

N°9

10^{ème} année
novembre 2025
Mensuel sauf juillet et août

BUREAU DE DÉPÔT
ANTWERPEN X
P-309273

Revue Générale de Fiscalité

et de
Comptabilité
Pratique

Impôt des personnes physiques

- Plans d'options sur actions et société de management : une possible application de la loi du 26 mars 1999 moyennant certaines précautions** **2**
Olivier LAMBILLON
Mathieu LAMBEAU

Procédure fiscale

- Intention frauduleuse et présomption de fait : le point en matière de procédure fiscale** **22**
Karim TOURMOUS
Aurélie SOLDAT

Droit fiscal européen

- Le respect du principe de pleine concurrence limité à la conformité au prix de marché suffit-il à lui seul à prémunir contre une requalification en montage abusif dans les opérations intragroupe transfrontalières ?** **33**
Soufian WIELEMANS

Plans d'options sur actions et société de management : une possible application de la loi du 26 mars 1999 moyennant certaines précautions

Olivier LAMBILLON

Avocat – Associé Osborne Clarke

Mathieu LAMBEAU

Avocat – Osborne Clarke

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	2
2.	Bref rappel du fonctionnement de la loi du 26 mars 1999 et du régime fiscal des plans d'options sur actions	3
2.1.	Champ d'application	3
2.2.	Le régime fiscal des options tombant dans le champ d'application de la loi de 1999 (« options qualifiantes »)	5
3.	Bénéficiaire exerçant son activité par le biais d'une société de management : attribution à la société ou à son dirigeant ?	7
3.1.	Position du problème	7
3.2.	Position administrative jusqu'à 2017	7
3.3.	Position administrative depuis 2017	8
3.4.	Le risque de simulation de la société de management	8
4.	Une possible application de la loi de 1999 aux options attribuées à une société de management moyennant un mécanisme particulier : l'opération dite de « <i>back-to-back</i> »	8
4.1.	Nécessité d'une documentation adéquate	8
4.2.	1 ^{re} étape : attribution des options par la société à la Manco	10
4.3.	2 ^e étape : <i>back-to-back</i> (attribution/transfert des options reçues par la Manco à son dirigeant)	13
5.	L'hypothèse du <i>back-to-back</i> « tardif »	15
6.	Opération de <i>back-to-back</i> en dehors du champ d'application de la loi de 1999 (« options non-qualifiantes »)	16
6.1.	Mécanisme	16
6.2.	Régime fiscal des options dans le chef du dirigeant de la Manco	17
7.	Octroi d'options à la Manco non suivi d'un <i>back-to-back</i>	17
7.1.	Octroi des options à la Manco	17
7.2.	Exercice des options par la Manco	18
8.	L'extension de la théorie de la rémunération aux plans d'options sur actions	18
9.	Perspectives au regard des évolutions législatives à venir	19
9.1.	Limitation de la rémunération sous forme d'avantages en nature	19
9.2.	Taxe sur les plus-values sur actifs financiers	19
10.	Conclusion	20

1. Introduction

En Belgique, la mise en place d'un plan d'options sur actions offre indéniablement un certain nombre d'opportunités pour une société « employeuse » ou « cliente » dans le cadre de la rémunération offerte à ses travailleurs, dirigeants et prestataires. Non seulement ces plans d'options peuvent être facilement adaptés aux besoins et à la situation de la société « employeuse » ou « cliente » en offrant une grande flexibilité (que ce soit dans le choix des instruments octroyés, des conditions d'attribution ou encore des conditions d'exercice des options, etc.), mais il s'agit en outre d'un moyen efficace de motiver et de récompenser les travailleurs de la société qui se voient offrir la possibilité d'obtenir « une part du gâteau » et de participer au succès de la société.

De plus, les plans d'options sur actions constituent un outil de rétention efficace, notamment lorsque l'attribution des options est assortie de conditions (suspensives) dites de « *vesting* » ou de conditions (résolutives) liées à l'exercice des options.

Enfin, l'intérêt des plans d'options sur actions en Belgique réside également dans le régime fiscal avantageux dont peuvent jouir les bénéficiaires, lorsque ceux-ci sont des personnes physiques. En effet, moyennant le respect de certaines conditions, la loi du 26 mars 1999¹ permet aux bénéficiaires personnes physiques d'être imposés sur un avantage de toute nature déterminé sur une base forfaitaire, et ce au moment de l'attribution des options. Suite à l'attribution, le bénéficiaire ne supportera, en principe et en application de la loi fiscale telle qu'applicable au moment de finaliser la présente contribution courant juillet 2025 (nous renvoyons le lecteur à la section 9 pour les possibles évolutions futures), plus aucune charge

1. Loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses.

fiscale supplémentaire, que ce soit au moment de l'aliénation des options elles-mêmes, de leur exercice ou encore lors de la vente des actions acquises suite à l'exercice des options. Il faut néanmoins concéder que, dans certains cas qui ne seront pas développés ici en ce que cela dépasse le champ d'analyse de la présente contribution, il pourrait être intéressant pour le bénéficiaire de ne pas tomber dans le régime fiscal prévu par la loi du 26 mars 1999.

Loin de ne concerner que les employés et les dirigeants (personnes physiques) d'une société, un plan d'options sur actions peut également bénéficier à d'autres catégories de personnes, telles que des consultants indépendants ou encore des sociétés de management. Ce dernier cas de figure est notamment susceptible de se présenter lorsqu'une personne physique fournit des services à une société « cliente » ayant mis en place un plan d'options sur actions, ou y occupe un poste de dirigeant, non pas personnellement en sa qualité de personne physique, mais par l'intermédiaire d'une société de management personnelle (ci-après « **Manco** »). C'est sur ce cas précis, fréquemment rencontré dans la pratique, que la présente contribution se concentrera.

Il va de soi que rien n'empêche une Manco de recevoir des options sur actions attribuées par une autre société en guise de rémunération pour les services ou pour le mandat exécutés au profit de cette dernière. Ce qui pourrait sembler plus étonnant en revanche, c'est que le régime fiscal prévu par la loi du 26 mars 1999, bien que n'étant applicable qu'à l'impôt des personnes physiques et ne pouvant donc pas s'appliquer à une personne morale, puisse tout de même être amené à s'appliquer aux options initialement attribuées à une Manco. Comme nous aurons l'occasion de l'analyser ci-après, ce régime ne sera pas directement applicable dans le chef de la Manco elle-même, mais bien dans le chef de son dirigeant personne physique, si et dans la mesure où certaines conditions sont respectées.

Cette possibilité d'application du régime fiscal prévu par la loi du 26 mars 1999 dans le cadre d'une attribution d'options sur actions à une Manco appelle néanmoins un certain nombre de considérations particulières, que ce soit sur le plan comptable, de l'impôt des sociétés, de la TVA ou encore de la rédaction et de la mise en œuvre concrète du plan d'options.

Faute d'avoir pu trouver, dans le cadre de leur pratique, des contributions qui abordaient ces sujets de manières synthétiques et détaillées, les auteurs se

proposent de parcourir ces questions particulières dans le cadre de la présente contribution².

Le lecteur qui connaît le b.a.-ba de la matière est invité à commencer sa lecture à la section 3, alors que le lecteur plus néophyte prendra la peine de lire la section 2 qui (re)pose les bases du régime fiscal applicable aux options sur actions.

2. Bref rappel du fonctionnement de la loi du 26 mars 1999 et du régime fiscal des plans d'options sur actions

Avant d'aborder le cas spécifique de l'attribution d'options sur actions à une Manco, revenons dans un premier temps sur le régime fiscal introduit par la loi du 26 mars 1999 (ci-après la « **loi de 1999** »). Ce sujet a déjà été traité de manière détaillée et approfondie dans une contribution de 2019 parue dans la présente revue et à laquelle il est renvoyé³.

2.1. Champ d'application

2.1.1. Champ d'application personnel

Sur le plan personnel, constatons d'emblée que la loi de 1999 est assez souple, puisqu'elle exige uniquement que les options soient obtenues « *en raison ou à l'occasion de l'activité professionnelle du bénéficiaire* »⁴. Le bénéficiaire des options peut ainsi être un employé, un dirigeant ou encore un prestataire de services indépendant pour autant qu'il s'agisse d'une personne physique soumise à l'IPP (ou, le cas échéant, à l'INR-PP).

Les options doivent ainsi être obtenues dans un cadre professionnel par le bénéficiaire, de sorte que l'avantage de toute nature ainsi obtenu constituera pour le bénéficiaire un revenu professionnel (imposable). Bien que rien dans les dispositions de la loi de 1999 ne semble s'opposer à cette possibilité, il est communément admis que le régime fiscal introduit par cette législation n'est pas applicable aux options accordées à des sociétés⁵.

En ce qui concerne la qualité de la personne qui attribue les options, la loi de 1999 est encore plus permissive puisque le texte légal ne prévoit en effet aucune condition sur ce plan. La qualité de la personne qui attribue les options ou encore de la société qui émet les actions sur lesquelles portent ces options ne semble

2. Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la présente contribution n'analysera que la situation de l'attribution d'options sur actions par une société (« employeuse » ou « cliente ») résidente fiscale belge à une Manco résidente fiscale belge et dont le dirigeant personne physique est lui-même résident fiscal belge. En effet, l'attribution d'options sur actions dans une situation comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité est susceptible de soulever des considérations complexes de droit fiscal international, lesquelles dépassent le champ d'analyse de la présente contribution.

3. L. DONNAY DE CASTEAU, O. LAMBILLON et N. BENAÏSA, « Les vingt ans de la loi du 26 mars 1999 instaurant un régime fiscal spécifique aux options sur actions », *R.G.F.C.P.*, 2019/8, p. 22 à 48.

4. Article 42, § 1 de la loi du 26 mars 1999.

5. Sur cette question, voir notamment : J.-L. DAVAIN et D. ECTORS, *Les options sur actions : risques ou opportunités*, Kluwer, 2005, p. 20.

ainsi pas avoir d'importance pour l'application de la loi de 1999, pour autant que les options soient attribuées dans le cadre de l'activité professionnelle du bénéficiaire⁶.

