

Cour d'Appel de Bruxelles

Arrêt du 20 décembre 2001 - Rôle n° 1996/FR/643 -

Exercice d'imposition 1992

Objet du recours :

La requérante voudrait voir dégrever les impôts enrôlés sous les articles litigieux, des exercices 1992 et 1993 et obtenir condamnation de l'Etat belge au remboursement des impôts acquittés à tort, majorés des intérêts et des dépens .

Le litige porte sur la déductibilité contestée 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 simultanées par l'achat (option call) et ensuite, par la vente des titres (option put).

L'administration a rejeté la perte fiscale déclarée à l'exercice 1992 de 944.153 FB, provenant de la déduction de charges financières, relatives à ces opérations, de 10.234.200 FB pour une réalisation de 9.333.880 FB, et a taxé un bénéfice imposable de 8.302.191 FB.

Compte tenu de cette régularisation, l'administration a relevé le bénéfice déclaré à l'exercice 1993 de 8.465.471 FB à 9.497.168 FB.

Elle infligea en outre, un accroissement de 50%, en vertu de l'art. 444 cir/92 lequel est contesté .

Faits et antécédents :

Les faits litigieux ne sont pas contestés en soi et peuvent se résumer comme suit :

1.

La requérante a comme activité commerciale, d'être une agence de voyages .

2.

Le 19 décembre 1991, la requérante est invitée par fax de son agent de change à lui verser la somme de 9.000.000 FB, contre son engagement de la recrediter après les opérations, d'un montant de 8.100.000 FB .

Toutes les opérations litigieuses ont été exécutées hors bourse, chez l'agent de change, le même jour, le vendredi 20 décembre 1991, entre 16 et 18 heures, tandis que les bordereaux de l'agent de change sont datés du 24 décembre 1991, l'administration relevant qu'ils ne seraient pas numérotés de façon chronologique, l'achat des actions intervenant avant celui des options . La requérante souligne qu'elle a agi sur les conseils de sa fiduciaire .

3.

Les opérations litigieuses se sont déroulées dans l'ordre chronologique suivant :

Le 20 décembre 1991, à 16 heures :

La requérante a acquis (suivant bordereau d'achat n°8161-13 du 24/12/91) les options suivantes :

85 options call "W. D.", pour un montant de 124 USD

43 options put "W. D.", pour un montant de 89.332,5 USD

42 options put "W. D.", pour un montant de 86.730 USD

Le 20 décembre 1991, à 17 heures :

La requérante a exercé les options call et a acheté 8.500 actions "W. D." pour un montant de 809.965 USD (suivant bordereau n° 8160- 12 du 24/12/91)

Le 20 décembre 1991, à 18 heures :

La requérante a exercé les options put et a vendu les 8.500 actions "W. D." pour un montant de 1.101.649 USD

4.

Ces opérations exécutées ont donné lieu :

à la comptabilisation en produits financiers, d'une "plus value" sur la réalisation d'actions de 9.333.880 FB

à la comptabilisation de différentes dépenses:

1° primes :

- charges financières pour l'achat des 85 options call : - 3.973.920 FB

- charges financières pour l'achat des options put : - 5.634.000 FB

2° commissions :

- frais de commissions et de courtages

pour les différentes opérations - 626.280 FB

soit une perte comptable enregistrée de - 900.312 FB

La requérante ayant enregistré cette perte comptable de 900.312 FB (l'administration relevant qu'à 312 FB près, cette perte correspond à celle annoncée par le fax du 19/12/91 de l'agent de change), a d'autre part, déclaré au cadre I, code 004 de sa déclaration fiscale, une "plus-value" immunisée de 9.333.888 FB .

5.

Le 14 décembre 1994, la requérante a fait l'objet d'un contrôle fiscal en ses bureaux et suite à ce contrôle, l'administration lui a notifié le 1er août 1995, un avis de rectification de la déclaration pour l'exercice d'imposition 1992, relevant la base imposable à 8.302.191 FB et annonçant l'application d'un accroissement d'impôt de 50%, en vertu de l'art. 444 cir/92.

La motivation de l'avis de rectification qui est aussi celle de la décision directoriale entreprise et celle défendue par l'administration devant la Cour, tient en ces termes :

" L'examen approfondi de cette opération d'achat et de vente simultanée, révèle que la plus-value comptabilisée ne couvre pas les frais financiers et qu'au contraire le résultat final est une perte ...- 900.312 ...

Ces éléments me conduisent à considérer que l'intention de votre société n'était pas de réaliser une plus-value puisque celle-ci connaissait dès le 19.12.92 le montant de la perte (9.000.000-8.100.000=900.000) qu'elle allait subir (900.312, soit à 312 francs près le montant prévu par l'agent de change) mais bien d'éluder l'impôt .

En effet, depuis la loi du 23 octobre 1991, les plus-values réalisées sur actions et parts peuvent être immunisées d'impôt .

Dès lors, bien que votre société ait enregistré une perte comptable de 900.312 frs sur l'opération en déclarant une plus-value immunisée de 9.333.888 au cadre I code 004 de la déclaration, cela lui permettait de réaliser une économie d'impôt de 3.591.042 frs .

"... En conclusion : Attendu qu'il est démontré sur base de l'art. 340 cir/92 (qui stipule que pour établir l'existence et le montant de la dette d'impôt, l'administration peut avoir recours à tous les moyens de preuve admis par le droit commun sauf le serment) 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.

" 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'éluder 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 ..." .

