

Cour d'Appel de Bruxelles - Arrêt du 15 février 2002 -
Rôle n° 1996/FR/559

Exercice d'imposition 1992

L'OBJET DE LA CAUSE

Le litige concerne la déductibilité de primes d'option, de commissions et de courtages occasionnés par l'achat concomitant d'options "put" et d'options "call" portant sur les mêmes actions et levées de façon quasi simultanée par l'achat (option call) et ensuite, la vente des titres (option put).

Le directeur régional a rejeté les charges se rapportant à l'opération ainsi que les commissions y relatives considérées comme des charges déductibles par la requérante, en soutenant que la requérante ne démontrait pas que les opérations ont eu une incidence positive sur le résultat fiscal. Il infligea aussi des accroissements de 50 % en soulignant l'intention évidente d'éluider l'impôt mais constata toutefois qu'en l'espèce cet accroissement n'entraînait pas une augmentation du montant enrôlé.

FAITS ET ANTÉCÉDENTS DE LA CAUSE

La requérante a acquis le 19 décembre 1991, pour un montant de NLG 376.000, une option "call" lui permettant d'acheter 23.500 actions Ko. Ol. au prix de NLG 130 par action. A la même date, la requérante a acquis, pour un montant de NLG 904.750, une option "put" lui permettant de vendre 23.500 actions Ko. ol. au prix de NLG 180 par action.

Le 20 décembre 1991, la requérante a exercé son option "call" et a acheté 23.500 actions Ko. ol. au prix de NLG 130 par action. Les frais afférents à cet achat s'élèvent à NLG 42.770.

Le 23 décembre 1991, la requérante a exercé son option "put" et a vendu les mêmes 23.500 actions Ko. ol. au prix de NLG 180 par action. Les frais afférents à cette vente s'élèvent à NLG 42.770;

A la fin de l'opération sans risque puisque prix d'achat et prix de vente étaient fixés d'avance et dont le coût total s'élevait à NLG 1.366.290 soit 25.062.064.Fr. la requérante se retrouve avec une valeur de NLG 1.175.000, soit 21.546.078 Fr.

Elle soutient avoir d'une part, réalisé une plus-value sur actions et, d'autre part, encouru une réduction de valeur sur option, ainsi que des frais d'achat et de vente d'actions.

Dans sa déclaration à l'exercice d'imposition 1992, la requérante a mentionné une plus-value sur actions dans le cadre prévu à cet effet et

prétend obtenir en raison de l'opération susmentionnée l'immunité d'impôt prévue à l'article 192 du C.I.R./92 sur la somme de 21.546.078 Fr.

Par ailleurs, les options d'achat et de vente d'actions ainsi que les frais relatifs à l'achat et à la vente des actions ont été pris en charge à titre de frais financiers dans les comptes de la société et ont dès lors été déduits pour arriver au bénéfice imposable.

Dans son avis rectificatif, notifié le 7 mai 1994, l'agent-taxateur a fait valoir en ce qui concerne cette opération son intention d'ajouter au bénéfice imposable de la société la somme de 25.062.064 Fr.

Il motiva cette décision comme suit:

"application de l'article 49 du code des impôts sur les revenus 1992. Les frais d'options d'achat (call) d'actions ou d'options de vente(put) d'actions doivent être repris en dépenses non admises à moins que le contribuable ne fournisse la preuve formelle que les frais ont été supportés en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables. En effet, des frais n'ont un caractère professionnel que s'ils remplissent cette condition. De plus étant donné que les impôts sur les revenus ne constituent pas des frais professionnels déductibles, le fait de payer plus ou moins d'impôts sur les revenus n'a aucune incidence sur le montant des revenus imposables. Des frais qui sont exclusivement exposés en vue d'influencer la hauteur des impôts (sur le) revenu n'ont donc pas non plus un caractère professionnel.

La plus value réalisée sur la vente des 23 500 titres s'élève à 21 546 078,- ; le total des frais call et put est de 25 062 064,-. (*)

(*)"autres frais ": 25 062 064
extrait n'2/1 19.12.91 376 000 NLG
 19.12.91 904 750 NLG
extrait n'3/1 20.12.91 42 770 NLG
extrait n'4/1 23.12.91 42 770 NLG

1.366 290 NLG

La plus value est donc inférieure aux frais "call" et "put". Ceux-ci n'ont donc pas été supportés en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables.