2.1.2. Champ d'application matériel

Au niveau du champ d'application matériel, la loi de 1999 s'applique aux « options » sur « actions ». Il suffit néanmoins de s'intéresser à la définition de ces termes pour constater que la loi de 1999 s'applique à bien d'autres instruments que les seules options sur actions proprement dites. En effet :

- L'option est définie comme étant « *le droit d'acheter ou de souscrire, à l'occasion de l'augmentation du capital d'une société, un nombre déterminé d'actions à un prix déterminé ou déterminable pendant une période déterminée* »⁷. Cette définition permet donc d'inclure, non seulement les véritables options (« *droit d'acheter* »), mais également les droits de souscription – également souvent appelés « *warrants* » – (« *droit de souscrire* »).
- Par ailleurs, l'option ainsi définie doit porter sur une « *action* », laquelle est définie comme étant « *toute action, part ou part bénéficiaire d'une société* »⁸. En ce qui concerne l'action sur laquelle porte les options (nous utiliserons pour la suite de la présente contribution le terme de « sous-jacent », lequel permet d'inclure les autres titres visés par la définition ci-dessus), il convient dès à présent de souligner que sont tout autant visées ici les (options portant sur les) actions de la société au profit de laquelle le bénéficiaire exerce son activité professionnelle que les actions d'une autre société du groupe, ou encore de toute autre société⁹.

2.1.3. L'offre et l'acceptation

Afin que le régime fiscal prévu par la loi de 1999 puisse s'appliquer, un certain formalisme devra également être observé, bien que celui-ci soit en réalité assez peu exigeant.

Tout d'abord, les options devront faire l'objet d'une offre émise par la personne qui les attribue (qui est en général, mais pas nécessairement, la société « employeuse » ou « cliente »). A ce sujet, la loi de 1999

exige uniquement que cette offre soit datée et notifiée par écrit au bénéficiaire. Une lecture conjointe des définitions d'« *offre* »¹⁰ et d'« *option* »¹¹ semble en outre exiger que cette offre mentionne, à tout le moins, le nombre d'options octroyées, l'identification du sous-jacent (i.e. les actions qui pourront être acquises à l'occasion de l'exercice des options, le prix d'exercice (ou la méthode permettant de déterminer celui-ci) ainsi que la période au cours de laquelle les options pourront être exercées¹². En pratique, cette offre écrite contiendra généralement les informations suivantes :

- le nombre d'options offertes ;
- l'identification du sous-jacent ainsi que sa valorisation au jour de l'offre (laquelle revêt généralement une importance particulière pour l'application du régime fiscal prévu par la loi de 1999) ;
- le prix et les modalités d'exercice (le prix d'exercice est le plus souvent fixé à la valeur du sous-jacent au moment de l'offre, mais rien n'empêche la personne octroyant les options de prévoir un prix d'exercice plus faible¹³, voire plus élevé) ;
- etc.

Cette offre devra, dans un second temps être acceptée par écrit par le bénéficiaire, et cela dans un délai de 60 jours suivant la date de l'offre. Il s'agit là d'une formalité primordiale pour pouvoir bénéficier du régime fiscal prévu par la loi de 1999. En effet, lorsque les options sont acceptées par le bénéficiaire au-delà du 60^e jour suivant l'offre¹⁴, les options sont réputées avoir été refusées sur le plan fiscal¹⁵ et le régime fiscal de la loi de 1999 ne pourra pas être appliqué.

L'utilisation de moyens informatiques pour notifier et accepter/signer l'offre peut être recommandée en vue de conférer une date certaine aux échanges (soit pour démontrer que le délai des 60 jours a été respecté et que les options tombent bien dans le champ d'application de la loi de 1999, soit pour démontrer le contraire, si l'intention est de ne pas rendre applicable le régime fiscal prévu par la loi de 1999).

Notons en revanche que la loi de 1999 n'exige aucunement la rédaction d'un « plan » d'options. Il sera néanmoins généralement conseillé de rédiger un tel document en vue de l'attribution d'options à différents bénéficiaires afin de déterminer les conditions

6. Les travaux parlementaires de la loi du 26 mars 1999 mentionnent notamment que : « *Sont donc couverts par cette disposition tous les avantages obtenus sous forme d'option, peu importe la société émettrice des actions sur lesquelles elles portent et peu importe la qualité de la personne qui les attribue. [...] Ainsi, par exemple, sont visées par la disposition les options octroyées par une personne physique qui contrôle une société au profit de laquelle le bénéficiaire occupe une activité professionnelle [...]* ». Voir *Doc. parl.*, 49, 1998-1999, DOC 1912/001, exposé des motifs, p. 25.

7. Article 41, 3^e de la loi du 26 mars 1999.

8. Article 41, 2^e de la loi du 26 mars 1999.

9. Les options peuvent en effet porter sur un sous-jacent émis, le cas échéant, par une autre société au sein du même groupe ou encore par une société tierce, et ce, que cette société soit belge ou étrangère. C'est notamment cette souplesse qui permet aux produits/warrants bancaires de tomber dans le champ d'application de la loi du 26 mars 1999, le sous-jacent étant alors en général un panier d'actions de sociétés tierces cotées.

10. Article 41, 4^e de la loi du 26 mars 1999.

11. Article 41, 3^e de la loi du 26 mars 1999.

12. En pratique, nous constatons néanmoins que le document d'offre écrit ne contient que rarement les indications relatives aux périodes d'exercice, celles-ci étant généralement prévues dans le plan auquel l'offre renverra.

13. Ce qui aura néanmoins un impact sur le montant de l'avantage de toute nature reçu dans le chef du bénéficiaire.

14. Pour autant que le plan ou l'offre le permette.

15. Article 42, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 26 mars 1999.

et modalités relatives aux options attribuées, ainsi que leurs caractéristiques, etc. En l'absence de plan, il est possible de prévoir l'ensemble de ces modalités dans le document d'offre lui-même. Il est cependant généralement conseillé d'établir un plan reprenant l'ensemble des « conditions générales » relatives aux options et de n'inclure dans l'offre que les modalités ou « conditions particulières » qui dérogeraient au plan général ou qui seraient propres au bénéficiaire concerné par ladite offre¹⁶.

2.2. Le régime fiscal des options tombant dans le champ d'application de la loi de 1999 (« options qualifiantes »)

Comme évoqué ci-dessus, l'avantage découlant d'options obtenues dans le cadre de la loi de 1999 constitue, pour le bénéficiaire, un revenu professionnel imposable sous forme d'avantage de toute nature. Nous abordons donc ci-dessous le régime fiscal réservé par la loi de 1999 aux options qui tombent dans son champ d'application. Dans ce cadre, nous examinerons principalement (i) le moment imposable, (ii) la base imposable de l'avantage attribué et (iii) le régime d'imposition à l'impôt des personnes physiques ainsi que le régime en matière de sécurité sociale dans le chef du bénéficiaire. Enfin, nous aborderons les éventuelles obligations qui reposent sur la personne qui attribue les options (iv).

2.2.1. Le moment imposable : l'attribution fiscale des options

Pour les options offertes et acceptées par le bénéficiaire dans le cadre de la loi de 1999 (c'est-à-dire, notamment, si l'acceptation est notifiée par écrit dans le délai de 60 jours évoqué ci-dessus), l'avantage découlant des options est imposable au moment où ces options sont « attribuées »¹⁷.

Par l'application d'une fiction légale, les options qui sont acceptées dans le cadre de la loi de 1999 sont considérées comme étant « attribuées » (sur le plan fiscal) au bénéficiaire le 60^e jour qui suit la date de l'offre, et ce peu importe que les options aient éventuellement été acceptées avant cette date ou encore que l'acquisition définitive des options soit soumise à des conditions suspensives¹⁸ ou résolutoires¹⁹.

Ce principe d'imposition à l'attribution implique que le bénéficiaire devra supporter, dès l'attribution des options, une charge fiscale immédiate et définitive alors même que les options ne lui sont, le cas échéant, pas encore définitivement acquises sur le plan civil (et pourraient même ne jamais l'être). De plus, compte tenu de l'évolution de la valeur du sous-jacent entre l'attribution des options et leur exercice, le bénéficiaire n'est par ailleurs pas certain, au moment de l'attribution, de réaliser une plus-value²⁰. Des mécanismes de couverture, dont l'analyse dépasse le cadre de la présente contribution, existent néanmoins pour permettre de limiter le risque encouru par le bénéficiaire du fait de cette obligation de préfinancement de l'impôt.

Cette imposition à l'attribution – qui est la pierre angulaire du régime fiscal prévu par la loi de 1999 et qui constitue une forme de pari sur l'avenir – constitue pour certains un élément dissuasif. Loin de nier le risque lié au préfinancement de l'impôt dans le chef du bénéficiaire et les problèmes que cela pose en pratique, il s'agit là justement de l'un des avantages du régime (lorsque la valeur du sous-jacent évolue comme espéré). En effet, dans la mesure où la valeur du sous-jacent augmente entre l'attribution des options et leur exercice et/ou la revente du sous-jacent, le bénéficiaire pourra être amené à réaliser une plus-value (parfois substantielle) sans charge fiscale supplémentaire. De fait, en plaçant le moment imposable au moment de l'attribution des options, la loi de 1999 implique également que le bénéficiaire ne subira, en principe, plus aucune imposition, que ce soit au moment de l'exercice (ou de la vente) des options ou de la vente du sous-jacent acquis suite à cet exercice²¹.

2.2.2. La base imposable

(a) Principes

Le bénéficiaire des options bénéficie, du fait des options reçues, d'un avantage de toute nature imposable dès l'attribution des options. La loi de 1999 prévoit que le montant de cet avantage de toute nature

16. L'offre permettant ainsi de modaliser et de personnaliser les modalités et conditions relatives aux options (par exemple en ce qui concerne les éventuelles conditions de *vesting*) pour chaque bénéficiaire.

17. Article 42, § 1 de la loi du 26 mars 1999.

18. Par exemple, une condition de maintien d'une relation professionnelle au sein de la société ou du groupe offrant les options pendant un certain nombre d'années ou des conditions de performance.

19. Par exemple, une disposition du plan (ou de l'offre) prévoit généralement que les options seront perdues si elles ne sont pas exercées endéans un certain délai.

20. En effet, en cas de diminution de la valeur du sous-jacent postérieurement à l'octroi de l'option (le plan est alors dit « *out of the money* » ou « *underwater* »), le bénéficiaire n'exercera en principe pas celle-ci pour éviter une moins-value.

