois la possibilité d'un report successif sur les bénéfices des prochaines périodes imposables dans l'hypothèse d'absence ou d'insuffisance de bénéfices pour une période imposable²⁹⁶.*

A partir de la signature de la convention-cadre entre le producteur et l'investisseur, le producteur aura dix-huit mois pour opérer les dépenses de réalisation de l'œuvre²⁹⁷. C'est également à cette date que la société investisseuse reçoit son avantage fiscal, à condition d'effectuer les dépenses en faveur de l'œuvre éligible et de procéder aux versements des sommes « *dans les trois mois suivant la signature de cette convention-cadre »*²⁹⁸, en fonction du montant versé sur la base de la convention-cadre²⁹⁹.

L'exonération, provisoire dans un premier temps, deviendra ensuite définitive sous réserve que l'attestation temporaire soit « *délivrée effectivement au plus tard le 31 décembre de la quatrième année qui suit celle de la signature de la convention-cadre »*³⁰⁰. Dans le cas où aucune attestation n'est délivrée dans le délai imparti, l'avantage fiscal qui avait été octroyé au préalable sera purement et simplement annulé³⁰¹. De plus, dans le but d'éviter d'éventuels abus, « *un intérêt de retard sera dû*

²⁹³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 4.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 5.

²⁹⁶ Art. 194ter, § 3.

²⁹⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 8.

²⁹⁸ Tout comme sous l'ancien régime, il s'agit d'une déduction des bénéfices réservés imposables.

²⁹⁹ Art. 194ter, § 2, nouveau.

³⁰⁰ Art. 194ter, § 5, al. 1.

³⁰¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 9.

[...] à partir du 30 juin de l'exercice d'imposition pour lequel l'exonération a été accordée »³⁰².

D'autre part, si l'attestation est délivrée pour un montant inférieur à celui stipulé dans la convention-cadre, une réduction proportionnelle sera opérée sur l'exonération, éventuellement assortie d'intérêts de retard à compter du 30 juin de la période imposable pour lequel l'exonération a été précédemment octroyée³⁰³.

Enfin, dans un souci de sécurité juridique, il est permis « *au producteur d'offrir à l'investisseur une assurance qui indemnise l'investisseur pour la perte de son avantage fiscal, y compris les intérêts de retard éventuellement dus. Le producteur doit donc non seulement tenir compte de la rémunération ou de l'avantage de l'intermédiaire, mais le cas échéant aussi, de la prime à payer pour l'assurance visée ci-dessus* »³⁰⁴.

E. Rémunération des sommes versées à un taux maximum déterminé

En vue de revenir à l'objectif initial du Tax Shelter, à savoir l'octroi d'un avantage fiscal en cas de financement d'une production audiovisuelle et cinématographique belge, le législateur a entendu baliser les possibilités de rendements pour les investisseurs et les intermédiaires, tout en veillant à ce que ceux-ci conservent un intérêt à investir, ce qui peut paraître presque essentiel dans la société mercantile qui est la nôtre actuellement. De fait, le législateur, lors de la réforme de 2014, a souligné que « *[p]our offrir un rendement raisonnable à l'investisseur, son avantage fiscal doit être calculé de manière telle qu'après impôts, il ait un revenu net plus élevé que sans l'aide apportée à l'industrie cinématographique. La mesure de ce rendement dépend de la situation du marché* »³⁰⁵. La situation de marché visée par le législateur est celle que l'on a dans des conditions « normales »³⁰⁶.

Premièrement, en vue de garantir un certain rendement pour les sociétés investisseuses, le législateur a mis en place une double mesure. D'une part, il s'agit d'une exonération provisoire à hauteur de 310% sur les sommes investies, limitée à 150% de la valeur fiscale de l'attestation *Tax Shelter*. D'autre part, pour un financement de 100€, la société investisseuse ne doit plus que fournir

³⁰² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 9.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 4.

³⁰⁶ *Ibid.*

48,39€ ; on constate donc une mobilisation moindre de ses liquidités³⁰⁷. Pour reprendre l'exemple d'un investissement de 100€, l'investisseur bénéficiera d'une exonération provisoire de 48,39€ x 310%, *i.e.* 150€, ce qui représente 50,99€ *après* impôt des sociétés. On constate alors qu'elle aura réalisé une plus-value de 2,603€ (50,99€ - 48,39€), soit 5,37%³⁰⁸. Au bout du compte, et si toutes les conditions sont respectées, l'investisseur se verra octroyer une exonération définitive, limitée toutefois à 150% de la valeur estimée de l'attestation *Tax Shelter*.

Ensuite, l'article 194ter, en son paragraphe 6, offre la possibilité, pour le producteur, d'octroyer une rémunération aux sociétés investisseuses pour leur préfinancement³⁰⁹. Le législateur vient toutefois limiter cette rémunération puisque cette somme doit se fonder sur les « *versements réellement effectués [...] sur base d'un taux ne dépassant pas la moyenne des taux EURIBOR 12 mois du dernier jour de chaque mois du semestre civil qui précède le paiement, majoré de 450 points de base* », c'est-à-dire un peu moins de 5% actuellement³¹⁰.

En combinant l'avantage fiscal de 5,37% et le rendement complémentaire octroyé par le producteur, on obtient au final avec un rendement net garanti d'environ 10,19%, suffisamment intéressant pour ne pas donner lieu à des surenchères mais aussi pour inciter les sociétés à investir dans le secteur audiovisuel et cinématographique belge³¹¹.

A travers ces deux mesures, on discerne clairement la volonté du législateur de remédier aux différents abus, et en particulier ceux concernant la surenchère des rendements et les rémunérations excessives des investisseurs et des sociétés intermédiaires.

F. Autres mesures anti-abus

A côté des diverses modifications explicitées ci-dessus, le législateur est venu compléter le

³⁰⁷ A. BRIQUET ET C. VANSCHOORISSE, « Tax Shelter 2.0 – Back to the future », *Optima*, p. 5, issu de https://www.optima.be/sites/default/files/cu_taxshelter2_fr.pdf.

³⁰⁸ Pour cet exemple, nous avons repris l'exemple issu des travaux préparatoires : *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2463/1, pp. 12-13.

³⁰⁹ C'est-à-dire « *la période écoulée entre la date du premier versement sur base d'une convention-cadre et le moment où l'attestation Tax Shelter est délivrée par la société de production éligible à l'investisseur éligible* », selon le § 6 de l'article 194ter.

³¹⁰ Précisons qu'il s'agit d'une rémunération brute, imposable au taux de 33,99%.

³¹¹ A cet égard, nous renvoyons à l'Annexe VII pour une comparaison entre l'imposition d'une société qui ayant investi via le Tax Shelter et une société qui ne l'a pas fait ainsi qu'à l'annexe VIII pour un schéma explicatif d'un investissement dans le *Tax shelter*.

mécanisme par d'autres mesures anti-abus reprises au paragraphe 11 de l'article 194ter : outre la formalisation de la suppression de l'acquisition des droits dans le chef de l'investisseur ainsi que l'interdiction pour celui-ci de recevoir tout type d'avantages économiques ou financiers, le paragraphe 11 dispose que *« les frais et pertes, de même que les moins-values, provisions et amortissements en relation avec l'acquisition de l'attestation Tax Shelter ne sont pas déductibles en tant que frais professionnels ou pertes, ni exonérés³¹² »*.

Enfin, à côté de la législation *Tax Shelter* s'est érigée, au sein du SPF Finances, une cellule de contrôle spécifique au *Tax Shelter*. Cette cellule était indispensable pour assurer la viabilité future du TS, d'autant plus que *« [j]usqu'à présent, le contrôle était trop morcelé, aussi [...] [était-il nécessaire] de le centraliser. De plus, la délivrance centralisée de l'attestation Tax Shelter renforcera la sécurité juridique »³¹³*. Sa mission est non seulement de délibérer les différentes attestations mentionnées *supra* mais aussi *« de garantir que la plus grande partie possible des fonds recueillis au moyen du Tax Shelter soit effectivement utilisée pour la production effective d'une œuvre audiovisuelle »³¹⁴*. Ladite cellule devra, entre autres, *« délivrer les agréments aux sociétés de production et aux intermédiaires qui en font la demande, tenir à jour la liste des sociétés de production et des intermédiaires agréés, suspendre ou retirer les agréments, recevoir les copies de conventions-cadres, ... »³¹⁵*. Le législateur a en effet considéré que *« [l]a notification automatique des conventions-cadres signées au SPF Finances [...] [était] un bon instrument de lutte contre la fraude, qui permettra à l'administration d'assurer un suivi et un contrôle efficaces du système »³¹⁶*.