Dès lors il y a lieu de reprendre le montant total des frais call et put 25 062 064,- en dépenses non admises.

De plus étant donné que cette opération financière a été réalisée dans le but d'éviter l'impôt, un accroissement d'impôt de 50% doit être appliqué (application article 238 TER de l'arrêté royal d'exécution du code des

impôts sur les revenus ou de l'article 226 A.R (CIR1992); il s'agit de la première infraction (application article 444 du CIR 1992).

Une notification d'imposition d'office a été notifiée à la requérante le 16 septembre 1994 pour défaut de réponse dans le délai légal par la requérante à l'avis de rectification de la déclaration.

La requérante a introduit une réclamation contre cette imposition, par lettre reçue par l'administration le 07 décembre 1994 qui fut rejetée par la décision entreprise.

DISCUSSION

Quant aux articles en cause

Sous l'empire de la législation applicable à l'exercice litigieux, la matière était régie par les dispositions suivantes :

Article 49, alinéa 1er du C.I.R./92

Les dépenses ou charges professionnelles déductibles sont celles que le contribuable a faites ou supportées pendant la période imposable en vue d'acquérir ou de conserver les revenus imposables et dont il justifie la réalité et le montant au moyen de documents probants.....

Article 192 CIR/92

"Sont aussi intégralement immunisées, les plus-values réalisées sur des actions ou parts dont les revenus éventuels sont susceptibles d'être déduits des bénéfices

Quant aux griefs invoqués

La requérante conteste l'analyse comptable faite par l'administration sur base de l'avis 167/1 de la Commission des Normes Comptables.

La requérante conteste la possibilité pour l'administration de discuter dans le chef d'une société commerciale le caractère professionnel de ses débours.

La requérante conteste le principe des accroissements eu égard à l'absence dans son chef d'une intention frauduleuse.

Quant à la déduction en charges du prix des options "put" et "call".

Il n'existe aucune disposition légale belge qui prescrive un mode de comptabilisation propre à l'option ou qui en organise un régime fiscal propre. La comptabilisation ainsi que le régime fiscal doivent être réglés sur la base de la nature de l'option.

L'option est un instrument financier représentant un titre négociable Elle confère à son titulaire, moyennant le paiement d'une prime (le prix de l'option) , le droit d'acheter ou de vendre un actif (actif sous-jacent) à un prix convenu (prix d'exercice) à une date déterminée.

Elle a une valeur patrimoniale propre (évaluable) , une existence autonome (une durée d'utilisation) et est négociable (droit d'usage et de

disposition). Elle se distingue de l'actif sous-jacent (le titre) sur lequel elle porte puisque son propriétaire peut en faire différents usages et en disposer indépendamment de l'actif sous-jacent.

La prime d'option, qui s'identifie en l'espèce à la valeur de cette option, est donc un élément d'actif qui a une valeur patrimoniale propre, correspondant à une valeur temps (durée de l'option) et à la valeur intrinsèque de l'option (variable en fonction du cours de l'action sous-jacente, c'est-à-dire du titre sur lequel porte l'option), lequel est un titre négociable; la valeur de cette option est sujette à dépréciation et réévaluation en fonction desdits paramètres.

Le titulaire de l'option détient un droit sur l'émetteur de celle-ci. Ce droit représente une valeur économique. L'option constitue en quelque sorte un démembrement des droits financiers attachés aux titres sous-jacents.

L'option ne peut donc être assimilée à une charge, telle une prime d'assurance, un intérêt ou un loyer, ni un frais accessoire.

L'option représente à l'égard du titulaire de celle-ci un avoir à porter à l'actif du bilan et non une charge à inscrire en tant que telle au compte de résultat.

Par conséquent, selon les avis de la C.N.C. (avis 167/1 et 167/2) en cela suivis par l'administration et la Cour d'Appel , en cas de levée d'une option d'achat, le prix payé pour l'exercice de l'option (le prix d'exercice) s'ajoutera au prix payé pour l'acquisition de l'option (la prime) , pour déterminer la valeur de l'acquisition des titres en cause.