21. L'article 42, § 2 de la loi de 1999 exclu en effet tout revenu professionnel imposable à l'exercice ou lors de la cession des options ou du sous-jacent. Bien que cela ne soit pas explicitement prévu par la loi de 1999, il nous semble par ailleurs que tout revenu divers devrait également pouvoir être exclu sur la base de l'article 90, 1^o ou 9^o du C.I.R., l'exercice des options et la cession du sous-jacent constituant en principe des actes de gestion normale du patrimoine privé du bénéficiaire. Voir *Doc. parl.*, 49, 1998-1999, DOC 1912/001, avis du Conseil d'Etat, p. 104.

imposable dans le chef du bénéficiaire doit être valorisé de la manière suivante²² :

	Actions cotées en bourse	Actions non cotées en bourse
Options cotées en bourse	ATN = valeur du dernier cours de clôture de l'option qui précède le jour de l'offre.	
Options non cotées en bourse	ATN = pourcentage (forfaitaire) de la valeur du sous-jacent déterminé par la personne qui offre l'option, qui a le choix entre : a) cours moyen de clôture de l'action pendant les 30 jours précédant l'offre ; b) dernier cours de clôture qui précède le jour de l'offre.	ATN = pourcentage (forfaitaire) de la valeur réelle du sous-jacent au moment de l'offre. Cette valeur est déterminée par la personne qui offre l'option sur avis conforme du commissaire ou réviseur d'entreprise (ou, à défaut, d'un expert-comptable) de la société émettrice du sous-jacent ¹

1. Conformément à l'article 43, § 4, al. 2 de la loi du 26 mars 1999, la valeur ainsi déterminée devra en tout état de cause être au moins égale à la valeur comptable du sous-jacent.

Dans l'hypothèse où l'option ne serait pas octroyée gratuitement au bénéficiaire, le prix payé pour l'acquisition de l'option devra être déduit du montant de l'avantage imposable²³. En revanche, si le prix d'exercice de l'option est inférieur à la valeur du sous-jacent au moment de l'offre, la différence donnera lieu à un avantage imposable supplémentaire²⁴.

(b) Évaluation forfaitaire de l'ATN pour les options non cotées

Comme évoqué ci-dessus, l'avantage imposable dans le chef du bénéficiaire d'une option non cotée correspond à un pourcentage de la valeur du sous-jacent au moment de l'offre (cette valeur étant déterminée selon une méthode différente selon que le sous-jacent est coté en bourse ou non). Ce pourcentage est fixé par la loi de 1999 à 18 %. Ce pourcentage sera, le cas échéant, majoré de 1 % par (partie d') année ou partie d'année au-delà de la 5^e année lorsque les options sont octroyées pour une durée de plus de 5 ans au moment de l'offre.

La loi de 1999 permet par ailleurs de réduire ces pourcentages de moitié (soit respectivement 9 % et 0,5 %) lorsque les conditions cumulatives suivantes sont rencontrées :

- Le prix d'exercice de l'option est déterminé de manière certaine au moment de l'offre. En pratique, le prix d'exercice sera généralement fixé dans le cadre du document d'offre notifié par écrit au bénéficiaire.
- L'option ne peut pas être exercée ni avant l'expiration de la 3^e année, ni après l'expiration de la 10^e année civile, qui suit celle au cours de laquelle l'offre a eu lieu.
- L'option ne peut pas être cédée entre vifs (une cession en cas de décès est autorisée et n'empêche pas l'application des taux de valorisation de l'ATN réduits de moitié).
- Le risque de diminution de valeur des actions sur lesquelles porte l'option après l'attribution de celle-ci ne peut être couvert directement ou indirectement ni par la personne qui attribue l'option, ni par une personne se trouvant dans des liens d'interdépendance avec celle-ci.
- L'option porte sur des actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle est exercée ou d'une autre société qui a dans la première une participation directe ou indirecte.

2.2.3. Régime d'imposition et en matière de sécurité sociale

En ce qui concerne le régime d'imposition, la loi de 1999 ne déroge pas aux dispositions du C.I.R. 92. En effet, le montant de l'avantage de toute nature tel que déterminé selon les modalités précitées constitue un revenu professionnel imposable²⁵ aux taux progressifs par tranche.

Sur le plan de la sécurité sociale, l'avantage découlant de l'attribution d'options dans le cadre de la loi de 1999 à un travailleur salarié n'est, en principe, pas considéré comme une rémunération et n'est donc pas soumis aux cotisations sociales ONSS pour cette catégorie de bénéficiaires²⁶.

En revanche, en ce qui concerne les travailleurs indépendants (ex. consultants indépendants ou dirigeants), des cotisations sociales INASTI seront bel et bien dues sur le montant de l'avantage de toute nature reçu²⁷.

22. Article 43, §§ 2 à 4 de la loi du 26 mars 1999.

23. Article 43, § 1 de la loi du 26 mars 1999.

24. Article 43, § 7 de la loi du 26 mars 1999.

25. Selon que le bénéficiaire est employé, dirigeant ou prestataire indépendant, ce revenu constituera respectivement soit une rémunération, un revenu de dirigeant ou encore un bénéfice.

26. Article 19, § 2, al. 1, 18^e de l'Arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

27. Dans la mesure où le plafond de rémunération de 108 238,40 EUR (montant pour 2025) n'est pas encore atteint.

2.2.4. Obligations de la société qui attribue les options

La société qui attribue les options sera tenue de retenir le précompte professionnel applicable sur le montant de l'avantage ainsi attribué à un employé ou un dirigeant d'entreprise²⁸. Le cas échéant, le montant du précompte sera retenu sur la rémunération périodique (mensuelle) ordinaire du bénéficiaire, ce qui pourrait avoir pour effet de réduire fortement (mais temporairement) le montant de sa rémunération nette lors de l'attribution des options.

Le montant de l'avantage de toute nature devra par ailleurs être repris dans une fiche individuelle 281.10, 281.20 (ou encore, le cas échéant, 281.50) en fonction de la qualité du bénéficiaire des options.

3. Bénéficiaire exerçant son activité par le biais d'une société de management : attribution à la société ou à son dirigeant ?

3.1. Position du problème

Pour diverses raisons touchant notamment à la limitation de leur responsabilité personnelle, à la sécurité sociale ou encore à la fiscalité, certains mandataires ou prestataires de services indépendants font le choix d'exercer leur activité professionnelle par l'intermédiaire d'une société de management personnelle (aussi appelée « Manco »). Dans une telle situation, c'est alors la Manco qui preste des services ou exerce un mandat (d'administrateur ou autre) au sein et/ou pour le compte d'une autre société et qui se fait rémunérer pour ces services. Ceci implique donc l'existence d'une relation contractuelle entre la société « cliente » et la Manco et non pas/plus entre la société « cliente » et la personne physique qui exécute effectivement ces prestations de service/ce mandat par l'intermédiaire de sa Manco.

À l'instar de ce qu'elle fait avec ses salariés, la société « cliente » pourrait dans cette situation également vouloir rémunérer la Manco avec des options sur actions (par exemple à des fins de rétention et/ou d'intéressement au succès de l'entreprise).

Le problème réside néanmoins dans le fait que le régime fiscal de la loi de 1999 analysé ci-avant est en

principe inapplicable aux sociétés. L'octroi d'une rémunération ou d'un bonus sous forme d'options sur actions à une société (de management) ne revêt dès lors qu'un intérêt (fiscal) limité puisqu'aucun régime fiscal particulier n'est prévu dans cette hypothèse.

La question se pose donc de savoir s'il est ou non possible d'attribuer les options directement au dirigeant personne physique de la Manco (afin que celui-ci puisse bénéficier du régime fiscal prévu par la loi de 1999).

3.2. Position administrative jusqu'à 2017

Jusqu'en 2017, l'attribution d'options directement au dirigeant personne physique d'une Manco plutôt qu'à la Manco elle-même semblait trouver un écho favorable auprès de l'administration fiscale, du moins dans les cas où la Manco exerçait un mandat d'administrateur dans la société attribuant les options. En effet, conformément au CSA (et précédemment au Code des sociétés), lorsqu'une société (ici une Manco) est nommée administrateur d'une autre société, celle-ci doit obligatoirement se faire représenter par un représentant permanent personne physique qui exécutera le mandat d'administrateur au nom et pour le compte de la Manco²⁹. Ce représentant permanent personne physique est, à de nombreux égards³⁰, traité comme s'il exerçait lui-même le mandat d'administrateur. Sur le plan fiscal également, il a été confirmé à plusieurs reprises que le représentant permanent personne physique peut être considéré lui-même comme dirigeant d'entreprise (au sens de l'article 32 du C.I.R. 92) de la société au sein de laquelle la Manco exerce le mandat d'administrateur³¹.

Sur la base de cette assimilation du représentant permanent (dirigeant de la Manco), il était généralement admis que la société au sein de laquelle le mandat d'administrateur était exercé par la Manco avait la possibilité d'attribuer directement les options au dirigeant personne physique (et représentant permanent) de celle-ci³², ce qui avait pour effet de permettre l'application du régime fiscal de la loi de 1999 aux options ainsi attribuées. Par ailleurs, l'administration fiscale acceptait également que cette assimilation implique un lien direct entre le dirigeant de la Manco et la société au sein de laquelle le mandat d'administrateur est exercé, de sorte que ce dirigeant personne physique pouvait en outre bénéficier de l'application des taux de valorisation de l'ATN réduits de moitié prévus par la loi de 1999³³.

28. Aucune obligation de retenue de précompte professionnel ne s'appliquant lorsque le bénéficiaire des options est un prestataire de services indépendant.

29. Article 2:55 CSA.

30. Par exemple pour l'application des règles en matière de conflit d'intérêts ou encore en matière de responsabilité (civile et pénale).

31. Q.R., Chambre, 2008-2009, 52-46, p. 28. Pour un exemple de confirmation jurisprudentielle récente voir Gand, 20 février 2024, R.G. n° 2022/AR/1737 ;

32. P. SMET, « Options sur actions : que reste-t-il du 'cadeau de Saint-Nicolas' ? », *Fiscologue*, n° 1519, 2017 ; M. DE MUNTER, « Aandelenopties rechtstreeks toegekend aan zaakvoerders van managementvennootschappen genieten niet langer van gehalveerde belastbare basis », *Pacioli*, BIBF, n° 448, 2017, p. 2.

33. Considérant ainsi notamment que la condition selon laquelle l'option doit porter sur des actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle est exercée était remplie, et ce alors même que c'est en principe la Manco (certes par l'intermédiaire de son dirigeant/représentant permanent) qui exerce un mandat d'administrateur au profit de la société octroyant les options.