³¹² Selon l'article 194ter, § 11, l'investisseur dispose cependant du droit de *« revendiquer la déduction éventuelle comme frais professionnels d'autres montants que ceux versés dans le cadre de la convention-cadre et qui ont été également affectés à la production des œuvres éligibles et cela, dans les conditions mentionnées dans les articles 49 et suivants »*.

³¹³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/003, p. 11.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

³¹⁵ P.-P. HENDRICKX, « Le 'tax shelter 2.0.' », issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 20.

³¹⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/003, p. 8.

Chapitre 4 – Analyse prospective du Tax Shelter

Dans cet ultime chapitre, nous allons nous concentrer sur une approche prospective du *Tax Shelter*. Nous allons en effet voir s'il n'y aurait pas d'ores et déjà des observations, qu'elles soient positives ou négatives, à émettre quant au nouveau mécanisme du TS. Nous aborderons également la question de savoir si pareil système peut être étendu à d'autres types d'industries que celle de l'audiovisuel.

Premièrement, il nous faut saluer le fait que le législateur ait enfin pris ses responsabilités en définissant les sociétés d'intermédiation. Cependant, en se contentant de la seule définition de celles-ci, il ne faisait que formaliser une pratique déjà existante depuis les débuts du *Tax Shelter*, n'apportant de ce fait qu'une faible valeur ajoutée selon nous. Nous avons vu que, si certaines dérives ont vu le jour³¹⁷, c'est en grande partie du fait de ces protagonistes, ayant su profiter du vide juridique laissé à l'époque³¹⁸. Si nous souhaitons éradiquer définitivement ces dérives, ces intermédiaires doivent se voir soumis à des obligations énumérées dans la loi. Soulignons cependant que ces structures intermédiaires seront désormais contrôlées par une cellule spécialisée en *Tax Shelter* au sein du SPF Finances.

Celle-ci constitue un progrès notable en ce qu'elle aura non seulement le pouvoir d'accorder et/ou de retirer l'agrément à ces sociétés³¹⁹, mais également de « *contrôler que les conditions d'obtention des attestations Tax Shelter sont remplies [et de] délivrer les attestations [...]* »³²⁰.

Du reste, l'un des objectifs de la réforme de 2014 était de revenir à « *un cadre légal clair et stable* »³²¹. Nous nous permettons de douter que cet objectif puisse être atteint dans l'état actuel de la législation. En effet, plutôt que de clarifier le système, le législateur a compliqué le mécanisme en rajoutant la notion de « *dépenses de production et d'exploitation qualifiantes dans l'Espace économique européen* »³²².

³¹⁷ Surenchères dans les rendements offerts aux investisseurs, mauvaise utilisation des sommes investies avec une part décroissante dans l'apport réelle des productions,...

³¹⁸ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2463/1, p. 10.

³¹⁹ C.I.R./92, art. 194ter, § 1, 3°, dernier alinéa.

³²⁰ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 20.

³²¹ Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, pp. 6 et 58.

³²² Pour leur définition, nous renvoyons au Chapitre 3, Section 2, § 2, D.

Cette nouvelle notion a ainsi engendré une controverse quant aux « *aux dépenses liées à la production [...] en relation avec la production et l'exploitation d'une œuvre éligible* ». En effet, selon la récente contribution de P.-P. HENDRICKX, certains auteurs affirment que les dépenses d'exploitation sont les « *dépenses de distribution qui ne peuvent pas faire partie d'un budget de production et on pourrait donc soutenir qu'elles ne sont dès lors 'pas liées à la production'* »³²³. A contrario, d'autres soutiennent que « *certaines dépenses d'exploitation qui incombent au producteur sont bien des dépenses de production au sens large* »³²⁴. P.-P. HENDRICKX ajoute que certaines dépenses peuvent être considérées à la fois comme des dépenses qualifiantes et comme des dépenses de production et d'exploitation effectuées en Belgique³²⁵. Cependant, concernant les dépenses d'exploitation effectuées en Belgique, elles peuvent être considérées comme des dépenses effectuées en Belgique, mais pas comme des dépenses qualifiantes au sein de l'EEE³²⁶. Enfin, il existe « *certaines dépenses effectuées en Belgique [qui] ne [...] [répondent] pas à la définition de dépenses belges, mais bien à celle de « dépense qualifiante* » et, qui, plus est, à celle de « *dépense qualifiante directement liée à la production* »³²⁷. Cette notion de « dépenses qualifiantes » crée un imbroglio juridique superflu, auquel il y a lieu de remédier au plus vite.

Outre les polémiques causées par cette définition, celle-ci suscite également d'autres interrogations : comment l'administration fiscale est-elle supposée « *contrôler, [de manière effective] et dans des délais raisonnables, la réalité des dépenses 'qualifiantes' dans d'autres États de l'EEE* »³²⁸ ? A fortiori, comment contrôler le fait que « *ces dépenses étrangères, justifiées par exemple par des factures en hongrois ou en maltais, sont effectivement des dépenses directement liées à la production* »³²⁹ ?

Quant au droit européen, nous émettons une remarque à l'aune des quatre grandes libertés de circulation instituées par le T.F.U.E.³³⁰. Le législateur, dans sa nouvelle définition des « dépenses

³²³ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 14.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Liberté de circulation des biens (T.F.U.E., art. 34), des travailleurs (T.F.U.E., art. 45) et des personnes (T.F.U.E., art. 49), des services (T.F.U.E., art. 56) et des capitaux (T.F.U.E., art. 63)

de production et d'exploitation en Belgique », a en effet décidé d'écarter « de la catégorie des dépenses 'belges' [...] les rémunérations des artistes étrangers »³³¹. En réalité, le législateur visait à exclure « les régimes particuliers qui constituent déjà un avantage fiscal conséquent, tels que par exemple celui des artistes non-résidents pour qui le prélèvement d'un précompte professionnel de 18% constitue la seule taxation de leurs revenus d'artiste »³³².

P.-P. HENDRICKX, dont nous suivons l'analyse, met en exergue trois raisons pour lesquelles cette précision est malheureuse : premièrement, elle est contraire aux libertés fondamentales du T.F.U.E., « en ce qu'elle accepte comme dépense éligible la rémunération payée à un acteur résident belge et refuse l'éligibilité de cette même dépense lorsque l'acteur est résident d'un autre État membre »³³³ ; par ailleurs, en excluant la rémunération des artistes étrangers de ces dépenses, le législateur a présupposé que ces artistes ne seraient imposés qu'à hauteur des 18% prévus par la législation belge, alors qu'en réalité, l'artiste non-résident pourrait très bien se voir soumis à une imposition plus importante³³⁴ dans son État de résidence³³⁵ ; enfin, le législateur est revenu sur ses pas, par rapport à la version 2003, dans laquelle il avait spécifiquement « élargi la notion de dépenses belges, pour y inclure les rémunérations payées à des artistes non-résidents et attirer ainsi des tournages de coproductions internationales en Belgique »³³⁶ »³³⁷.

Concernant la surenchère des rendements, nous ne pouvons que féliciter le législateur d'avoir mis fin à la possibilité, pour l'investisseur, d'acquérir des droits sur l'œuvre, et même de l'avoir prohibée³³⁸, mettant ainsi un coup d'arrêt à la surenchère effrénée entre les différents intermédiaires. De plus, le législateur a manœuvré habilement en ce que le nouveau mécanisme permet toujours à la société investisseuse de trouver intéressant d'investir dans la production audiovisuelle et cinématographique. En effet, il a prévu un rendement minimum garanti suffisamment attractif³³⁹ afin de continuer à inciter les sociétés à investir, le taux net auquel peut prétendre un investisseur

³³¹ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 15.

³³² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 13.

³³³ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 15.

³³⁴ Comme ce serait le cas aux Etats-Unis par exemple.

³³⁵ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 15.

³³⁶ Souligné par nous.

³³⁷ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 15.

³³⁸ Art. 194ter, § 11 nouveau.

³³⁹ Pour le calcul de l'avantage fiscal, nous renvoyons au Chapitre 3, Section 2, § 2, E.

pouvant atteindre 10,19% net de son investissement³⁴⁰.

Autre avantage significatif du nouveau système par rapport à l'ancien : une certaine sécurisation de l'investissement grâce non seulement à la possibilité, pour le producteur, d'offrir une assurance à l'investisseur « *pour la perte de son avantage fiscal, y compris les intérêts de retard éventuellement dus* »³⁴¹, mais aussi à la réduction au *prorata* lorsque les dépenses directement liées à la production n'auraient pas atteint le seuil des 70% exigés³⁴².