L'inclusion, dans la valeur des titres acquis par l'exercice d'une option d'achat, de l'option à sa valeur d'acquisition, part en effet de la considération que l'opération d'acquisition des titres s'est opérée en deux stades, l'acquisition de l'option d'abord, l'exercice de celle-ci ensuite.

La valeur d'acquisition des titres correspond ainsi selon les avis de la CNC au total des sommes effectivement décaissées pour les acquérir.

En cas de levée d'une option de vente, les titres sous-jacents sortent - avec l'option de vente- du patrimoine à leur valeur comptable nette à savoir le prix de vente obtenu pour les titres mais diminué du prix de l'option. Comme pour l'opération d'achat la vente s'est opérée en deux stades, l'acquisition de l'option d'abord et l'exercice de celle-ci ensuite. En l'espèce, c'est donc une perte qui est engendrée par une opération unique sans risques qui s'est toutefois déroulée en phases interdépendantes successives.

Il s'ensuit que la prime d'option n'est donc pas une charge financière mais un élément d'actif non déductible au titre de frais mais s'incorporant au

prix d'acquisition et de vente des titres et intervenant à ce titre dans le calcul de la plus-value réalisée sur l'ensemble de l'opération.

Lors d'une opération boursière par laquelle des risques réels de plus-value ou de moins-value sont encourus, une plus-value réalisée sur les options n'est pas exclue.

La position administrative est conforme à l'avis rendu en la matière par la Commission des Normes Comptables quant au régime qu'elle prescrit pour la comptabilisation de l'opération litigieuse.

Cette comptabilisation n'est pas seulement technique mais est la traduction de la nature même de l'option qui est un actif propre qui confère une créance sur l'émetteur de l'option.

L'article 6, A.R. 8.10.1976, siège du principe de non compensation, ne proscriit nullement, en matière d'option "put", la méthode revendiquée par l'administration dès lors que la valeur d'un actif est incluse postérieurement à la valeur d'un autre actif, ce qui se pratique pour des acomptes ou des immobilisations en cours.

L'article 29, § 3 dudit A.R. vise les frais accessoires alors qu'en matière d'option, l'administration estime à juste titre qu'il y va d'un actif, dont la valeur participe au prix d'acquisition définitif du titre sous-jacent lorsqu'il est acquis par la levée de l'option, sans qu'il soit question de charges.

Le requérant ne conteste pas que l'option constitue un élément d'actif au moment de l'acquisition (P7 al 4 de ses conclusions de synthèse).

La requérante soutient toutefois que cette option perd toute valeur lorsqu'elle est exercée ou lorsqu'elle arrive à échéance sans l'être.

En identifiant l'échéance de l'option d'achat à son exercice, la requérante opère un amalgame entre deux situations fondamentalement différentes. Il est incontestable que l'option perd toute valeur lorsque elle arrive à échéance sans être exercée, tout comme l'acompte perd toute valeur sur le prix d'achat lorsque la vente ne se réalise pas.

Toutefois lorsque l'option est exercée à l'échéance elle permet l'acquisition du titre à la valeur déterminée dans l'option. La valeur de l'option devra dès lors tout comme l'acompte s'intégrer dans la valeur d'acquisition du titre sous-jacent pour en déterminer la valeur d'acquisition afin de donner un aperçu exact de la valeur d'acquisition des titres.

Le fait que l'option ait une valeur vénale propre soumise aux lois du marché n'a en ce qui concerne ce raisonnement aucune incidence. Rien n'empêche en effet de négocier un acompte dans une vente pour laquelle l'identité du vendeur et de l'acheteur n'importent pas, pour un produit qui évolue selon les lois du marché.

Le prix payé pour l'option d'achat est dès lors une composante du prix d'acquisition du titre sous-jacent lorsque l'option d'achat est exercée.

Qualifier l'option d'achat comme des frais accessoires et la comptabiliser comme tels revient à délibérément fausser le prix d'achat des actions étant donné que l'acquéreur des actions déterminera comme il l'entend le prix d'acquisition en fonction du prix qu'il payera pour l'option. Rien n'empêche en effet, pour pousser le raisonnement à l'absurde, de déterminer le prix de l'option en fonction d'un prix d'achat de l'action sous-jacente d'un Euro.