3.3. Position administrative depuis 2017

L'administration fiscale décida néanmoins de changer son fusil d'épaule avec la publication de la circulaire 2017/C/21 du 13 avril 2017 relative à des options sur actions attribuées à des gérants de sociétés de management. En effet, revenant ainsi sur sa position antérieure, l'administration considéra au travers de cette circulaire que le dirigeant d'une Manco exerce exclusivement son activité professionnelle au profit de cette dernière et non au profit de la société cliente de sa Manco ou de la société au sein de laquelle sa Manco exerce un mandat d'administrateur.

Dès lors et par conséquent, les taux de valorisation de l'ATN réduits de moitié prévus par la loi de 1999 ne peuvent pas (ou plus) être appliqués aux options attribuées au dirigeant d'une Manco³⁴.

3.4. Le risque de simulation de la société de management

Notons néanmoins que la circulaire précitée ne semble en revanche pas formellement exclure la possibilité pour la société « cliente » d'attribuer les options directement au dirigeant personne physique d'une Manco qui lui fournit ses services ou qui exerce un mandat d'administrateur.

Il nous semble cependant que l'attribution des options directement au dirigeant d'une Manco est susceptible de mettre à mal la structure de la Manco elle-même et devrait donc être évitée.

En effet, dans la mesure où une Manco est rémunérée (partiellement ou totalement) sous forme d'options pour les services prestés ou le mandat d'administrateur exercé au sein d'une autre société, mais où ces options seraient attribuées directement au dirigeant personne physique de cette Manco, l'administration pourrait être tentée de considérer la structure Manco comme étant « simulée » et donc de considérer que les services ou le mandat d'administrateur sont en réalité prestés par le dirigeant personne physique personnellement et non par sa Manco. A notre estime, le risque de simulation est d'autant plus important lorsque l'attribution des options constitue une rémunération à part entière pour les services prestés par la Manco au profit de la société ou, pire encore, lorsqu'il est prévu contractuellement que des options seront octroyées à celle-ci.

Pour toutes ces raisons, l'attribution d'options au dirigeant d'une Manco semble devoir être écartée au profit d'une attribution à la Manco elle-même.

Notons pour finir que le SDA mentionne généralement dans ses décisions anticipées portant sur des plans d'option que, dans la mesure où certains bénéficiaires exercent leur activité professionnelle au profit de la société octroyant les options par le biais d'une Manco, les options seront attribuées à celle-ci et non à son dirigeant personne physique³⁵.

4. Une possible application de la loi de 1999 aux options attribuées à une société de management moyennant un mécanisme particulier : l'opération dite de « *back-to-back* »

Dès lors que les options devraient en principe être attribuées à la Manco et non directement à son dirigeant, et que la loi de 1999 ne peut être appliquée dans le chef de la Manco, doit-on nécessairement en conclure que toute possibilité d'appliquer la loi de 1999 doit être exclue ?

Cette question appelle selon nous une réponse négative. Il est exact que la loi de 1999 ne pourra pas être appliquée aux options attribuées à la Manco par la société « cliente ». Cependant, à supposer que la Manco, après s'être vu attribuer les options, décide ensuite de les attribuer (ou transférer) à son tour à son dirigeant personne physique, rien n'empêchera en principe ce dernier de bénéficier du régime fiscal prévu par la loi de 1999 pour les options qui lui sont ainsi transférées par sa Manco.

Le mécanisme décrit ci-dessus consistant pour une société « cliente » à attribuer des options à une Manco avant que celle-ci ne les transfère (à sa seule discrétion), aux mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles prévues dans le cadre de l'attribution initiale, à son dirigeant personne physique dans le cadre de la loi de 1999, est également appelée opération de « *back-to-back* ».

4.1. Nécessité d'une documentation adéquate

4.1.1. Le plan d'options sur actions

Ce mécanisme de *back-to-back* nécessite néanmoins une attention particulière lors de la rédaction du plan d'options au niveau de la société « cliente » qui souhaite attribuer celles-ci. En effet, bien souvent, les plans d'options sur actions (ou les documents d'offre) prévoient que les options ne peuvent être cédées entre vifs par le bénéficiaire. Cette clause vise à la fois :

- à éviter que les options (et le cas échéant, les actions sous-jacentes) de la société « cliente » ne puissent être transmises et donc détenues par

34. Circulaire 2017/C/21 du 13 avril 2017 relative à des options sur actions attribuées à des gérants de sociétés de management, points 5 à 8.

35. Voir par exemple Décision anticipée 2023.0235, 23 mai 2023, § 8.

- d'autres personnes que les bénéficiaires que la société « cliente » souhaite gratifier dans le cadre de son plan d'options ;
- de permettre aux bénéficiaires de bénéficier des taux de valorisation de l'ATN réduits de moitié prévus par la loi de 1999, à supposer que les autres conditions y relatives soient également rencontrées.

Une telle clause, lorsqu'elle est prévue dans un plan d'options pourrait, s'il n'y est pas dérogé, faire obstacle à une éventuelle opération de *back-to-back*.

Afin de permettre le *back-to-back* en cas d'attribution d'options à une Manco, il conviendra de veiller à inclure dans le plan une exception à la non-transférabilité des options attribuées, tout en limitant cette exception exclusivement au cas où des options sont attribuées à une Manco et en vue de lui permettre de transférer celles-ci à son dirigeant personne physique. Cette exception pourrait également ne pas être intégrée directement dans le plan mais pourrait faire l'objet d'une dérogation explicite prévue directement dans le document d'offre adressé par la société « cliente » à la Manco (voir ci-après, section 4.1.2(a)).

Dans le cadre du plan d'options, une attention particulière devra également être apportée à la notion de bénéficiaire. Le cas échéant, il pourrait s'avérer nécessaire d'opérer une distinction entre la notion de « bénéficiaire » (personne à laquelle la société attribue initialement les options, à savoir dans le cas qui nous intéresse, la Manco) et de « détenteur d'option » (notion ayant pour objectif d'inclure le dirigeant de la Manco en cas de *back-to-back*).

4.1.2. Les documents d'offre et d'acceptation

(a) L'attribution (initiale) des options par la société « cliente » à la Manco

La mise en œuvre d'un *back-to-back* suppose également une documentation particulière en ce qui concerne les documents d'offre et d'acceptation. L'attribution initiale des options par la société « cliente » fera l'objet d'une offre écrite adressée directement à la Manco, et non pas à son dirigeant. Ce document d'offre contiendra les dérogations nécessaires à apporter par rapport au plan d'options (par exemple pour prévoir, le cas échéant, une exception à la non-transférabilité des options offertes). Mis à part ces quelques spécificités, le document d'offre pourra généralement être établi sur la base du même modèle que celui utilisé pour les autres catégories de bénéficiaires.

Les options seront acceptées par la Manco par le biais d'un document d'acceptation semblable à celui utilisé pour les autres catégories de bénéficiaires. Il sera ici important de veiller à ce que les options soient acceptées par la Manco elle-même et non par son

dirigeant (le document sera bien évidemment signé par le dirigeant personne physique, mais en sa qualité de dirigeant/administrateur représentant valablement la Manco).

Bien que la loi de 1999 ne soit pas applicable dans le cadre de cette attribution initiale des options à la Manco, nous serions néanmoins d'avis de veiller ici également au respect des conditions formelles de la loi de 1999. En effet, la rédaction d'une offre et d'une acceptation écrite permettra notamment de démontrer que les options ont bien été attribuées, dans un premier temps, à la Manco elle-même et non à son dirigeant directement. En ce qui concerne le délai de 60 jours endéans lequel l'acceptation doit en principe intervenir, cette condition ne devrait en principe pas obligatoirement être respectée par la Manco, étant donné que la loi de 1999 ne sera de toute façon pas applicable dans son chef. Les options pourraient ainsi être acceptées après l'écoulement de ce délai de 60 jours par la Manco, sans que cette circonstance n'empêche – en principe – son dirigeant de bénéficier du régime fiscal de la loi de 1999 lorsque les options lui seront transférées dans le cadre du *back-to-back*.

Ceci étant dit, la prudence recommande tout de même de respecter ce délai, c'est-à-dire de procéder à l'acceptation de l'offre initiale des options par la Manco dans ce délai de 60 jours, afin d'éviter d'éventuelles discussions en cas de contrôle fiscal ou encore d'autres inconvénients (par exemple, en raison de l'éventuelle fluctuation de la valeur de l'option ou du sous-jacent entre la date de l'offre, l'acceptation par la Manco et l'opération de *back-to-back* – voir ci-après, section 4.3).

(b) L'opération de *back-to-back* (seconde offre « miroir »)

Afin de mettre en œuvre l'opération de *back-to-back*, un second jeu de documents d'offre et d'acceptation en « miroir » devra être rédigé. En effet, afin d'attribuer/transférer à son tour les options reçues, la Manco adressera une offre à son dirigeant suivant un modèle semblable à celui utilisé lors de l'offre initiale. Il en va de même pour le document d'acceptation qui devra émaner du dirigeant de la Manco.

Il sera primordial de respecter ici l'ensemble des conditions d'application de la loi de 1999 afin de rendre le régime fiscal prévu par celle-ci applicable au dirigeant personne physique de la Manco. Ceci implique que l'offre et l'acceptation devront faire l'objet d'écrits signés et que l'acceptation par le dirigeant devra intervenir au plus tard le 60^e jour qui suit la date de l'offre. Bien que, à notre estime, l'acceptation par le dirigeant doive uniquement intervenir dans les 60 jours qui suivent la date de l'offre faite par la Manco au dirigeant et non pas à partir de la date de l'offre initiale des options à la Manco par la

société « cliente », il pourrait néanmoins s'avérer plus prudent que l'opération de *back-to-back* soit réalisée (c'est-à-dire que le dirigeant notifie son acceptation des options offertes par sa Manco) au plus tard le 60^e jour qui suit la date de l'offre initiale des options à la Manco (et, en tout état de cause, avant la fin de l'exercice comptable au cours duquel la Manco s'est vue attribuer les options – voir ci-après, section 4.3).

La Manco ne devrait en principe pas avoir besoin de rédiger un plan d'options en vue de réaliser ce *back-to-back*. Il n'est en effet pas nécessaire pour la Manco de prévoir toutes les modalités liées à l'attribution, la détention ou encore l'exercice des options dans le chef de son dirigeant. Les options étant transmises au dirigeant aux mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles applicables dans le cadre de l'offre initiale faite à la Manco, une simple référence aux modalités et conditions du plan d'option ainsi qu'au document d'offre initial adressé à la Manco sera en principe suffisant.