Par ailleurs, le nouveau système présente une autre plus-value : une mobilisation moindre des ressources financières des sociétés³⁴³, ouvrant ainsi le *Tax Shelter* à un panel plus large de sociétés investisseuses.

Une autre question dans ce chapitre est celle de l'extension du *Tax Shelter* à d'autres secteurs que celui de l'audiovisuel. A cet égard, diverses propositions de loi ont été introduites en ce sens, notamment en ce qui concerne les activités artistiques³⁴⁴, le secteur des productions scéniques et des jeux informatiques³⁴⁵, les œuvres littéraires³⁴⁶ ainsi que la production de collections de mode et les créations couturières et de design³⁴⁷.

Dans son avis sur la réforme du TS de 2014, le Conseil d'État posait la question de savoir

³⁴⁰ En cumulant l'avantage fiscal lui-même (un peu moins de 5%) et le rendement complémentaire octroyé par le producteur à l'investisseur pour le préfinancement de l'œuvre (5,37%).

³⁴¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001, p. 9.

³⁴² Art. 194ter, § 8, 3^e alinéa. Le législateur est ainsi venu pallier à l'un des problèmes de la modification de l'article 194ter par la loi de 2013. En effet, l'investisseur était le grand perdant car lorsque la dépense, toujours effectuée par le producteur, tombait dans la mauvaise catégorie, il perdait tout son avantage fiscal ainsi son investissement, mais il devait également payer l'impôt initialement dû, majoré d'intérêts de retard (C.I.R./92, art. 416).

³⁴³ Là où une société devait investir 100€ dans l'ancien système, elle ne doit « plus que » investir 48,39€ dans le nouveau système, pour obtenir la même exonération.

³⁴⁴ Proposition de loi du 1^{er} avril 2009 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 visant à instaurer diverses mesures fiscales en faveur des activités artistiques, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1264/001.

³⁴⁵ Proposition de loi du 24 novembre 2008 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 afin d'étendre le régime du *Tax Shelter* aux productions scéniques et jeux informatiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1610/001.

³⁴⁶ Proposition de loi du 26 avril 2007 visant à étendre le régime du *Tax Shelter* au développement et à la production d'œuvres littéraires, Sén., sess. ord. 2006-2007, n° 3-2447/001.

³⁴⁷ Proposition de loi du 16 février 2009 insérant dans le Code d'impôts sur les revenus 1992 des dispositions prévoyant l'immunisation, au titre de revenus exonérés, des investissements réalisés dans l'industrie de la mode, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1821/001 ; Proposition de loi du 20 février 2013 modifiant le Code d'impôts sur les revenus 1992 relative à l'extension du *tax shelter* aux créations couturières et de design, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2655/001.

« pourquoi le régime [...] [était] purement limité à la production d'œuvres audiovisuelles »³⁴⁸. Le législateur n'a répondu que de manière très succincte à cette interrogation du Conseil d'État puisque, selon lui, il s'agissait d'un projet de loi visant « à améliorer le système déjà existant qui vise déjà uniquement la production d'œuvres audiovisuelles »³⁴⁹. Pour le surplus, il renvoyait aux travaux préparatoires des lois des 2 août 2002 et 22 décembre 2003, instaurant le régime du *Tax Shelter*³⁵⁰. Excepté le nouveau *Tax Shelter* mis en place pour les sociétés *start-up*³⁵¹, il serait souhaitable, selon nous, de remettre l'ensemble de ces propositions à l'ordre du jour, d'autant plus qu'elles pourraient faire partie de la notion de « culture » au sens du droit européen, au vu de la tendance de la Cour de justice de l'Union européenne à en donner une acception large.

Nous terminerons cette analyse par trois conséquences négatives évoquées par Fabrice DELVILLE³⁵², dans l'entretien qu'il nous a accordé³⁵³.

Premièrement, le S.D.A. n'a pour le moment accordé aucun *ruling* aux sociétés d'intermédiation. Si ces *rulings* ne sont pas obligatoires dans le chef de celles-ci³⁵⁴, il s'agit d'un outil marketing non-négligeable en ce qu'ils permettent aux leveurs de fonds de certifier à leurs clients, les sociétés investisseuses principalement et dans une moindre mesure, les producteurs, que « *leur modèle, leur manière d'interpréter le Tax Shelter est conforme à la loi [...] d'autant plus que la loi n'est pas évidente [à comprendre pour les investisseurs]* ». Le problème sous-jacent à cela est que le législateur envisage déjà de sortir une loi correctrice. En conséquence, le S.D.A. ne veut pas accorder de *rulings* dans le sens où ceux-ci pourraient rapidement devenir obsolètes, si cette nouvelle loi correctrice venait à être publiée. On se retrouve dans un « cercle vicieux », l'un étant la

³⁴⁸ C.E., section législation, avis n° 55.417/3 du 20 mars 2014 sur un avant-projet de loi modifiant l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de *Tax Shelter* pour la production audiovisuelle, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3490/001, p. 36.

³⁴⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3490/001, p. 7.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ M. LAMBRECHTS, « Le *Tax Shelter* pour start-up débute le 1^{er} juillet – Dopage en vue pour l'investissement dans les start-ups », *L'Echo*, 30 mai 2015. Contrairement au TS pour la production audiovisuelle, le mécanisme aurait la particularité d'être ouvert aux personnes physiques. Relevons que des propositions ont été faites en faveur de l'ouverture du TS aux personnes physiques, notamment via les SICAV (I. DE LAMINNE, « Incontournable SICAV, qui es-tu ? », *La Libre Belgique*, 25 juin 2013).

³⁵² Ex-directeur général de Scope Invest et actuel fondateur et général manager de Belga Films Fund, toutes deux sociétés d'intermédiation.

³⁵³ Entretien avec F. DELVILLE, 29 juillet 2015.

³⁵⁴ Relevons à cet égard que, dès qu'une société d'intermédiation atteignait une certaine taille, sous l'ancien régime, elle demandait un *ruling* au S.D.A., à l'exception de Corsan.

conséquence de l'autre, avec une zone de « flottement » entre la loi correctrice et l'absence de *rulings*.

L'autre regret que nous confiait Mr. DELVILLE est le choix de garder le « bénéfice réservé imposable » pour déterminer la capacité à effectuer le *Tax Shelter*. En effet, il s'agit d'un chiffre que « *les sociétés ne connaissent généralement pas, après impôt, après dividendes* » même si, selon nous, le principe même du TS reste le risque et l'aléa. En outre, en choisissant ce chiffre, on exclut les sociétés distribuant les dividendes et donc, on diminue le nombre d'investisseurs potentiels dans le TS, d'où l'inquiétude de voir ouvrir le TS à d'autres branches de la culture. La solution la plus pragmatique aurait été de prendre une proportion du bénéfice après impôt ou une proportion de l'impôt lui-même³⁵⁵, par exemple.

Enfin, il est important de souligner que les investissements via le TS sont très saisonniers, les conventions-cadres sont généralement signées en fin d'année³⁵⁶. Le problème soulevé ici est que les dépenses ne seront éligibles qu'à partir de la signature de la convention-cadre alors qu'il existe des dépenses entre le moment où le film reçoit son agrément et le moment où la convention-cadre est signée. Il y a donc un ensemble de dépenses qui seront effectuées par les producteurs avant la signature de la convention-cadre, mais qui ne seront pas considérées comme des dépenses éligibles. Peut-être faudrait-il effectuer quelques changements à cet égard, en rendant les dépenses du film éligibles dès la réception de l'agrément du film.

³⁵⁵ Mr. DELVILLE évoquait un taux de 30% de l'impôt comme exemple.

³⁵⁶ A cet égard, soulignons qu'il faut que les sociétés soient en fin d'année comptable pour chercher des solutions afin de payer le moins d'impôt possible et rentabiliser d'éventuels bénéfices.

Conclusion

Parvenus au terme de notre travail, nous pouvons à présent répondre à la problématique posée dans la présente contribution : n'existe-t-il pas un certain paradoxe, engendré partiellement par la réforme de mai 2014, en ce que le législateur, en voulant revenir à l'objectif premier du mécanisme³⁵⁷ s'est vu contraint, sous la pression des producteurs, de transformer le *Tax Shelter* en une sorte de produit « blanc », de type financier, alors que son objectif était au contraire de rééquilibrer les aspects économique et culturel, ce dernier aspect ayant été laissé de côté dans la version initiale au profit de visées uniquement économiques ?