L'administration illustre son propos en comparant la situation avec ou sans les opérations litigieuses :

sans les opérations litigieuses, le résultat fiscal est de :

- résultat comptable avant répartition 7.901.558-
- neutralisation de la plus-value -9.333.888-
- neutralisation du coût des opérations +9.607.920-
- neutralisation des commissions et frais + 626.280-

Résultat 8.801.870

DNA + 488.177

Déduction pour investissement - 82.248

Base imposable 9.207.729-

Impôts (avant majorations éventuelles
pour absence de VA et avant imputation x 39%
des précomptes) 3.951.042

compte tenu des opérations litigieuses, le résultat fiscal devient :

- résultat comptable à répartir 7.901.558
- plus value immunisée - 9.333.888
- résultat - 1.432.330
- DNA + 488.177

Perte fiscale à récupérer - 944.153

Impôt 0

Impôt élué (suivant l'administration)

Ou économisé (suivant la requérante) 3.591.042

7.

Le 7 septembre 1995, la requérante a contesté l'avis de rectification relatif à l'exercice 1992, alléguant : tant de l'absence de l'élément matériel de l'infraction invoquée, compte tenu du déroulement chronologique logique dans le temps des différentes opérations litigieuses, qui n'ont jamais été dissimulées, et qui se seraient déroulées dans le respect de tous les prescrits de la législation comptable et fiscale, en vigueur au moment où l'opération a été effectuée; qu'à l'époque, aucune violation matérielle de la loi fiscale n'aurait été commise (elle souligne à cet égard que tant l'avis de novembre 1992, de la commission des normes comptables précisant en les restreignant les conditions de comptabilisation antérieures, que la circulaire administrative du 27 septembre 1993, sont postérieurs); qu'eu égard à l'impossibilité de fraude à défaut de l'élément intentionnel de l'infraction, elle demande en conséquence d'écarter le délai exceptionnel d'imposition de l'art. 354 cir/92, al.2 comme l'application de l'accroissement d'impôt, à défaut de toute infraction fiscale et de toute fraude .

8.

Nonobstant ce désaccord, l'administration a procédé à l'enrôlement, le 8 décembre 1995, pour l'exercice 1992 sur les bases rectifiées annoncées, l'avertissement étant envoyé le 22 décembre 1995 .

9.

Le 1er août 1995, l'administration a, suivant le même raisonnement, notifié un avis de rectification de la déclaration, pour l'exercice 1993, qui est la conséquence du redressement opéré pour l'exercice précédent. Dans l'avis, l'administration renvoie à l'avis de rectification de 1992 .

10.

En même temps qu'elle contestait l'avis de rectification 1992, le 7 septembre 1995, la requérante a contesté celui de 1993 au motif que les éléments déductibles déclarés ne pouvaient être écartés puisqu'aucune

modification de la base déclarée de l'exercice d'imposition 1992 ne devait intervenir .

11.

Nonobstant le désaccord, l'administration a procédé à l'enrôlement, le 14 décembre 1995 pour l'exercice 1993, sur les bases rectifiées annoncées, l'avertissement extrait de rôle étant envoyé le 4 janvier 1996 . La requérante admet en ses conclusions que le délai de trois ans a été respecté pour 1993 .

Discussion :

La réalité des opérations litigieuses décrites n'est pas contestée.

1.

Mais les parties sont en désaccord sur l'interprétation qu'il faut donner à cette suite d'opérations financières et sur leurs conséquences fiscales:

pour la requérante : il s'agit d'opérations financières réelles, correspondant à une recherche permise de la voie la moins imposée, sans intention frauduleuse puisque sans violation de la loi fiscale. La requérante estime avoir appliqué strictement la loi et assumé toutes les conséquences qui se rattachaient à chacun de ses actes.

Puisque les opérations litigieuses ont dégagé selon elle, une plus-value, laquelle est un revenu imposable mais exonéré, les dépenses y afférentes répondant aux conditions de déductibilité de l'art. 49 cir/92 lequel ne prescrit pas que la dépense ne soit pas supportée en vue de diminuer l'impôt, l'administration n'ayant aucun pouvoir de juger de l'opportunité d'une opération réalisée à perte .

A défaut de fraude et de dessein de nuire, l'enrôlement aurait dû avoir lieu au plus tard le 31 décembre 1994, or l'impôt litigieux enrôlé pour l'exercice 92, l'a été le 22 décembre 1995, quand l'administration était forclosée et aucun accroissement n'est dû . Enfin, pour l'exercice 1993, vu la légalité des opérations litigieuses, les rectifications l'année suivante ne pouvaient avoir lieu et un dégrèvement total est postulé .

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'éluider 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)

2.

Les articles légaux applicables sont les art. 44 cir/64, al.1 du CIR/64 et art. 49 cir/92 relatif à la déductibilité des charges professionnelles et l'article 105 bis al 1er du CIR 64 introduit par la loi du 23 octobre 1991 (art. 192 cir/92).

3.

Tant le grief sur le délai d'imposition que celui sur l'accroissement réclamé nécessitent au préalable l'examen du fond relatif à la déductibilité des charges financières litigieuses et l'analyse des opérations litigieuses .

4.

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

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.

5.

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

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 .

6.

Sur la fraude et les accroissements :

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'éluder 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 dégageait 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) .

7.

Sur la rectification subséquente de l'exercice 1993 :

La requérante ne conteste plus à l'heure actuelle le délai d'imposition pour cet exercice .

Elle revendique la déduction des pertes antérieures récupérables ainsi que le montant cumulé des déductions pour investissements antérieures qui n'ont pas encore été déduites .

Compte tenu du rejet du recours pour l'exercice 1992, les rejets ici en cause, pour l'exercice 1993, sont justifiés dès lors que la base imposable rectifiée pour l'exercice 1992 est maintenue .

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, Madame M.Remion, conseiller, en son rapport;

Déclare le recours recevable mais mal fondé .

Condamne la requérante aux frais du recours.

(je mets en gras)
Stephen G Hürner