4.2. 1^{re} étape : attribution des options par la société à la Manco

4.2.1. Du point de vue de la société « cliente » qui offre les options

Dans un premier temps, les options seront attribuées à la Manco par la société au sein de laquelle le mandat d'administrateur est exécuté ou au profit de laquelle les services sont prestés. Cette première étape n'appelle en réalité que peu de commentaires, en ce que la loi de 1999 n'aura en tout état de cause pas vocation à s'appliquer à ce stade.

En pratique, la société « cliente » qui offre les options à la Manco établira un document d'offre, auquel la Manco répondra par un document d'acceptation. La société « cliente » ne devra en principe pas retenir de précompte professionnel, ni de cotisations de sécurité sociale en ce qui concerne les options attribuées à une Manco. Le cas échéant et dans la mesure où aucune facture n'aurait été émise par la Manco pour lesdites options (voir section 4.2.2(b)(i) quant à la TVA et l'établissement d'une facture), une fiche 281.50 devra être établie³⁶.

Par ailleurs, la société « cliente » tiendra un registre des détenteurs d'options et y reprendra les informations relatives aux options offertes à la Manco.

4.2.2. Du point de vue de la Manco qui reçoit les options

(a) La comptabilisation et le traitement fiscal des options reçues dans le chef de la Manco

(i) Une comptabilisation nécessaire, mais pas toujours respectée en pratique

Comme déjà mentionné ci-dessus, la Manco qui reçoit les options ne peut pas bénéficier du régime fiscal prévu par la loi de 1999. En revanche, en recevant des options sur actions, la Manco reçoit en réalité un élément qui doit être inscrit à l'actif de son bilan³⁷ et qui donne lieu, le cas échéant, à la reconnaissance d'un produit dans son chef.

Dans la pratique, il semblerait néanmoins que le passage des options dans le patrimoine de la société ne soit pas toujours reflété dans la comptabilité de celle-ci, en particulier lorsque les options sont transférées par la Manco à son dirigeant immédiatement après leur réception.

Comme nous l'abordons dans la suite de la présente contribution, ce transfert immédiat entraîne (i) une disparition des options à l'actif ainsi (ii) qu'une charge dans le chef de la Manco dont le montant correspond en principe au produit (qui aurait dû être) comptabilisé lors de l'attribution des options. L'attribution des options à une Manco suivie d'un *back-to-back* réalisé « dans les règles de l'art » constitue donc en principe une opération neutre tant sur le plan comptable que fiscal dans le chef de la Manco³⁸.

Il en découle par conséquent que certains dirigeants de Manco ne prennent pas la peine de refléter cette opération dans la comptabilité de leur Manco. Cette pratique ne semble pas conforme aux règles applicables sur le plan comptable. En effet, bien que l'opération soit *in fine* neutre dans le chef de la Manco et que les options soient, le cas échéant, transférées immédiatement à son dirigeant, il n'en reste pas moins que les options entrent, certes de manière temporaire, dans le patrimoine de la Manco et doivent être reprises à ce titre à l'actif de son bilan (ainsi que parmi les produits dans le compte de résultats).

(ii) A quelle valeur la Manco doit-elle comptabiliser les options ?

La question qui se pose est alors de savoir à quelle valeur les options reçues doivent être comptabilisées par la Manco à son actif (ainsi que dans ses produits). L'intérêt de cette question pourrait sembler théorique dans les cas où la Manco transfère immédiatement les

36. Article 57 C.I.R.

37. Avis CNC 2012/18 – Le traitement comptable des options sur actions (considérées isolément), 7 novembre 2012, points 18 et 19. la CNC considère qu'une option sur actions est en réalité un droit sur l'émetteur de celle-ci et constitue donc un avoir à comptabiliser à l'actif du bilan du titulaire de l'option.

38. Voir not. SDA, décision anticipée 2023.0235, 23 mai 2023, § 9 et 10. Il existe en la matière plusieurs autres décisions plus anciennes.

options reçues à son dirigeant, auquel cas les options ne font qu'un passage temporaire dans le patrimoine de la société, entrant et sortant de celui-ci à la même valeur. Cette comptabilisation peut toutefois avoir un réel impact comptable et fiscal dans la mesure où les options ne seraient pas transférées (ou pas immédiatement) au dirigeant par la Manco.

Conformément au principe comptable de valorisation des actifs à la valeur historique, les actifs, dont font partie les options sur actions, doivent en principe être inscrits à l'actif à leur valeur d'acquisition. Ceci étant dit, dans l'hypothèse qui nous occupe, il nous semble difficile de déterminer cette valeur d'acquisition puisqu'aucun prix n'est – en général – payé par la Manco pour acquérir les options³⁹. Face à ce problème, plusieurs positions semblent pouvoir être défendues en ce qui concerne la valorisation des options dans le chef de la Manco :

- **première possibilité** : Tout d'abord, une première possibilité pourrait consister à comptabiliser les options à leur **valeur de marché**. Cette position trouve une justification dans l'application de l'article 3:14 AR/CSA et trouve un certain écho auprès de la CNC, notamment dans son avis 2019/15⁴⁰. En effet, il serait possible de considérer que les options sont attribuées à la Manco en rémunération des services prestés par celle-ci ou pour l'exécution de son mandat d'administrateur dans la société « cliente »⁴¹. A ce titre, les options seraient en réalité reçues par la Manco en contrepartie de ses prestations de services de sorte qu'il serait possible de considérer l'opération comme étant un échange. L'AR/CSA prévoit dans cette situation que l'actif ainsi reçu doit être comptabilisé à une valeur correspondant à la valeur de marché des services prestés⁴². Si cette valeur de marché est difficilement déterminable, l'article 3:14 AR/CSA ainsi que l'avis CNC 2019/15⁴³ préconisent de comptabiliser les options reçues à leur valeur de marché⁴⁴ à la date de l'échange (c'est-à-dire à la date de l'octroi des options). Cette solution implique néanmoins un exercice difficile, celui de la détermination de la valeur réelle des options reçues⁴⁵. Cet exercice de

valorisation, qui diffère de celui de la valorisation du sous-jacent, est complexe et est donc rarement réalisé en pratique, ce qui fait généralement obstacle à l'application de cette première solution ;

- **seconde possibilité** : Dans certaines situations, il pourrait également être défendu que les options sont en réalité acquises par la Manco à titre gratuit. Cela pourrait éventuellement être le cas lorsque les options sont attribuées indépendamment de toute disposition contractuelle et de manière entièrement discrétionnaire par la société « cliente ». Partant de cette position, les options pourraient le cas échéant être comptabilisées à leur **valeur d'acquisition**, soit 0,00 EUR⁴⁶, sans que l'administration ne puisse considérer que cette acquisition à titre gratuit ne doive donner lieu à la reconnaissance immédiate d'un produit (imposable) égal à la valeur de marché des options reçues (à titre gratuit) dans le chef de la Manco⁴⁷. L'absence de nécessité de reconnaître un produit (imposable) dans le chef de la Manco semble également valoir dans l'hypothèse où l'octroi des options revêt un caractère rémunérateur⁴⁸. Cette position pourrait cependant entraîner certaines conséquences fiscales négatives, notamment en matière d'avantage anormal ou bénévole⁴⁹ ;
- **troisième possibilité** : Une dernière possibilité, généralement retenue en pratique par facilité, consiste pour la Manco à comptabiliser les options reçues à une **valeur correspondant à l'ATN** auquel les options donneront lieu dans le chef du dirigeant suite au *back-to-back*⁵⁰. Cette solution a ceci de pratique qu'elle ne rend pas nécessaire le difficile exercice de valorisation des options évoqué ci-dessus. Néanmoins, dans l'état actuel de la législation comptable et fiscale, rien ne semble justifier/ permettre une telle comptabilisation à la valeur de l'ATN résultant de l'application du régime de la loi de 1999, d'autant plus que ce régime n'est pas applicable dans le chef de la Manco. Par ailleurs, cette manière pragmatique de procéder ne semble en tout état de cause pas pouvoir être retenue dans les cas où (i) les options seraient conservées par la Manco sans être transférées à son dirigeant, ou (ii) devaient être

39. Dans la mesure où les options sont attribuées à titre gratuit par la société « cliente », ce qui est souvent le cas lorsqu'il s'agit d'un élément de rémunération (nous ne visons pas ici les produits bancaires/warrants achetés par la Manco pour rémunérer son dirigeant).

40. Avis CNC 2019/15 – Valeur d'acquisition d'un élément d'actif obtenu en échange d'une contrepartie autre qu'en espèces, 4 décembre 2019.

41. Cette interprétation nous semble d'autant plus justifiée lorsque l'octroi des options est prévu contractuellement comme forme de rémunération pour les services prestés.

42. Article 3:14 AR/CSA ; Avis CNC 2019/15 précité, points 2 et 12.

43. Avis CNC 2019/15 précité, points 14 et 16.

44. La valeur de marché étant définie par la CNC comme étant « le montant pour lequel un élément d'actif peut être négocié ou une convention de services peut être conclue entre des parties indépendantes, bien informées, qui concluent une transaction de leur plein gré ».

45. Par exemple, sur base d'une méthode « Black&Scholes » ou d'une autre méthode de valorisation.

46. K. JANS, « Verkrijging van actiefbestanddelen om niet : boekhoudrechtelijke en fiscale analyse », *A.F.T.*, 2020/10, p. 34.

47. D.-E. PHILIPPE et A. NOLLET, « Acquisition par une société d'actions à titres gratuits ou à un sous-prix : pas/plus immédiatement un bénéfice imposable..., mais un avantage anormal ou bénévole ? », *R.G.F.C.P.*, 2023/3, p. 2 à 19. Dans son avis 126-17, la CNC considérait initialement que l'acquisition d'un actif à titre gratuit devait, lorsque cette acquisition revêtait un caractère rémunérateur, être traitée comme un échange et donc comme une acquisition à titre onéreux, donnant lieu à une comptabilisation de l'actif reçu à sa valeur de marché. Cette position a néanmoins été rejetée par la C.J.U.E. dans le cadre de l'arrêt *Gimle* (C-322/12) et d'une ordonnance rendue dans le cadre de l'affaire *Bloomsbury* (C-510/12), ce qui a poussé la CNC à revenir sur sa position et à abroger l'avis 126-17 précité.

48. D.-E. PHILIPPE et A. NOLLET, *ibidem*.

49. D.-E. PHILIPPE et A. NOLLET, *op. cit.*, p. 12 à 18.

50. P. SMET, *op. cit.*

transférées au dirigeant en dehors du champ d'application de la loi de 1999.