Pour l'exercice de l'option de vente et la vente des actions sous-jacentes la requérante part de la même prémisse erronée que l'option perd toute valeur lorsqu'elle est arrivée à échéance sans être exercée.

La prime de l'option de vente est le prix payé par l'acquéreur pour pouvoir vendre à une échéance déterminée à l'émetteur de l'option l'action sous-jacente au prix convenu dans l'option.

Les actions doivent donc disparaître de l'actif du bilan et le prix de vente doit y apparaître.

Par le prix de vente il faut entendre le prix réel net que le vendeur a recueilli. Or le prix réel payé au jour de l'exercice de l'option est le prix payé en numéraire par l'acheteur sous déduction du prix de la prime de l'option sans laquelle la requérante n'aurait jamais pu vendre au prix convenu.

Appliquer les règles comme la requérante entend les appliquer et comptabiliser le prix de l'option en charges revient à fausser intentionnellement le prix réel de vente des actions par un artifice comptable. Le vendeur sait qu'il acte une valeur de réalisation supérieure à la valeur réelle de réalisation et à la valeur vénale au jour de la réalisation tel que déterminée par le marché.

Les prétendues difficultés encourues lors de la comptabilisation ne sont que la conséquence de l'artifice monté par la requérante pour échapper à l'obligation d'évaluer les éléments de l'actif à leur valeur d'acquisition et de les porter au bilan pour cette même valeur. En appliquant sans la violer la règle énoncée à l'article 20 de AR du 8 octobre 1976 par l'intégration de toutes les composantes des prix d'achat et de vente tel qu'elle devait le faire, la requérante aurait constaté que la valeur d'acquisition et la valeur au jour de la vente de l'action sous-jacente ne diffèrent guère, ce qui est compatible avec la valeur vénale de cette action puisque l'action a été achetée et vendue le même jour et par les mêmes parties au contrat.

Or la comptabilité n'est - et ne peut être -, sans sombrer dans l'absurde, que la transcription en chiffres de la réalité.

La requérante ne pouvait ignorer qu'elle commettait une fraude par un artifice. Une plus-value enrichit la société alors qu'en l'espèce la requérante a déboursé bien plus que ce qu'elle retenait comme le produit de l'opération complexe. Elle devait dès lors savoir que malgré tous les chants de sirènes de ses conseillers, elle ne réalisait pas une plus-value sur les actions et que l'article 192 du C.I.R./92 ne trouvait pas à s'appliquer par cet artifice.

Quant à la déductibilité des commissions en application de l'article 49 du C.I.R./92

La requérante ne soutient même pas que l'opération décrite ci-devant aurait eu d'autres motivations que d'éviter de payer l'impôt.

L'analyse de l'opération que la requérante tente de scinder vainement en différentes opérations distinctes, démontre que la requérante n'a jamais encouru le moindre risque financier sur les actions dont elle avait déterminé avec les vendeurs et les acheteurs tant le prix d'achat que le prix de vente scindés en une partie du prix payé pour les actions et une partie payée pour les options.

De la circonstance qu'une société commerciale est un être moral créé en vue d'une activité lucrative il ne se déduit pas que toutes ses dépenses peuvent être déduites de son bénéfice brut. Les dépenses d'une société commerciale peuvent être considérées comme des frais professionnels déductibles lorsqu'elles sont inhérentes à l'exercice de la profession.(1)

Afin de pouvoir prétendre à la déduction des commissions relatives aux achats et aux ventes des actions, la requérante est tenue de démontrer que ces opérations se rattachent nécessairement à l'activité sociale.

Or l'objet général de toute société commerciale est d'engendrer du lucre alors que la requérante reste en défaut de démontrer que l'opération avait un autre but que de changer par une opération à perte une partie de son bénéfice taxable en un bénéfice immunisé.

L'opération n'est en effet qu'une seule opération à perte entreprise dans le seul but d'éviter le paiement de l'impôt des sociétés sur le montant des bénéfices correspondant à ce que la requérante considérait comme les charges dégagées par l'opération et dont elle savait avant de l'entreprendre qu'elle aboutissait à une perte importante à savoir la différence entre le prix des options et des commissions d'une part et la "plus-value" déterminée en fonction du prix de ces options d'autre part qui pouvait être fixée artificiellement par les parties au contrat au chiffre convenu comme les mêmes parties disposaient du prix des options et de leur échéance en fonction duquel le prix des actions sous-jacentes était déterminé.