Afin de saisir correctement la portée de cette question, nous avons étudié l'ancien système du Tax Shelter, tel qu'il a été conçu et appliqué depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2004 et nous avons confronté ce cadeau fiscal de l'État belge au droit européen, en particulier aux épineuses questions des aides d'État et des restrictions aux quatre grandes libertés. Au travers des dérives explicitées dans le troisième chapitre, nous avons compris en quoi il était urgent et impératif, au moins du point de vue des producteurs, de réformer un mécanisme qui avait montré ses limites.

La loi du 17 juin 2013, dans une mesure moindre, et la loi du 12 mai 2014, de manière plus significative, ont opéré une réforme très attendue par l'ensemble du secteur audiovisuel et cinématographique. Pour saisir la nature du paradoxe du Tax Shelter 2.0, il faut également revenir sur l'un des acquis majeurs de la réforme de 2014 : la suppression de l'acquisition des droits et la mise en place d'un rendement minimum garanti sous forme d'intérêts. S'il est vrai que certaines dérives sont apparues en raison de la part « *equity* » du Tax Shelter initial et qu'il est dès lors justifié d'interdire aux investisseurs d'acquérir des droits dans l'œuvre, nous sommes cependant d'avis que la réforme de 2014 risque d'entraîner une déconnexion totale entre l'investisseur et l'œuvre produite, délaissant ainsi davantage encore l'objectif culturel tant recherché par le législateur. En effet, « *[d]un incitant à l'investissement à risque et au rendement incertain, le Tax Shelter s'est par conséquent mué en 'produit bancaire', présentant un profil de risque limité et procurant un rendement parfaitement prévisible* »³⁵⁸. Comme le soulignait Fabrice DELVILLE, il n'y aurait donc plus de réel lien

³⁵⁷ Pour rappel, il s'agissait de promouvoir la culture belge via la production audiovisuelle et cinématographique, celle-ci ne bénéficiant pas de financements suffisants lui permettant de rivaliser avec les productions américaines et pouvant s'exporter au-delà des frontières belges.

³⁵⁸ P.-P. HENDRICKX, « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 4.

entre l'investisseur et le film³⁵⁹.

C'est en ce sens que nous estimons que nous pouvons parler d'un « paradoxe » assez regrettable : en voulant se recentrer sur l'objectif culturel initial, à savoir la promotion de la culture belge, le législateur belge a en réalité transformé le *Tax Shelter* en un produit de type purement financier, alors que c'était précisément l'un des écueils pointés lors des auditions de 2013. Au final, « *l'investissement ne présente plus qu'un lien diffus et financièrement sans importance avec l'œuvre 'aidée' ; il est dès lors indifférent que celle-ci soit digne d'une Palme d'Or ou soit un navet*³⁶⁰, du moment que les conditions légales, notamment de dépenses en Belgique, soient remplies »³⁶¹.

Alors que la loi du 12 mai 2014 a précisément tenté de rééquilibrer les visées culturelle et économique du TS, force est de constater que des complications pratico-pratiques, qu'il serait judicieux de résoudre au plus vite, sont venues pervertir cet objectif et entretiennent le cercle vicieux dans lequel est actuellement enfermé le *Tax Shelter*, oscillant entre l'absence de *ruling* pour les sociétés d'intermédiation et de nouvelles corrections législatives, sans parler des polémiques concernant les dépenses éligibles au titre du *Tax Shelter*³⁶². Afin que le système soit pleinement effectif, il y aurait lieu d'apporter rapidement des solutions à ces différents problèmes, sachant qu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la nouvelle de la loi et plus de six mois depuis la mise en place du *Tax Shelter 2.0*³⁶³.

Par ailleurs, alors que le nouveau TS facilite indubitablement le mécanisme du point de vue de l'investisseur, celui-ci devant mobiliser moins de liquidités pour bénéficier de la même exonération fiscale³⁶⁴, l'on perçoit nettement moins cette volonté de simplification et de clarification du point de vue des producteurs, en raison de l'ajout, inutile et source de complications d'après nous, des « dépenses qualifiantes au sein de l'EEE ».

Tout en saluant les avancées des lois de 2013 et 2014, nous sommes d'avis que le législateur se devrait de revoir déjà de manière relativement approfondie cette mesure fiscale qu'il a mis

³⁵⁹ Entretien avec F. DELVILLE, 29 juillet 2015.

³⁶⁰ Souligné par nous.

³⁶¹ P.-P. HENDRICKX, « Le '*Tax Shelter 2.0*', issu de la loi du 12 mai 2014 », *op. cit.*, p. 25.

³⁶² Nous renvoyons le lecteur au Chapitre 4 à cet égard, et plus particulièrement aux critiques découlant de l'entretien avec F. DELVILLE du 29 juillet 2015.

³⁶³ A.R. du 19 décembre 2014 précité qui fixait l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2014 au 1^{er} janvier 2015.

³⁶⁴ Pour un investissement de 100€ sous l'ancien système, il n'aura « plus que » à investir 48,39€.

plusieurs années à réformer et qui, dès 2006, laissait entrevoir certaines failles dans sa mise en œuvre³⁶⁵. Il conviendrait d'une part de rétablir un lien entre les investisseurs et le film, une finalité autrefois réalisée par la part « *equity* », ce qui favoriserait le remplacement de l'aspect culturel au premier plan, et d'autre part, de prévoir un cadre clair pour l'ensemble des protagonistes du *Tax Shelter*, réalisant ce faisant l'un des autres buts primordiaux de la réforme.

En dépit des critiques que l'on peut adresser au *Tax Shelter*, il faut néanmoins saluer cet incitant fiscal qui a indéniablement démontré sa capacité à aider un secteur, en lui permettant de survivre et de se développer. Selon nous, il serait également souhaitable de remettre à l'ordre du jour les diverses propositions d'extension du *Tax Shelter*, afin que ses bénéfices puissent profiter à d'autres industries en mal de financement et redynamiser certains secteurs en difficulté - nous songeons spécifiquement à la production d'œuvres littéraires – tout en surmontant les difficultés liées à l'obligation de se conformer aux critères européens de « l'exception culturelle ».

³⁶⁵ M. VAN OVERSTRAETEN, *op. cit.*

Bibliographie

Législation

T.U.E., art. 5.

T.F.U.E., art. 2, 6, 18, 34, 36, 45, 49, 54, 56, 63, 107, 108, 167.

Directive 89.552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 298, 17 octobre 1989, art. 6.

Communication de la Commission sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, *JO C* 332/1, 15 novembre 2013.

Communication de la Commission concernant les critères d'évaluation des aides d'État fixés par la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma) du 26 septembre 2001, *JO C* 31, 7 février 2009.

Communication de la Commission concernant la prolongation de la validité de la communication sur le suivi de la communication de la Commission concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma) du 26 septembre 2001, *JO C* 134, 16 juin 2007.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles du 26 septembre 2001, *JO C* 123, 30 avril 2004.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur le suivi de la communication de la Commission sur certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles (Communication cinéma), du 26 septembre 2001, publiée au *JO* le 16 février 2002.

Const., art. 35, 127, 137 et 138.

Code des impôts sur les revenus, 10 avril 1992, *M.B.*, 30 juillet 1992, art. 194^{ter}, 416.

Code de la taxe sur la valeur ajoutée, *M.B.*, 9 juillet 2012, art. 12, § 1, al. 1, 2°.

Loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *M.B.*, 15 août 1980 ; cet article énumère différents exemples de matières culturelles relevant de la compétence des Communautés.

Loi du 12 mai 2014 modifiant l'article 194^{ter} du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 27 mai 2014.

Loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement, *M.B.*, 28 juin 2013.

Loi du 16 juin 2006 relative aux offres publiques d'instruments de placement et aux admissions d'instruments de placement à la négociation sur des marchés réglementés, *M.B.*, 21 juin 2006.

Loi du 17 mai 2004 modifiant l'article 194^{ter} du Code d'impôt sur les revenus 1992 relatif au régime de tax shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 4 juin 2004.

Loi-programme du 22 décembre 2003, *M.B.*, 31 décembre 2003.

Loi-programme du 2 août 2002, *M.B.*, 29 août 2002, art. 128 et 129.

Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.

Proposition de loi du 20 février 2013 modifiant le Code d'impôts sur les revenus 1992 relative à l'extension du tax shelter aux créations couturières et de design, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2655/001.

Proposition de loi du 16 février 2009 insérant dans le Code d'impôts sur les revenus 1992 des dispositions prévoyant l'immunisation, au titre de revenus exonérés, des investissements réalisés dans l'industrie de la mode, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1821/001.

Proposition de loi du 24 novembre 2008 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 afin d'étendre le régime du Tax Shelter aux productions scéniques et jeux informatiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1610/001.