Sans vouloir ni pouvoir prétendre trancher une fois pour toutes la controverse liée à la valeur à laquelle les options devraient être comptabilisées dans le chef de la Manco, soulignons néanmoins que :

- le SDA semble faire pencher la balance vers une comptabilisation à la valeur de marché des options à la date de leur octroi à la Manco (soit la première possibilité évoquée ci-dessus)⁵¹ ;
- les règles TVA évoquées ci-dessous (voir section 4.2.2(b)) semblent faire pencher la balance vers une comptabilisation à la valeur de marché des options (première possibilité ci-dessus), voire (sur la base d'une tolérance administrative) à la valeur correspondant à l'ATN (troisième possibilité ci-dessus) découlant de la loi de 1999 (ce qui ne semble néanmoins possible qu'en cas de *back-to-back*).

Bien que conscients des limites respectives de chacune des possibilités envisagées ci-dessus, les auteurs expriment néanmoins une préférence pour la troisième possibilité (comptabilisation à une valeur correspondant à l'ATN résultant de l'application de la loi de 1999) lorsqu'il est prévu que les options attribuées à la Manco feront l'objet d'un *back-to-back*. En revanche, lorsqu'aucun *back-to-back* n'est envisagé, la deuxième possibilité évoquée ci-dessus (comptabilisation à la valeur d'acquisition) représentera généralement une solution pragmatique pour les contribuables concernés compte tenu de la difficulté pratique liée à la détermination de la valeur de marché des options lors de leur attribution. Ceci étant dit, la mise en œuvre de cette seconde possibilité entraînera certains risques déjà évoqués ci-dessus et dont les contribuables devront être conscients et tenir compte.

(b) Le sort des options octroyées à la Manco sur le plan de la TVA

Dans la pratique, nous observons également bien souvent qu'aucune facture n'est émise par le bénéficiaire Manco des options sur actions.

Cette absence de facturation est normale dans l'hypothèse où le bénéficiaire des options est un employé ou un dirigeant exerçant un mandat en sa qualité de

personne physique, ces deux catégories de bénéficiaires n'étant pas soumises à la TVA pour leurs activités.

En revanche, l'absence de facture et la non-application de la TVA dans l'hypothèse où le bénéficiaire des options est une Manco soulève plusieurs questions.

- (i) Obligation pour la Manco d'émettre une facture en vue de se voir attribuer des options

Conformément à l'article 53, § 2 C.T.V.A., l'assujetti qui fournit une prestation de service soumise à la TVA est tenu d'émettre une facture, laquelle devra par ailleurs répondre aux conditions fixées par l'Arrêté royal n° 1⁵². L'application de la TVA, et donc l'obligation d'émettre une facture, suppose l'existence d'une prestation de service imposable fournie par la Manco et dont l'attribution des options constituerait la contrepartie.

De manière générale, l'existence d'une prestation de services imposable sur le plan de la TVA suppose la réunion des éléments suivants⁵³ :

- l'existence d'une prestation de services au sens de l'article 18 C.T.V.A. : Il est communément admis qu'un travail de nature intellectuelle, le cas échéant dans le cadre de l'exécution d'un mandat d'administrateur par une société, constitue une prestation de service⁵⁴ ;
- la prestation de services doit être localisée en Belgique : Dans le cadre d'opérations entre entreprises (B2B), une prestation de services doit en principe être localisée, au sens de la TVA, à l'endroit où le preneur a établi le siège de son activité⁵⁵ ;
- la prestation de services est fournie par un assujetti agissant en cette qualité : Une Manco dont l'activité économique consiste à fournir des services (par exemple de consultance) sur la base de contrats de services à d'autres sociétés est en principe assujettie à la TVA. Il en va par ailleurs de même lorsque l'activité de la Manco consiste en l'exécution d'un ou plusieurs mandats d'administrateurs dans d'autres sociétés. En effet, contrairement au principe qui prévaut en ce qui concerne les administrateurs personnes physiques (voir ci-après section 4.3.1(c)), l'administration fiscale considère que les administrateurs personnes morales sont effectivement assujettis à la TVA du fait de cette activité^{56 57} ;

51. Voir not. Décision anticipée 2023.0235, 23 mai 2023, § 9 ; Décision anticipée 2023.0250, 6 juin 2023, § 24 ; Décision anticipée 2023.0793, 21 novembre 2023, § 19, Décision anticipée 2023.0530, 19 septembre 2023, § 11.

52. Arrêté royal 1 du 29 décembre 1982 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, article 5.

53. Article 2 C.T.V.A.

54. Article 18, § 1, al. 2, 1° et 3° C.T.V.A. ; Commentaire de la TVA, Livre I, Chap. 3, section 3, point 3. « Le mandat », A.

55. Article 21, § 2 C.T.V.A.

56. Décision ET 127.850 du 30 mars 2016 ; Décision ET 125.180 du 20 novembre 2014 ; Commentaire de la TVA, Livre I, Chap. 1, section 11, point 5. « Administrateurs ou gérants ».

57. Certains auteurs estiment néanmoins que le raisonnement de la C.J.U.E. dans son arrêt C-288/22 du 21 décembre 2023 est susceptible de remettre en cause cette position administrative belge et d'ouvrir la voie à un possible non-assujettissement des administrateurs personnes morales. Pour une analyse approfondie de cet arrêt et de son potentiel impact sur la position de l'administration belge, voir Y. BERNAERTS, « L'assujettissement des administrateurs de sociétés – La C.J.U.E. entame la décantation ou est-ce la brumaille qui se lève ? », *R.G.F.C.P.*, 2024/3, p. 59 à 74.

- enfin, la prestation de services doit être fournie à titre onéreux : le caractère onéreux de la prestation de service implique qu'une rétribution soit octroyée au prestataire et que celle-ci constitue la contre-valeur effective du service fourni par celui-ci⁵⁸. La rétribution doit constituer une valeur subjective, réellement perçue et exprimable en argent, sans que la forme de cette rétribution n'ait une quelconque importance. Cette contribution pourrait donc prendre la forme d'options. Ceci implique par ailleurs que la rétribution constitue la contre-valeur d'une prestation de services, qui soit individualisable⁵⁹. Cette condition ne devrait à notre avis pas poser de problème particulier lorsque le contrat de prestation de service prévoit une rémunération entièrement ou partiellement sous la forme d'options. En revanche, il pourrait éventuellement être défendu que cette condition n'est pas rencontrée lorsque les options sont attribuées de manière entièrement discrétionnaire par la société « cliente »/preneuse de services⁶⁰.

Par conséquent, dans la plupart des situations, les options attribuées pourront être considérées comme constituant la « contrepartie » d'une prestation de service soumise à la TVA fournie par la Manco, de sorte que celle-ci serait, en principe, tenue d'émettre une facture (et d'appliquer la TVA) en vue de se voir attribuer lesdites options.

(ii) Détermination de la base imposable à la TVA

En ce qui concerne les prestations de services, l'article 26 C.T.V.A. prévoit que la base imposable est constituée de « *tout ce qui constitue la contrepartie obtenue ou à obtenir* » par le prestataire de service de la part du preneur de service ou d'un tiers. Dans l'hypothèse où cette contrepartie prend la forme de valeurs mobilières incorporelles, ce qui serait le cas des options attribuées, la base imposable doit être déterminée sur la base de la valeur normale de celles-ci⁶¹. Cette règle impliquerait, à nouveau, qu'il soit nécessaire de valoriser les options.

Cependant, en pratique, l'attribution des options à une Manco ne semble que rarement faire l'objet d'une facturation par celle-ci ou lorsqu'une facturation existe, la facture fait, le plus souvent, mention d'un montant correspondant au montant de l'ATN découlant de l'application de la loi de 1999 (en cas de *back-to-back* dans le cadre de cette dernière). Cette dernière

solution ne trouve – à notre connaissance – pas de fondement juridique dans les principes et règles applicables en matière de TVA, mais serait acceptée par l'administration fiscale sur la base d'une tolérance administrative (que l'on comprend aisément au regard des questions pratiques évoquées ci-dessus).

(iii) Impact dans le chef de la société « cliente »

Si les options sont attribuées par la société « cliente » en contrepartie d'une prestation de service soumise à la TVA fournie par la Manco et que cette dernière est tenue en principe d'émettre une facture en vue de se voir remettre lesdites options, cela implique qu'un montant de TVA sera facturé par la Manco à la société « cliente » (au taux de 21 %).

Outre les options attribuées à la Manco, la société « cliente » devrait donc également préfinancer un montant de TVA égal à 21 % de la valeur réelle des options attribuées. Dans la mesure où cette TVA est déductible dans le chef de la société « cliente », ce montant de TVA ne constituera néanmoins pas une charge pour elle, bien que cela pourrait impacter négativement sa trésorerie⁶². A l'inverse, dans l'hypothèse où la société « cliente » ne dispose pas d'un droit à déduction total, cette TVA constituera un coût final dans son chef.

4.3. 2^e étape : *back-to-back* (attribution/transfert des options reçues par la Manco à son dirigeant)

Dans un second temps, la Manco procédera à une opération de *back-to-back* et transférera les options à son dirigeant aux mêmes conditions que celles auxquelles les options ont été attribuées à la Manco. Le dirigeant se verra donc attribuer les options et sera soumis à l'ensemble des droits et obligations prévues dans le plan d'options de la société ayant initialement offert les options, en ce compris par exemple les conditions de *vesting* éventuellement prévues.

Le but étant, dans le cadre de ce *back-to-back*, de permettre au dirigeant de bénéficier du régime fiscal de la loi de 1999, il sera bien évidemment nécessaire de respecter le formalisme exigé par celle-ci. Comme abordé ci-avant, le *back-to-back* prendra dès lors la forme d'un document d'offre notifié par écrit par la Manco à son dirigeant, auquel celui-ci répondra par une acceptation, également sous forme écrite.

58. Commentaire de la TVA, Livre I, Chap. 3, section 2, point 5 « Prestations de services à titre onéreux ».

59. *Ibidem*.

60. Ce qui aurait pour effet de faire sortir l'opération du champ de la TVA. Il est cependant probable que cette position ne soit pas partagée par l'administration fiscale.

61. La notion de valeur normale correspond à la valeur de marché et est définie comme correspondant au montant qu'un preneur devrait payer à un fournisseur pour se procurer les options en question dans des conditions de pleine concurrence (Commentaire de la TVA, Livre II, Chap.6, Section 4, point 1.A). Notons par ailleurs qu'une facturation à la valeur réelle des options aurait probablement un impact sur le montant auquel les options doivent être comptabilisées au bilan dans le chef de la Manco. En effet, il semble difficilement justifiable d'établir une facture sur base de la valeur normale des options tout en comptabilisant ensuite les options acquises à une autre valeur.

