

Bruxelles, le 17 mars 2002

Commentaires de la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 20 décembre 2001.

Les faits concernent l'exercice d'imposition 1992.

Le 20 décembre 1991 le contribuable, une agence de voyages, réalise un ensemble d'opérations financières en exerçant des options call et put à telle enseigne qu'elle réalise sur l'achat et la vente des actions une plus value de 9.333.882 BEF tout en encourant 10.234.200 BEF de frais pour réaliser cette plus value (3.973.920 BEF pour le prix des options call, 6.634.000 BEF pour le prix des options puts et 626.280 BEF de frais financiers divers). Il en résulte une perte financière de 900.312 BEF sur l'opération mais un gain d'impôts de 3.591.042 BEF puisque la plus-value de 9.333.888 BEF est immunisée alors que les 10.234.20 BEF de charges viennent diminuer la base imposable.

La Cour d'appel vient confirmer la position de l'administration lorsqu'elle porte la base imposable de - 944.153 BEF à 8.302.191 BEF et inflige un accroissement de 50%, en vertu de l'art. 444 cir/92 (1).

La position de l'administration était que: *"Attendu qu'il est démontré sur base de l'art. 340 cir/92 que l'ensemble de l'opération réalisée le 20.12.91 est fictive et conduit à une perte financière et non à une plus-value réalisée, il n'y a pas lieu d'exonérer une plus-value en vertu de l'art. 192 cir/92"* et *"Etant donné que l'intention de votre société n'était pas d'acquérir ou de conserver des revenus imposables mais bien comme cela a été démontré ci-avant, d'éviter l'impôt, cette rectification se fera en vertu de l'art. 354 cir/92, al.2 qui précise que le délai de rectification est porté de 3 à 5 ans "en cas d'infraction aux dispositions du présent code ...commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire . Qu'entend-on par intention frauduleuse ? . Lorsque l'infraction est commise dans le but de se procurer ...un avantage illicite, le plus souvent au détriment d'une personne ou de la collectivité ... en matière d'impôts sur le revenu, ... l'avantage illicite poursuivi dans la plupart des cas étant l'impôt éludé"* (je souligne).

Selon la Cour d'appel: *"Pour l'administration : les opérations telles que décrites et effectuées simultanément le même jour, fin décembre 1991, hors bourse, par le contribuable averti préalablement de leur caractère déficitaire vu les frais occasionnés par les opérations, constituent un montage (opérations fictives) ayant pour seul but d'éviter l'impôt, l'intention frauduleuse étant évidente.*

La requérante reconnaît n'avoir cherché qu'à réaliser une économie d'impôt qualifiée d'avantage illicite, par l'administration, au détriment de la collectivité.

La requérante n'avait aucune intention de recueillir un revenu imposable lequel doit s'entendre toujours selon l'art. 6 cir/92 comme un revenu net, puisqu'elle savait dès le début que les charges de l'opération seraient plus importantes que le produit . L'administration reprend pour le surplus, les motifs de son avis rectificatif suivant lequel les dépenses alléguées ne remplissent pas les conditions de l'art. 49 cir/92, ayant été consenties en vue d'une perte de revenus imposables (perte financière et non plus-value réalisée laquelle ne peut dès lors pas être exonérée)" - je souligne -.

La Cour d'appel ne va pas suivre le raisonnement de l'administration lorsque cette dernière conclut à la réalisation d'une opération fictive aboutissant à une perte financière et non plus à une plus-value. Elle va analyser les différentes composantes de l'opérations prises en charges en distinguant les options des commissions et charges financières pour conclure que le prix des options d'achat devait venir augmenter la valeur d'acquisition des actions cédées et que le prix des options de vente devait venir diminuer le produit de la vente alors que les commissions et charges financières n'étaient, elles, pas déductibles car ne permettant pas de réaliser l'objet social de la société (agence de voyages):

- **Sur la déduction en charges du prix des options "put"et "call"**

Selon l'arrêt: *"L'option est un instrument financier représentant un titre négociable; elle confère à son titulaire, moyennant le paiement d'une prime (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, une existence autonome (sa durée d'utilisation) par rapport au titre sous-jacent et est négociable . Il s'agit donc d'un élément d'actif, la valeur de la prime étant sujette à dépréciation et réévaluation . Le droit détenu par le titulaire de l'option sur son émetteur représente une valeur économique à porter à l'actif du bilan et n'est dès lors pas assimilable à une charge à imputer sur le compte de résultat.

Selon l'avis de la commission des normes comptables (avis 167/1 et 167/2) en cela suivi par l'administration et la cour d'appel, en cas de levée d'une option d'achat, pour déterminer la valeur de l'acquisition des titres en cause, il y a lieu d'ajouter au prix payé pour l'acquisition de l'option (la prime), celui payé pour l'exercice de l'option (le prix d'exercice) . Ceci est la conséquence de ce qu'en réalité, l'opération d'acquisition s'est

opérée en deux stades, l'acquisition de l'option d'abord et l'exercice de celle-ci ensuite .

Si bien que la valeur d'acquisition des titres correspond au total des sommes effectivement décaissées pour les acquérir . En cas de levée d'une option de vente, les titres sous-jacents sortent du patrimoine à leur valeur comptable nette, à savoir le prix de vente obtenu pour les titres diminués du prix de l'option .

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 .