Proposition de loi du 1^{er} avril 2009 modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 visant à instaurer diverses mesures fiscales en faveur des activités artistiques, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2008-2009, n° 4-1264/001.

Proposition de loi du 26 avril 2007 visant à étendre le régime du *Tax Shelter* au développement et à la production d'œuvres littéraires, Sén., sess. ord. 2006-2007, n° 3-2447/001.

A.R. du 19 décembre 2014 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2014 modifiant l'article 194^{ter} de Code des impôts sur les revenus 1002 relatif au régime de Tax Shelter pour la production audiovisuelle, *M.B.*, 31 décembre 2014.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/003.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3490/001.

Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0730/001.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 0474/001.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1823/15.

Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1823/001.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2756/0001.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2757/001.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 2589/2.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2013-2014, n° 5-2463/1.

Doc. parl., Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-703/1.

C.E., section législation, avis n° 55.417/3 du 20 mars 2014 sur un avant-projet de loi modifiant l'article 194ter du Code des impôts sur les revenus 1992 relatif au régime de *Tax Shelter* pour la production audiovisuelle, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3490/001.

C.E., section législation, avis n° 27.454/2 du 22 juin 1998 sur un avant-projet de décret « instaurant une taxe sur les sites d'activité économique désaffectés en Région wallonne », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1823/001.

SPF Finances, Circulaire n° Ci.RH. 421/566.524 du 23 décembre 2004 relative aux mesures d'encouragement pour le financement de la production d'œuvres audiovisuelles belges agréées (tax shelter).

Jurisprudence

C.J.U.E., 21 mars 2012, affaires jointes n° T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, Irlande e.a. c. Commission.

C.J.C.E. (2^e ch.), 5 mars 2009, affaire n° C-222/07, Uteca.

C.J.C.E., 13 décembre 2007, n° C-250/06, United Pan-European Communications Belgium e.a.

C.J.C.E., 5 avril 2006, affaire n° T-351/02, Deutsche Bahn c. Commission.

C.J.C.E. (3^e ch.), 10 mars 2005, affaire n° C-39/04, Laboratoires Fourniers.

C.J.U.E., 24 juillet 2003, affaire n° C-280/00, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg.

C.J.C.E., 16 mai 2002, n° C-482/99, France c. Commission.

C.J.U.E., 22 novembre 2001, affaire n° C-53/00, Ferring.

C.J.C.E., 28 octobre 1999, affaire n° C-55/98, Vestergaard.

C.J.C.E., 9 juillet 1997, n° C-34/95 à C-36/95, De Agostini et TV-Shop.

C.J.C.E., 9 février 1995, n° C-412/93, Leclerc-Siplec.

C.J.C.E., 14 septembre 1994, n° C-278/92, Espagne c. Commission.

C.J.C.E., 28 janvier 1992, affaire n° C-300/90, Commission contre Belgique.

C.J.C.E. 28 janvier 1992, affaire n° C-204/90, Bachmann.

C.J.C.E., 21 mars 1990, n° C-142/87, Tubemeuse.

C.J.C.E., 28 novembre 1989, N° C-379/87, Groener.

C.J.C.E., 27 mars 1980, affaire n° C-61/79, Denkavit.

Tribunal de première instance de l'Union européenne, 27 février 1997, affaire n° T-106/95, FFSA.

Commission européenne, Aide d'État SA.38370 (2014/N) – Belgique, 28 novembre 2014.

Décision de la Commission du 30 juin 2004, C (2004) 2206 (fin).

Commission Européenne, Aide d'État n°410/02 (ex-CP 77/2002) – Belgique – Aides d'État à la production cinématographique et audiovisuelle belge – régime dit du « Tax Shelter » cinématographique, C (2003) 1469 fin, 13 mai 2003.

C.C., arrêt n° 10/1998 du 11 février 1998.

C.C., arrêt n° 4/95 du 2 février 1995.

C.C., arrêt n° 2/94 du 13 janvier 1994.

C.C., arrêt n° 31/92 du 23 avril 1992.

Décision anticipée n° 800.362 du 25 novembre 2008.

Décision anticipée n° 500.335 du 22 décembre 2005.

Décision anticipée n° 600.236 du 27 juin 2006.

Doctrines

ANONYME, « Tax Shelter : réforme en 2014 », <http://www.lexalert.net/fr/content/tax-shelter-reforme-en-2014#.U8e5gLGJSk0>.

BOONEN, N., et VAN VLIERDEN, B., « La commission du ruling exige que l'investissement soit à risque », in *Le Fiscologue*, n° 1088, 2007.

BOURDAA, M., VITALIS, E., et CHOTARD, A., « État de l'art sur le transmédia », 16 juin 2011, <http://www.euromediaudiovisuel.net/Files/2013/05/08/1368003791360.pdf>.

BRAUNS, P., « Régime du 'Tax Shelter' : un incitant fiscal pour les investissements dans l'audiovisuel », *R.G.F.*, 2005, n° 4.

BRIQUET, A., et VANSCHOORISSE, C., « Tax Shelter 2.0 – Back to the future », *Optima*, p. 5, issu de https://www.optima.be/sites/default/files/cu_taxshelter2_fr.pdf.

CABRERA BLAZQUEZ, F.-J., et LÉPINARD, A., « The New Cinema Communication: All's Well That Ends Well ? », pp. 7-8. Extrait de la publication *Iris plus* 2014-1, « The New Cinema Communication », Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2014.

DE DREE, B., « Tax Shelter : Quand le cinéma a rendez-vous avec la fiscalité », Louvain-la-Neuve, Mémoire, 2005.

DELLA FAILLE, P., *Le régime du Tax Shelter – Aspects de droit civil, fiscal, comptable et financier*, Bruxelles, Larcier, 2015.

GILLOT, C., « Le financement de la création cinématographique en Communauté française de Belgique (cadre communautaire et relais fédéral : le *tax shelter*) », *R.F.D.L.*, 2005.

HENDRICKX, P.-P., « Le 'Tax Shelter 2.0', issu de la loi du 12 mai 2014 », *C & FP*, 2015, n° 6.

HENDRICKX, P.-P., « La réforme du Tax Shelter », *C & FP*, 2013, n° 10.

HENDRICKX, P.-P., et CARDYN, A., « Le tax shelter, un mode de sponsoring avantageux pour les entreprises », *C.J.*, 5/2002.

HOEFMANN, M., « Tax Shelter voor Audiovisuele werken », Gent, Universiteit Gent, 2012-2013.

Joachimowicz, A., « Cinéma et tax-shelter », *A&M*, 2003, n°1.

Joachimowicz, A., « Cinéma et tax-shelter (2^e étape) », *A&M*, 2003, n° 3.

Joachimowicz, A., « Cinéma et tax-shelter – Troisième étape », *A&M*, 2004, n° 2.

Joachimowicz, A., « Cinéma et tax-shelter – 4^e étape », *A&M*, n° 4.

LECOMTE, F., « Entre niche fiscale et produit culturel : quel avenir pour le Tax Shelter ? », Bruxelles, U.L.B., Mémoire, 2014.

Melin, T., « L'article 107 du TFUE à l'aune de la diversité culturelle – Coup de projecteur sur les aides d'Etat au cinéma européen », Louvain-la-Neuve, U.C.L., 2011-2012.

MICHIELS, A., « Le tax shelter : un incitant fiscal, financier, économique et culturel – Quels leviers de fonds pour quels investisseurs ? », Bruxelles, Mémoire, Ichech, 2012.

RAYET, A., « Le Tax Shelter en Belgique », *J.D.F.*, 2005.

REGOUT, M., ET VAN GEEL, C., « Actualisation du régime tax shelter pour les investissements dans les films », in *ASBL Info*, Bruxelles, Kluwer, 2013.

SIMON, P.-A., « A qui profite le Tax Shelter ? », mémoire, Université Catholique de Louvain, 2009-2010.

TESOLIN, G., et ZYLBERBERG, M., « Le cinéma belge, un investissement refuge ? Panorama du marché du Tax Shelter », in *Regards économiques : Une publication des économistes de l'UCL*, 2009, n° 74.

Articles de presse

Anonyme, « Feu vert européen pour le nouveau Tax Shelter », *L'Echo*, 4 décembre 2014.

Contribution externe, « Tax shelter: Lettre ouverte du secteur audiovisuel au Gouvernement fédéral », *La Libre Belgique*, 6 janvier 2014.

DE LAMINNE, I., « Incontournable SICAV, qui es-tu ? », *La Libre Belgique*, 25 juin 2013.

LAMBRECHTS, M., « Le *Tax Shelter* pour start-up débute le 1^{er} juillet – Dopage en vue pour l'investissement dans les start-ups », *L'Echo*, 30 mai 2015.