62. La société preneuse devant préfinancer la TVA en la versant à la Manco avant de pouvoir ensuite la déduire dans le cadre de sa déclaration TVA.

Il sera par ailleurs primordial que l'acceptation (par écrit) du dirigeant intervienne au plus tard le 60^e suivant la date à laquelle le document d'offre a été émis par la Manco à son attention. Pour éviter certaines complications éventuelles (voir section 5 en ce qui concerne le *back-to-back* « tardif »), l'opération de *back-to-back*, et donc l'acceptation des options par le dirigeant de la Manco devrait idéalement avoir lieu dans les 60 jours suivants l'offre initiale des options à la Manco et, dans tous les cas, au cours du même exercice comptable.

4.3.1. Traitement des options dans le chef du dirigeant

(a) Sur le plan fiscal

Dans la mesure où le formalisme évoqué ci-dessus aura été respecté dans le cadre du *back-to-back*, les options transférées pourront bénéficier du régime fiscal de la loi de 1999 dans le chef du dirigeant personne physique de la Manco.

Cela implique tout d'abord que l'avantage résultant de l'attribution des options donnera lieu à un avantage de toute nature imposable dans le chef du dirigeant, et ce au moment de l'attribution des options (pour rappel, l'attribution sur le plan fiscal est fixée au 60^e jour suivant la date de l'offre – par la Manco – peu importe à quel moment est intervenue l'acceptation écrite par le dirigeant endéans ce délai)⁶³.

Le montant de cet avantage de toute nature sera par ailleurs déterminé conformément aux méthodes de valorisation prévues par la loi de 1999. Pour autant que les options et le sous-jacent concernés ne soient pas cotés, le dirigeant se verra donc imposé sur un avantage de toute nature déterminé de manière forfaitaire et correspondant à 18 % de la valeur de marché, au moment de l'offre, du sous-jacent. Le cas échéant, l'avantage imposable sera majoré de 1 % par (partie d') année ou partie d'année au-delà de 5 ans si les options ont une validité supérieure à 5 ans⁶⁴. Il est rappelé que conformément à la position de l'administration fiscale, le dirigeant ne pourra pas bénéficier de la réduction de moitié des taux de valorisation de l'ATN. En effet, l'administration considère que la condition selon laquelle les options doivent porter sur un sous-jacent émis par la société au profit de laquelle l'activité professionnelle du bénéficiaire est

exercée n'est pas rencontrée dans l'hypothèse d'une opération de *back-to-back* telle qu'envisagée ici⁶⁵.

Le montant de cet ATN devra être déclaré par le dirigeant dans le cadre de sa déclaration fiscale à l'IPP (ainsi, le cas échéant, que le montant retenu par la Manco au titre de précompte professionnel – voir ci-dessous section 4.3.2(b)) sur la base de la fiche 281.20 qui sera émise par la Manco.

La valeur de marché à retenir dans le cadre du *back-to-back* est celle du sous-jacent à la date de l'offre des options par la Manco à son dirigeant, et non à la date de l'offre initiale des options à la Manco. Ceci est susceptible d'entraîner des complications (voir section 5 concernant le *back-to-back* tardif), raison pour laquelle il est conseillé que le *back-to-back* intervienne le plus rapidement possible après l'attribution initiale des options à la Manco (voire, idéalement, le jour même) afin que la valorisation utilisée par la société « cliente » lors de l'attribution initiale puisse également être utilisée dans le cadre du *back-to-back* pour déterminer le montant de l'ATN dans le chef du dirigeant.

Dès lors que les options auront été acquises par le dirigeant dans le cadre de la loi de 1999, plus aucune imposition n'interviendra en principe (au regard de la loi fiscale telle qu'applicable au moment de la rédaction de cette contribution courant juillet 2025) au moment de l'exercice ou de la cession⁶⁶ des options ou lors de la vente du sous-jacent acquis suite à l'exercice⁶⁷.

(b) Sur le plan de la sécurité sociale

L'avantage de toute nature dans le chef du dirigeant sera soumis aux cotisations sociales INASTI, dans la mesure où celui-ci n'a pas encore atteint le plafond de rémunération au-delà duquel plus aucune cotisation sociale additionnelle n'est due⁶⁸.

(c) Sur la plan de la TVA

A l'inverse d'une société, la personne physique qui exerce un mandat d'administrateur au sein d'une société n'est pas considérée comme un assujetti à la TVA⁶⁹, de sorte que les services fournis par une personne physique dans le cadre de l'exercice d'un mandat d'administrateur ne constituent pas des prestations de services soumises à la TVA⁷⁰. Par conséquent,

63. Article 42, § 1 de la loi du 26 mars 1999.

64. Article 43, § 4, al. 1, 2^e et § 5 de la loi du 26 mars 1999.

65. Circulaire 2017/C/21 du 13 avril 2017 relative à des options sur actions attribuées à des gérants de sociétés de management.

66. Pour autant que le plan d'options permette la cession des options.

67. L'article 42, § 2 de la loi de 1999 ; *Doc. parl.*, 49, 1998-1999, DOC 1912/001, avis du Conseil d'Etat, p. 104.

68. Soit un montant de rémunération annuelle de 108 238,40 EUR pour l'année 2025.

69. En effet, l'administration fiscale considère que l'administrateur personne physique est un organe de la société au sein de laquelle son mandat est exercé et n'est donc pas considéré comme exerçant une activité économique de manière indépendante lui procurant la qualité d'assujetti au sens de l'article 4, § 1 C.T.V.A. ; voir également C.J.U.E., 21 décembre 2023, arrêt C-288/22.

70. Commentaire de la TVA, Livre I, chap. 1, section 11, point 5 « Administrateurs ou gérants » ; Décision E.T. 125.180 du 20 novembre 2014 ; C. AMAND, « Les personnes physiques administrateurs de sociétés ne sont pas des assujettis... », *Act. fisc.*, 2024/02.

aucune facture ne devra être émise par le dirigeant dans le cadre de l'opération de *back-to-back*.

4.3.2. Dans le chef de la Manco

(a) Traitement comptable et fiscal de l'octroi des options au dirigeant

Celles-ci étant attribuées à son dirigeant dans le cadre du *back-to-back*, les options quitteront le patrimoine de la Manco sans être remplacées par une contre-valeur (pour autant que les options soient octroyées gratuitement au dirigeant). La Manco réalisera donc à cette occasion une moins-value sur options égale à la valeur à laquelle celles-ci ont été initialement comptabilisées à l'actif du bilan. Cette moins-value constituera en principe une charge déductible à l'impôt des sociétés (voir néanmoins ci-après – section 8 – concernant le risque lié à la théorie de la rémunération)⁷¹.

La comptabilisation de cette charge permettra à la Manco de ne supporter aucune charge fiscale effective pour autant que l'attribution initiale des options à celle-ci et l'opération de *back-to-back* aient lieu au cours du même exercice comptable. En effet, la charge comptabilisée lors du *back-to-back* aura pour effet de neutraliser le produit qui aura été comptabilisé (*a priori* pour un montant identique) lorsque la société a initialement reçu les options⁷². L'octroi des options à la Manco, suivi d'un *back-to-back* réalisé au cours du même exercice comptable, constituera donc, en principe, une opération neutre sur le plan comptable et fiscal dans le chef de la Manco.

(b) Autres formalités et obligations fiscales

L'opération de *back-to-back* et l'attribution des options par la Manco à son dirigeant impliquent par ailleurs d'autres obligations et formalités dans le chef de celle-ci.

En effet, dans la mesure où l'octroi des options donne lieu à un avantage imposable dans le chef du dirigeant, la Manco sera tenue de retenir et verser le précompte professionnel afférent au montant de l'avantage à l'administration fiscale belge. La société sera tenue de verser le précompte professionnel dans les 15 jours qui suivent l'expiration du mois au cours duquel les options sont considérées comme fiscalement attribuées dans le chef du dirigeant, c'est-à-dire le 15 du mois qui suit celui au cours duquel prend fin le

délai de 60 jours suivant la date de l'offre formulée par la Manco à son dirigeant (et ce, indépendamment de la date à laquelle le dirigeant a effectivement accepté les options offertes endéans ce délai).

Par ailleurs, la Manco sera tenue de reprendre le montant de l'avantage découlant de l'octroi des options à son dirigeant (ainsi que le montant du précompte professionnel y afférent) dans une fiche fiscale 281.20⁷³, à défaut de quoi le montant de l'avantage ne constituera pas un frais professionnel déductible et devra être ajouté aux bénéfices imposables de la Manco au titre d'avantage anormal ou bénévole⁷⁴.

4.3.3. Dans le chef de la société « cliente » ayant initialement attribué les options à la Manco

La société ayant initialement attribué les options à la Manco n'intervient aucunement et ne supporte en principe aucune obligation dans le cadre de l'opération de *back-to-back*. La Manco et son dirigeant seront néanmoins bien avisés d'informer la société « client » de la survenance de l'opération de *back-to-back*, afin que celle-ci puisse mettre à jour son registre des détenteurs d'options pour y refléter le transfert des options de la Manco à son dirigeant.

5. L'hypothèse du *back-to-back* « tardif »

Comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer ci-avant, le dirigeant pourra en principe bénéficier du régime fiscal de la loi de 1999 pour autant que les conditions d'application de celui-ci soient remplies. Ces conditions doivent être rencontrées en ce qui concerne l'opération de *back-to-back* elle-même. Le dirigeant devra donc notamment, pour pouvoir bénéficier de ce régime fiscal, accepter les options qui lui sont offertes par la Manco dans les 60 jours qui suivent l'offre. A notre estime, l'offre ici visée est celle qui est notifiée par la Manco à son dirigeant, et non l'offre initiale des options à la Manco.

D'aucun pourrait conclure que le délai qui sépare l'offre initiale des options à la Manco et l'acceptation de celles-ci par le dirigeant dans le cadre du *back-to-back* n'a – en principe et *a priori* – pas d'importance, de sorte que le *back-to-back* pourrait être réalisé plus de 60 jours après l'offre initiale des options par la société « cliente » à la Manco.