La prime d'option n'est donc pas une charge financière mais un élément d'actif non déductible au titre de frais, devant être incorporée au prix d'acquisition et de vente des titres, pour le calcul de la "plus-value" effectivement réalisée sur l'ensemble de l'opération .

Cette comptabilisation 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 . Il importe peu que l'avis de la C.N.C. à ce sujet, soit postérieur à l'opération tout comme la circulaire administrative qui le suit, laquelle n'a fait que souligner ce que la loi du 24 juillet 1991, avait comme but, soit l'immunisation des plus values réellement réalisées".

- **Sur la déduction en charges professionnelles, des commissions et frais de courtages :**

Selon l'arrêt : "La requérante exploite une agence de voyages et déclare elle-même avoir suivi les conseils d'une fiduciaire et d'un agent de changes pour les opérations litigieuses dont le but était uniquement la recherche d'une économie d'impôt, ainsi qu'elle le reconnaît en conclusions.

De la circonstance qu'une société commerciale est une personne morale créée pour poursuivre un but lucratif, la déduction fiscale sur son bénéfice brut, en charges professionnelles de tous les frais qu'elle aurait exposés, ne lui est pas automatiquement acquise, à défaut pour eux d'avoir été consentis dans le cadre de l'objet social de la société et d'être inhérents à l'exercice de la profession . (Cass. 18.01.2001, F.99.0114.F/1 en cause Derwa)

La requérante reste ici en défaut d'apporter la preuve du caractère professionnel exigé par l'article 44 CIR/64 et par l'art. 49 cir/92, des charges financières contestées, dans le cadre de ces achats d'options et de titres W. D., opérations purement financières dont elle ne démontre nullement qu'elles se rattachent à l'activité sociale d'une agence de voyage.

L'opération en phases successives, le même jour, de 16 à 18 heures, s'analyse comme une seule opération à perte, entreprise dans le seul but d'éviter de payer l'impôt des sociétés sur ici, la totalité de son bénéfice imposable, compte tenu de la perte qu'elle connaissait dès le départ des différentes opérations décidées et de leur coût par rapport à la "plus-value" déterminée en fonction du prix des options . Le seul intérêt de l'opération consistait en la transformation d'un bénéfice imposable en une prétendue plus value exonérée, et à l'imputation d'une perte .

La requérante reste dès lors en défaut total de rapporter la preuve qui lui incombe, à savoir que les dépenses engagées l'ont été pour acquérir ou conserver des revenus professionnels imposables .

En vain, la requérante défend l'idée qu'elle aurait réalisé effectivement une plus-value, en comparant le seul prix d'achat des titres et leur prix de revente . La requérante n'arrive à cette prétendue plus- value qu'en négligeant l'unicité de l'opération qu'elle a artificiellement scindée en plusieurs phases réalisées quasi simultanément, hors bourse, le même jour, en deux heures, avec un seul but, celui de réaliser un bénéfice fiscal .

Le résultat global de l'opération exige en effet, l'examen combiné des différentes phases de l'opération comme relevé plus avant .

La perte qu'elle réaliserait sur l'opération ainsi examinée globalement lui avait été à 312 FB près, annoncée par son agent de change, avant l'opération envisagée en différentes phases, lorsque par fax du 19 décembre 1991, l'agent de change réclamait à la requérante, le versement de 9 millions de francs et s'engageait en même temps, à la recrediter après l'opération d'un montant de 8.100.000 FB " .

- **Sur la fraude et les accroissements :**

Selon l'arrêt: "En concevant cette opération, la requérante a entendu soustraire son bénéfice taxable au fisc et a ainsi, violé l'esprit de la loi . Mais elle a aussi violé le texte de la loi fiscale en déduisant des charges qui n'en étaient pas dans le seul but d'éviter l'impôt . Il ne s'agit dès lors pas de la recherche de la voie la moins imposée dans le respect de la loi fiscale comme elle l'affirme .

Ce faisant, elle ne pouvait ignorer qu'il s'agissait d'un montage qui ne dégagait aucune plus-value réelle puisque la plus-value apparemment réalisée sur ces actions se payait pas le prix des options. Elle a donc commis une fraude fiscale .

Le fait qu'elle ait conçu et exécuté ce montage sans s'en cacher et avec l'aide d'une fiduciaire et d'un agent de change n'enlève rien ni à son intention d'éviter le paiement de contributions sur ses bénéfices réalisés ni à la circonstance qu'elle a pour ce faire, violé l'article 44 du CIR/64 (art. 49 cir/92) et partant la loi fiscale.

Les éléments de "fraude" étant réunis, c'est à bon droit que l'administration a appliqué la majoration de 50% telle que prévue par l'article 238 ter de l'AR CIR/64 (art.226 AR cir/92, C) ".

(1) Il ne m'a pas été possible de reconstituer la base imposable sur la base des montants mentionnés dans l'arrêt. En effet, la perte fiscale déclarée par le contribuable est de - 944.153 BEF. Si nous n'exonérons pas la plus-value comptabilisée sur la vente des actions (voir supra: La position de l'administration était qu' il n'y a pas lieu d'exonérer une plus-value en vertu de l'art. 192 cir/92) nous devons ajouter à - 944.153 BEF un montant de 9.333.882 BEF ce qui aboutit à une base imposable de 8.389.729 BEF et non de 8.302.191 BEF

Stephen G Hürner