LORFÈVRE, A., « Autopsie du public francophone belge », *La Libre Belgique*, 12 janvier 2010.

LORFÈVRE, A., « Le mauvais cinéma du tax shelter », *La Libre Belgique*, 31 décembre 2013.

SACRÉ, J.-F., « Les effets du tax shelter sur l'économie du cinéma belge », *L'Echo*, 5 juin 2009.

VAN OVERSTRAETEN, M., « Y a-t-il une dérive du 'tax shelter' ? », *La Libre Belgique*, 6 octobre 2006.

Sites Internet

http://www.cinergie.be/webzine/l_audiovisuel_europeen.

<http://www.ufund.be/fr/tax-shelter/fonctionnement-tax-shelter-ufund>.

http://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/tax_shelter/.

http://www.rtf.be/info/economie/detail_tax-shelter-l-etat-a-retouche-77-millions-d-euros-selon-une-etude-de-deloitte?id=7799276.

<http://www.scopeinvest.be/>.

Autres sources

Présentation du *Tax Shelter* 2.0 par le SPF Finances, sur

http://finances.belgium.be/fr/binaries/brochure-tax-shelter-2015-fr_tcm307-95229.pdf.

Présentation de CasaKafka Pictures et Belfius, « Le Tax Shelter 2.0 – un produit sécurisé et accessible aux petites comme aux grandes entreprises ».

Deloitte & uMedia, *Tax Shelter : Tax, economical and cultural impacts*, juillet 2012.

Communiqué de presse, *Résultats de l'étude uMedia-Deloitte - Le Tax Shelter : un placement très rentable pour l'État*, 4 juillet 2012, sur <http://ufuweb.hiddensaloon.com/wp-content/uploads/2013/12/tax-shelter-placement-tr%C3%A8s-rentable-pour-l-Etat.pdf>.

Entretien avec F. DELVILLE, 29 juillet 2015.

Table des matières

Introduction.....	7
Chapitre 1 – <i>Tax Shelter</i> et droit belge	10
Section 1 – Répartition des compétences.....	10
Section 2 – Ratio legis du Tax Shelter	13
Section 3 – De la description du dispositif fiscal et des acteurs	15
§ 1 – Description du mécanisme	15
§ 2 – Des différents acteurs et de leurs attentes	16
A. Les investisseurs.....	16
B. Les producteurs.....	18
C. Les intermédiaires.....	19
D. Les prestataires de service et auteurs	22
E. L'État	23
§ 3 – Conditions pour bénéficier de l'exonération	24
A. La convention-cadre.....	25
B. Les parties à la convention-cadre	25
1. La société de production	26
2. Les investisseurs.....	26
C. Exigences liées au financement de l'œuvre audiovisuelle	27
D. L'œuvre audiovisuelle agréée.....	29
E. L'exonération	30
1. L'exonération temporaire	31
2. L'exonération définitive	31
Chapitre 2 – <i>Tax Shelter</i> et droit européen.....	33
Section 1 – La compétence de l'Union européenne dans les matières culturelles	33
Section 2 - Position de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'aides d'État.....	34

§ 1 – Les fondements : l'arrêt Altmark	34
§ 2 – Les arrêts Uteca et Laboratoires Fourniers	35
Section 3 - Adoption de la loi-programme du 2 août 2002 et réaction de la	
Commission européenne	37
§ 1 – Adoption de la loi de 2002 et modifications ultérieures en 2003 et 2004.....	38
§ 2 – Réaction de la Commission : compatibilité du <i>Tax Shelter</i> avec le droit	
européen	38
A. Examen du Tax Shelter par la Commission au regard de l'article 107 du Traité sur le	
fonctionnement de l'Union européenne	39
1. L'aide d'État.....	40
2. Le Tax Shelter au regard de la légalité générale	40
3. Le Tax Shelter au regard de la légalité spécifique : la question de	
l'exception culturelle	42
B. Décisions de la Commission	43
§ 3 – Accord de la Commission concernant le Tax Shelter 2.0	44
Chapitre 3 – <i>Tax Shelter</i> : dérives et réformes.....	46
Section 1 - Dérives depuis la mise en oeuvre du TS	46
§ 1 – Dérives liées au fonctionnement du Tax Shelter	47
§ 2 – Non-corrélation entre les montants investis et le financement réel	49
§ 3 – Contrôle défectueux	50
§ 4 – Risque d'appauvrissement culturel.....	51
Section 2 - Modifications récentes, pistes de solution.....	52
§ 1 – Loi du 17 juin 2013 : un premier pas	52
§ 2 – Loi du 12 mai 2014 : une réelle avancée	54
A. Suppression de l'acquisition des droits par l'investisseur	55
B. Notion d'intermédiaire	55
C. Obligation d'agrément des intermédiaires et des sociétés de production	56
D. Exonération provisoire et exonération définitive	56
E. Rémunération des sommes versées à un taux maximum déterminé	59

F. Autres mesures anti-abus	60
Chapitre 4 – Analyse prospective du Tax Shelter	62
Conclusion	68
Bibliographie.....	71
Législation.....	71
Jurisprudence	73
Doctrines	75
Articles de presse	76
Sites Internet	77
Autres sources	77
Table des matières.....	78
Annexes.....	81
Annexe I.....	81
Annexe II.....	82
Annexe III.....	83
Annexe IV.....	84
Annexe V.....	85
Annexe VI.....	87
Annexe VII.....	88
Annexe VIII.....	89

Annexes

Annexe I

Part belge de la coproduction (films majoritaires et minoritaires reconnus):

Apport 2012 / Inbreng 2012	%
<i>Tax Shelter</i>	34,49
Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel (CCA)	25,27
Apport du producteur / Inbreng van de producent	12,71
Wallimage (= fonds régional wallon / Waals Gewestfonds)	9,11
Eurimages (= fonds européen / Europees fonds)	3,87
Quote part cessions-vente inter. / Aandeel cessies-internationale verkoop	3,43
MG Belgique / België	3,03
VAF (Vlaams Audiovisueel Fonds) (= fonds régional flamand/ Vlaams Gewestfonds)	2,57
Coprod TV / Coproductie tv	2,35
Cession TV / Tv-cessies	1,44
Autres / Andere	1,73
Total / Totaal	100,00

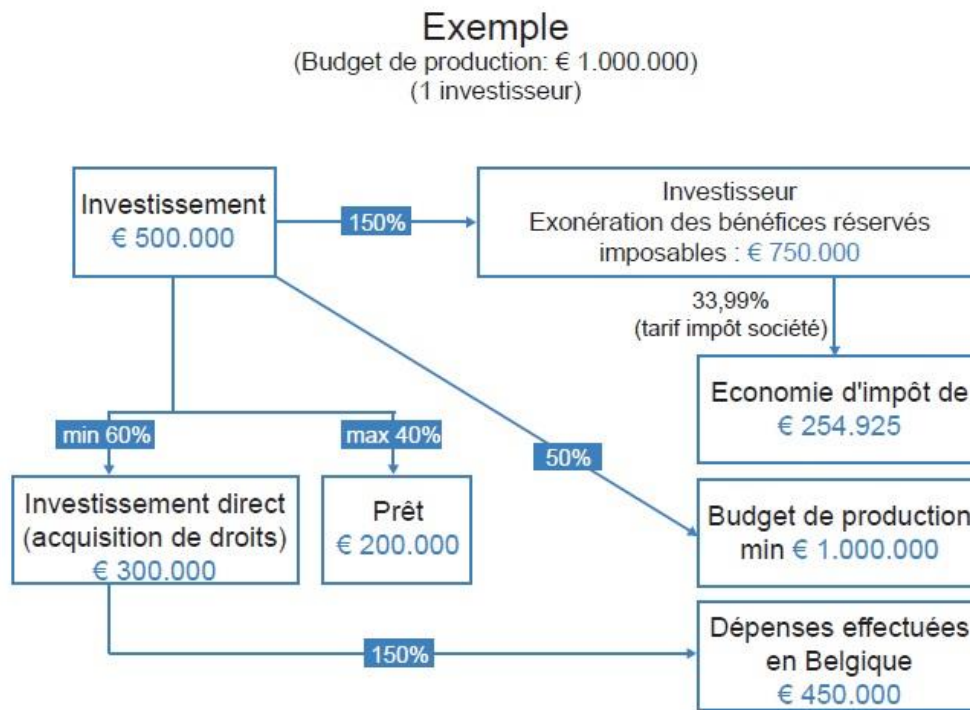
Part belge de coproduction des films majoritaires:

Apport 2012 / Inbreng 2012	%
Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel (CCA)	36,10
<i>Tax Shelter</i>	20,92
Apport du producteur / Inbreng van de producent	17,93
Wallimage (= fonds régional wallon / Waals Gewestfonds)	7,94
VAF (Vlaams Audiovisueel Fonds) (= fonds régional flamand/ Vlaams Gewestfonds)	5,34
Eurimages (= fonds européen / Europees fonds)	3,42
Coprod TV / Coproductie tv	2,43
Cession TV / Tv-cessies	1,71
MG Belgique / België	0,71
Quote part cessions-vente inter. / Aandeel cessies-internationale verkoop	0,64
Autres / Andere	2,86
Total / Totaal	100,00

Source : Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, pp. 13-14.