Le seul intérêt de l'opération consistait en la transformation d'un bénéfice taxable en une prétendue plus-value immunisée.

La requérante reste en défaut de démontrer, alors que cette démonstration lui incombe, qu'une telle opération serait une opération effectuée en vue d'acquérir ou de conserver des revenus imposables. Le fait que tous les acteurs au contrat savaient que cette opération sans risques, dont les phases successives s'exécutaient dans un laps de temps extrêmement réduit, allait se solder par une perte permet une déduction contraire.

L'opération sans risque et sciemment à perte sort de l'objet social de la requérante et les charges y relatives ne peuvent faire l'objet d'une déduction.

Quant aux accroissements

La requérante a voulu profiter du régime réservé à des opérations d'achat et de revente par la déductibilité des commissions et des courtages et comme elle croyait erronément, des primes d'options, exposés lors des achats et des reventes pour exonérer une partie de son bénéfice taxable en y substituant un revenu immunisé.

Les dépenses exposées n'ont pas été engagées pour acquérir ou conserver des revenus professionnels imposables mais pour substituer un revenu moins important immunisé à un bénéfice taxable alors que le montant du bénéfice immunisé, le bénéfice taxable et le coût total de l'opération sans risque aucun pour la requérante était connu de tous les acteurs de l'opération qui y faisaient tous un bénéfice sans risques au seul détriment du fisc.

C'est en effet vainement que la requérante s'efforce de soutenir que la combinaison d'opérations aurait abouti à la réalisation d'un bénéfice lorsqu'on prend en compte la seule différence entre le prix d'achat payé en numéraires des titres et leur prix de revente payé en numéraire. La requérante néglige, ce faisant, un élément essentiel tant du prix d'achat que du prix de vente de l'opération financière à laquelle elle s'est adonnée et scinde artificiellement plusieurs segments réalisés quasi simultanément d'une opération complexe dont le seul but était de réaliser un bénéfice fiscal. Les opérations d'achat et de revente des titres doivent être examinées en combinaison avec le prix d'achat d'options pour déterminer le résultat de l'opération dont le seul but était de diminuer la charge fiscale de la requérante sans que celle-ci ne s'expose au moindre risque lié à la valeur réelle des actions.

En concevant cette opération la requérante a entendu soustraire une partie de son bénéfice taxable au fisc. Elle a, ce faisant, violé l'esprit de la loi.

Puisqu'elle a en l'espèce non seulement méconnu l'esprit de la loi mais violé le texte de la loi fiscale en déduisant des charges qui n'en étaient pas et comptabilisé erronément l'opération en violation de l'article 20 de l'A.R. du 8 octobre 1976 et déclaré une plus-value qui n'en était pas une dans le seul but d'éluder l'impôt, elle a commis une fraude fiscale.

La requérante ne pouvait ignorer qu'elle commettait une fraude par un artifice.

Une plus-value enrichit la société alors qu'en l'espèce la requérante a déboursé bien plus que ce qu'elle retenait comme le produit de l'opération complexe. Elle devait savoir qu'elle ne réalisait pas une plus-value et que l'article 192 du C.I.R./92 ne trouvait pas à s'appliquer par cet artifice. Le fait qu'elle ait conçu et exécuté sa construction sans s'en cacher et avec l'aide de financiers et de personnes hautement qualifiées n'enlève rien à son intention d'éviter le paiement de contributions sur des bénéfices réalisés et au fait qu'elle a pour ce faire, violé l'article 49 du C.I.R./92 et partant la loi fiscale.

Les éléments de " fraude " sont dès lors réunis et l'administration a appliqué à bon droit la majoration de 50 % telle que prévue par l'article 238 Ter de l' ARCIR/64 article 226 C de l'ARCIR/92

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, statuant contradictoirement,

Vu l'article 24bis de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire;

Entendu en audience publique, Monsieur K.Van Herck, président, en son rapport;

Déclare le recours recevable mais mal fondé.

Condamne la requérante aux frais du recours.

(1) Cass 18 01 2001 N° JC011131 N° Rôle F990114F.