Annexe II

Illustration chiffrée du mécanisme du *Tax Shelter* :

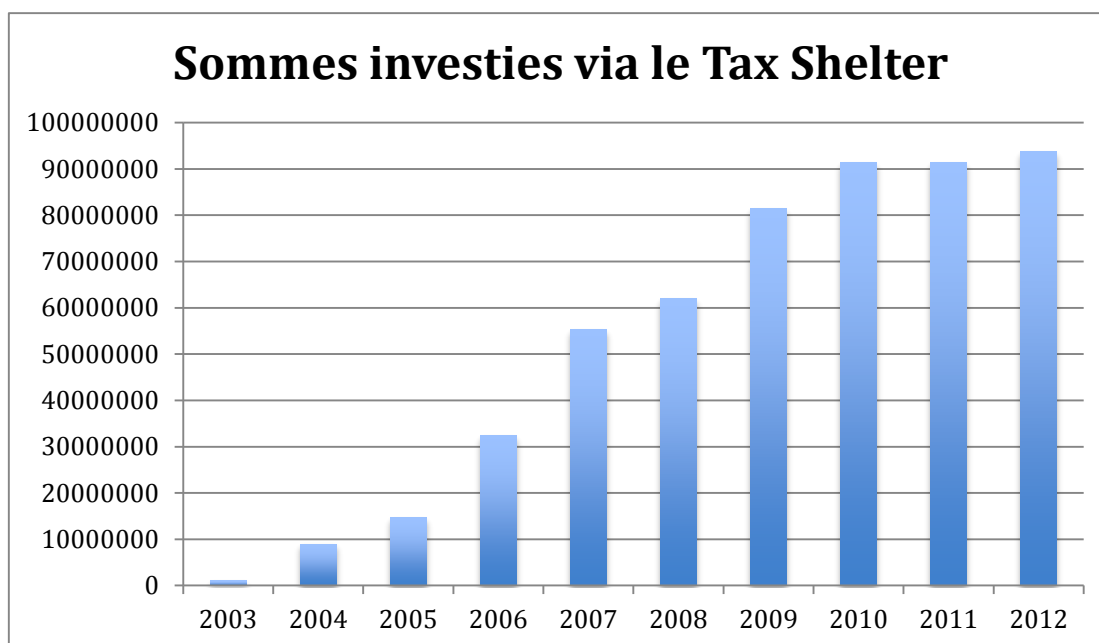


Source :

http://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/tax_shelter/

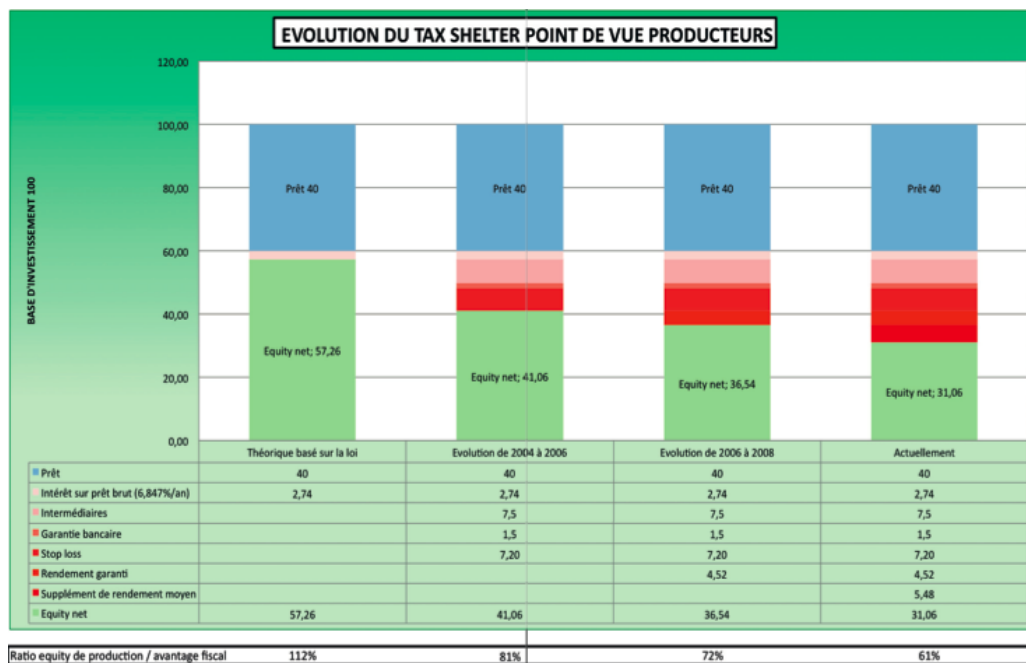
Annexe III

Évolution des fonds investis dans le cinéma par le biais du *Tax Shelter* démontrant une croissance exponentielle en une dizaine d'années³⁶⁶ :



³⁶⁶ Graphique effectué par nous à partir des données consignées dans Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 12. Quant aux chiffres de 2012, il est précisé dans ladite source qu'il ne s'agit que de chiffres temporaires, les dossiers n'étant pas finalisés, c'est-à-dire l'exonération définitive ne fut pas encore remise ; selon les derniers chiffres disponibles, environ 200 millions auraient été levés en 2012 (Anonyme, « Feu vert européen pour le nouveau Tax Shelter », L'Echo, 4 décembre 2014).

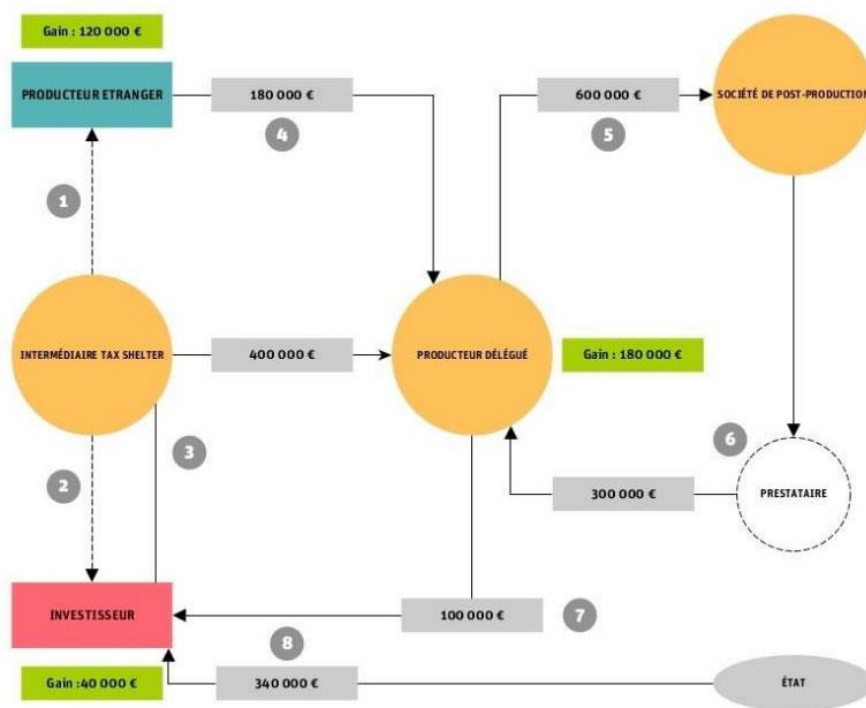
Annexe IV



Source : Auditions sur la réforme du système du Tax Shelter, rapport fait au nom de la Commission des finances et du budget par M. P. LACROIX, 19 avril 2013, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2762/001, p. 10.

Annexe V

Pour mieux représenter les dérives du Tax Shelter en raison, notamment, de l'apparition des structures intermédiaires, voici un schéma chiffré de mécanisme frauduleux³⁶⁷.



Source : [http://www.lalibre.be/economie/actualite/le-mauvais-cinema-du-tax-shelter-](http://www.lalibre.be/economie/actualite/le-mauvais-cinema-du-tax-shelter-52c24a3c35701baedaad856e)

[52c24a3c35701baedaad856e](http://www.lalibre.be/economie/actualite/le-mauvais-cinema-du-tax-shelter-52c24a3c35701baedaad856e)

1. Un intermédiaire tax shelter propose à un producteur étranger de délocaliser 300 000€ de dépenses de production en Belgique.

2. L'intermédiaire sollicite un investisseur pour un montant "equity" de 400 000€. En principe, le montant ne pourrait être que de 200 000€, puisque les dépenses ne sont que de 300 000€ (150 % de l'"equity").

3. Les 400 000€ sont versés au producteur délégué belge via une société tax shelter associée.

4. En accord avec le producteur belge, le producteur étranger ne paie que 180 000€. Il fait une économie sur ses frais de production de 120 000€.

5. Le producteur délégué belge paie 600 000€ de factures (dont 300 000€ surfacturés) à une

³⁶⁷ Pour les explications, nous reprenons intégralement les explications données par A. LORFEVRE dans son article « Le mauvais cinéma du Tax Shelter », paru dans La Libre Belgique le 31 décembre 2013.

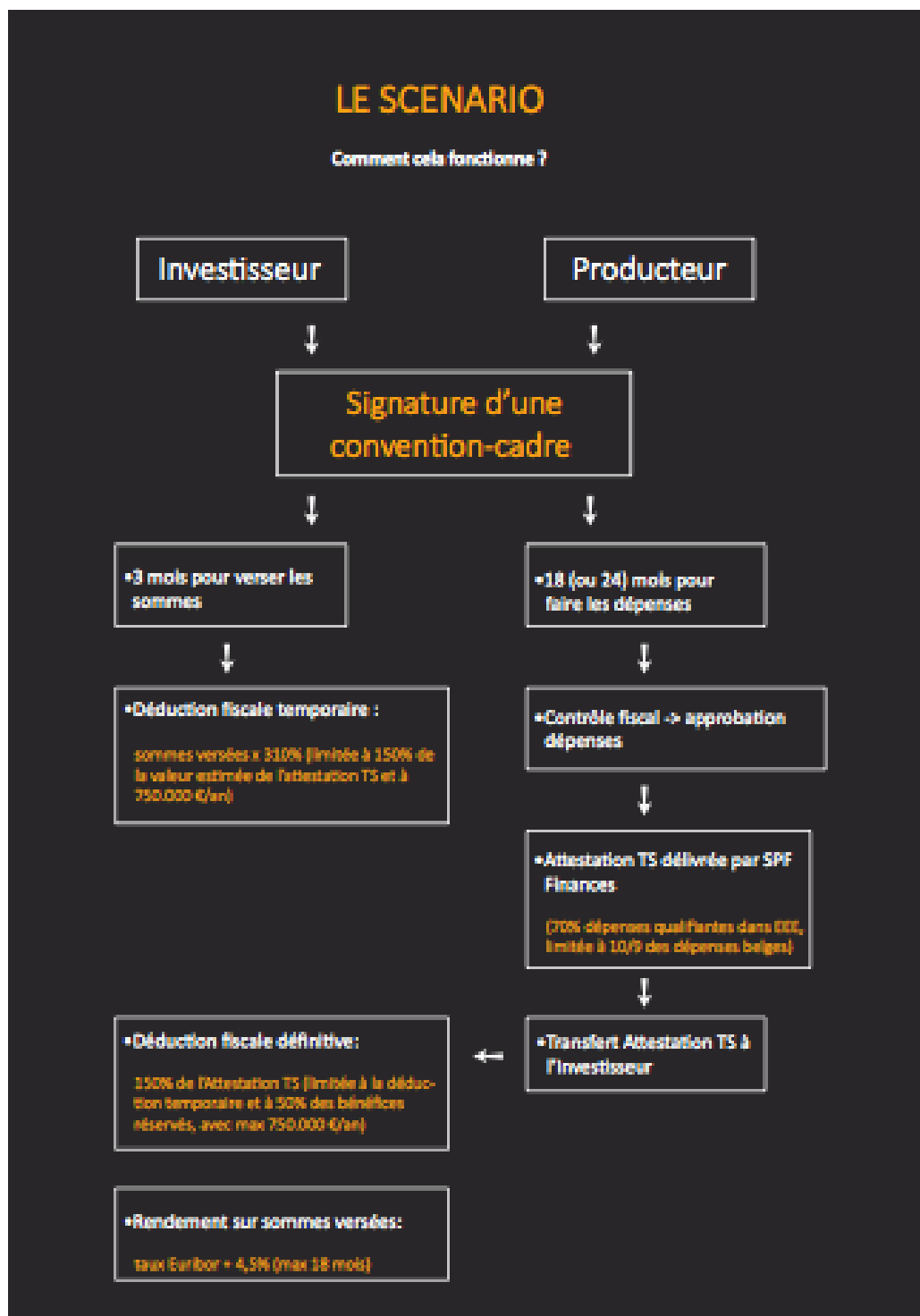
société de post-production associée avec lui. Il remplit ainsi sur le papier l'obligation de dépenses de 150 % des 400 000€ d'"equity".

6. Via une ou des sociétés prestataires liées au producteur, la société de post-production lui reverse 300 000€ pour "prestations" diverses.

7. Le producteur délégué rachète à l'investisseur sa part de droits pour 100 000€.

8. L'État belge accorde une immunisation fiscale à l'investisseur de 340 000€. Celui-ci réalise un gain de 40 000€. De son côté, le producteur a dégagé 180 000€.

Annexe VI



Source : Présentation du *Tax Shelter* 2.0 par le SPF Finances

http://finances.belgium.be/fr/binaries/brochure-tax-shelter-2015-fr_tcm307-95229.pdf.

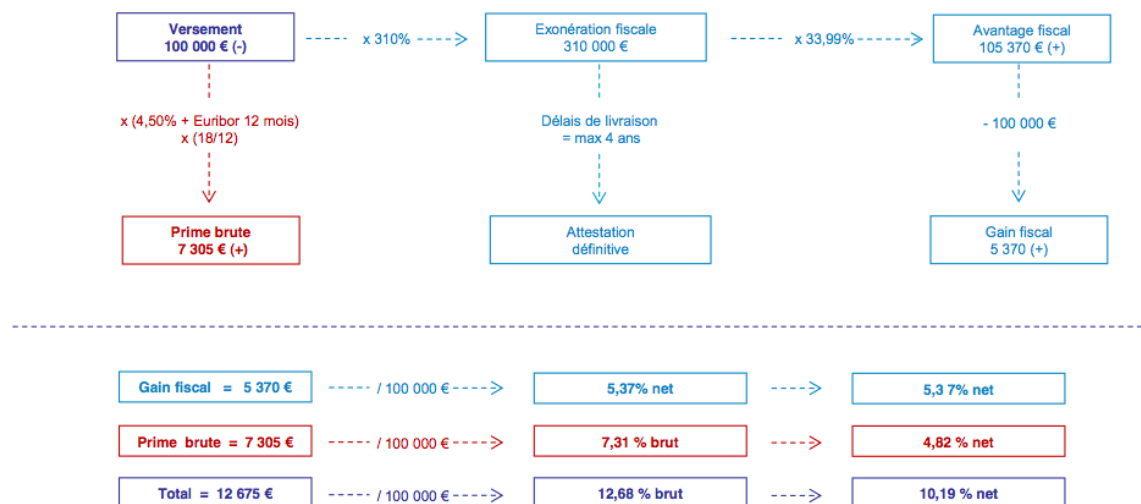
Annexe VII

	Sans Tax Shelter	Avec Tax Shelter	
Base taxable	80.000€	80.000€	
Taux d'imposition	33,99%	33,99%	
Investissement	-	10.000€	
Déduction fiscale	-	31.000€	x 310%
Nouvelle base taxable	80.000€	49.000€	
Impôts à payer	27.192€	16.655€	
Économie d'impôt	-	10.537€	
AVANTAGE FISCAL	-	537€	5,37%
RENDEMENT COMPLÉMENTAIRE BRUT	-	731€	7,31%
Montants totaux bruts perçus durant l'investissement	-	1.268€	12,68%
Montants totaux nets perçus durant l'investissement	-	1.020€	10,20%

Source : <http://www.ufund.be/fr/tax-shelter/fonctionnement-tax-shelter-ufund>.

Annexe VIII

■ Le Tax Shelter 2.0



Source : Présentation de CasaKafka Pictures et Belfius, « Le Tax Shelter 2.0 – un produit sécurisé et accessible aux petites comme aux grandes entreprises ».