71. Deux raisonnements permettent selon nous de justifier cette déductibilité :

- La moins-value pourrait être comptabilisée comme telle parmi les charges financières de la société comme le laisse suggérer l'avis CNC 2012/18 (point 24). Les moins-values sur options n'étant pas visées par l'article 192 C.I.R. (voir COM/IR 192/5), celle-ci sera donc en principe déductible sur le plan fiscal.
- La moins-value pourrait également être comptabilisée comme une rémunération parmi les charges d'exploitation de la société (à l'instar du traitement réservé aux actions propres distribuées au personnel), voir F. KHROUZ, *Comptabilité et Gestion*, 7^e édition, Centre de comptabilité & contrôle de gestion Solvay, Bruxelles, 2018, p. 186-187.

72. Décision anticipée 2023.0530, 19 septembre 2023, § 12 ; Décision anticipée 2023.0793, 21 novembre 2023, § 22 ; Décision anticipée 2023.0235, 23 mai 2023, § 10.

73. Article 57 C.I.R.

74. Article 44 de la loi du 26 mars 1999.

Néanmoins, un tel *back-to-back* « tardif » devrait, selon nous, être évité pour éviter les difficultés suivantes :

- Tout d'abord, nous avons déjà eu l'occasion d'analyser le traitement comptable des options reçues dans le chef de la Manco, lesquelles donneront en principe lieu à un produit qui sera, le cas échéant, neutralisé lors de l'opération de *back-to-back* par une charge équivalente. Dans l'hypothèse où le *back-to-back* n'est pas réalisé avant la fin de l'exercice comptable, cette neutralisation n'aura en principe pas lieu et la Manco pourrait devoir supporter une charge fiscale effective.
- Par ailleurs, les options étant toujours présentes dans le patrimoine de la Manco lors de la clôture de l'exercice comptable, celles-ci devront en principe apparaître à l'actif de son bilan, ce qui entraînera les épineuses questions relatives à la valorisation des options.
- Ensuite, l'écoulement d'un délai important entre, d'une part, l'attribution initiale des options à la Manco, et d'autre part, l'opération de *back-to-back* au profit de son dirigeant est susceptible d'entraîner des difficultés quant à la détermination de l'ATN devant être retenu dans le chef du dirigeant. En effet, comme cela a été détaillé ci-avant, le calcul de l'ATN repose, en premier lieu, sur la valeur de marché du sous-jacent au jour de l'offre⁷⁵. Cette valeur aura en principe déjà été déterminée au moment de l'attribution initiale des options à la Manco. En cas de *back-to-back* plusieurs mois ou plus années plus tard, la valeur du sous-jacent est susceptible d'avoir évolué (à la hausse ou à la baisse) de manière plus ou moins importante. La valeur retenue dans le cadre de l'attribution initiale des options dans le chef de la Manco ne pourra alors en principe plus être retenue dans le cadre de l'opération de *back-to-back*⁷⁶. La Manco devrait ainsi procéder à un exercice de valorisation du sous-jacent au moment du *back-to-back*, ce qui s'avérera bien souvent impossible en pratique⁷⁷. De plus, la loi de 1999 exige que la valeur du sous-jacent soit déterminé par la Manco, mais sur base d'un avis conforme du commissaire-réviseur de la société⁷⁸ ayant émis le sous-jacent (soit la société « cliente » ayant initialement offert les options à la Manco)⁷⁹.

En raison de ces difficultés pratiques importantes, il est généralement conseillé pour la Manco de réaliser

l'opération de *back-to-back* le plus rapidement possible après avoir acquis les options (voire le jour même idéalement).

6. Opération de *back-to-back* en dehors du champ d'application de la loi de 1999 (« options non-qualifiantes »)

6.1. Mécanisme

Le régime fiscal prévu par la loi de 1999 a pour inconvénient d'obliger le dirigeant de la Manco à préfinancer un impôt non remboursable dès l'acceptation des options dans le cadre du *back-to-back* alors même qu'il n'est pas certain qu'il pourra un jour acquérir effectivement lesdites options (dans l'hypothèse où celles-ci sont soumises à des conditions de *vesting*) ou encore qu'il les exercera et/ou réalisera une plus-value *a posteriori*. Cette obligation de préfinancement constitue un risque financier, plus ou moins important en fonction du montant de l'avantage de toute nature imposable dans son chef, pour le dirigeant de la Manco.

Afin d'éviter le risque financier lié au préfinancement d'un impôt non remboursable, le dirigeant de la Manco pourrait avoir intérêt à ne pas rendre le régime fiscal prévu par la loi de 1999 applicable et faire en sorte, volontairement, de ne pas tomber dans le champ d'application de celle-ci. La manière la plus commune pour ce faire consiste, pour le bénéficiaire des options (c'est-à-dire ici le dirigeant de la Manco) à accepter les options après l'échéance du délai de 60 jours à partir de la date de l'offre, c'est-à-dire en acceptant les options au plus tôt le 61^e jour suivant la date de l'offre dans le cadre du *back-to-back*⁸⁰.

Conformément à l'article 42, § 1, al. 2 de la loi de 1999, en l'absence d'acceptation (par écrit) des options dans le délai de 60 jours, le dirigeant sera considéré, sur le plan fiscal, comme ayant refusé les options qui lui ont été offertes par la Manco. Il s'agit là d'une fiction de refus qui n'est en réalité pertinente que sur le plan fiscal puisque, sur le plan civil, les options auront été acceptées valablement par le dirigeant suite à l'acceptation survenue, par exemple, le 61^e jour suivant la date de l'offre.

75. Du moins en ce qui concerne les options non cotées.

76. Pour rappel, l'article 43, § 3 de la loi du 26 mars 1999 exige de tenir compte de la valeur de marché du sous-jacent au moment de l'offre (de la Manco à son dirigeant dans ce cas-ci).

77. Il est en effet fort probable que la Manco ne disposera pas des informations nécessaires à une telle valorisation d'actions d'une société tierce, à moins éventuellement d'y exercer un mandat d'administrateur.

78. Ou, à défaut, d'un réviseur d'entreprise ou d'un expert-comptable désigné par celle-ci.

79. Article 43, § 4, al. 1, 2^e de la loi du 26 mars 1999.

80. Pour autant que le document d'offre permette une acceptation au-delà de ce délai. En effet, pour éviter cette possibilité de tomber hors champ de la loi de 1999 et d'alourdir le suivi administratif des options, les documents d'offre dans le cas d'un octroi d'options « classique » (c'est-à-dire en-dehors du cadre d'un *back-to-back*) prévoient généralement que les options doivent être acceptées dans un délai de 60 jours, à défaut de quoi celles-ci seront considérées comme ayant été refusées par le bénéficiaire.

6.2. Régime fiscal des options dans le chef du dirigeant de la Manco

Les options acceptées en dehors du cadre de la loi de 1999 ne sont, par hypothèse, pas soumises au régime fiscal prévu par celle-ci, mais font l'objet d'un autre traitement.

Compte tenu de la fiction de non-attribution des options au dirigeant découlant de la loi de 1999⁸¹, les options acceptées par le dirigeant en dehors du champ d'application de celle-ci ne donnent lieu à aucun avantage imposable au moment de leur attribution (celles-ci étant fictivement considérées comme ayant été refusées).

L'imposition d'un éventuel avantage de toute nature n'interviendra donc dans cette hypothèse pas au moment de l'attribution, mais bien au moment de l'exercice des options^{82 83}. En effet, tout avantage résultant pour le dirigeant, de l'exercice des options qui lui auront été octroyées par sa Manco sera traité comme une acquisition d'action à prix réduit⁸⁴ et constituera un revenu professionnel imposable au taux progressif par tranche.

L'avantage imposable correspondra en principe (dans l'hypothèse où les options ont été octroyées gratuitement) à la différence positive entre :

- d'une part, la valeur de marché des actions ou titres acquis suite à l'exercice des options (étant entendu qu'il doit être tenu compte de la valeur de marché au moment de l'exercice de l'option) ;
- et d'autre part, le prix d'exercice payé.

Le montant de l'avantage ainsi déterminé sera par ailleurs soumis aux cotisations sociales dans le chef du dirigeant⁸⁵.

Bien que l'acceptation des options en dehors du champ d'application de la loi de 1999 permette effectivement d'éviter au dirigeant le risque financier lié au préfinancement de l'impôt lors de l'attribution et de reporter cet impôt au moment de l'exercice, cette solution est susceptible d'avoir certains inconvénients :

- Cette alternative risque de soumettre le dirigeant à une charge fiscale plus élevée qu'en cas d'application de la loi de 1999. Cela sera notamment le cas lors que le montant de la plus-value d'exercice des options s'avère être plus élevé que l'avantage imposable qui aurait été reconnu dans son chef sur

base de la loi de 1999 (le cas échéant sur base de la méthode de valorisation forfaitaire).

- Sur le plan comptable et de la TVA, la valorisation des options sur base de l'ATN tel qu'il découle de l'application de la loi de 1999 (voir ci-avant, section 4.2.2(a)(ii)) semble d'autant moins justifiable que la loi de 1999 n'est ici ni appliquée, ni applicable dans le chef du dirigeant.

7. Octroi d'options à la Manco non suivi d'un *back-to-back*

Bien que cette hypothèse soit moins courante en pratique, rien n'empêche en réalité la Manco qui s'est vue octroyer des options sur actions de les conserver dans son patrimoine sans les transférer à son dirigeant.

7.1. Octroi des options à la Manco

Les aspects liés à l'attribution d'options sur actions à la Manco ont déjà été abordés ci-dessus et sont applicables *mutatis mutandis* à la présente hypothèse (nous renvoyons le lecteur à la section 4.2.2 concernant ces éléments). Certains points méritent néanmoins d'être commentés.

Tout d'abord, la solution pratique selon laquelle les options pourraient être comptabilisées dans le chef de la Manco (et, le cas échéant, facturés) à une valeur correspondant au montant de l'ATN qui serait retenu dans le chef du dirigeant en application de la loi de 1999, n'a dans ce cas pas vocation à s'appliquer dans la mesure où aucune opération de *back-to-back* ne suit l'attribution des options à la Manco. Les options reçues par la Manco devraient dans cette hypothèse être comptabilisées soit à leur valeur réelle, soit leur valeur d'acquisition (qui pourrait être nulle le cas échéant). Nous vous renvoyons sur ce point à nos réflexions ci-dessus.

Le montant retenu pour la comptabilisation à l'actif des options reçues donnera lieu, dans le chef de la Manco, (si une valeur d'acquisition nulle n'est pas retenue) à un produit correspondant qui sera soumis à l'impôt des sociétés et entraînera donc une charge fiscale effective et immédiate dans le chef de la société dès l'octroi des options. En effet, en l'absence de *back-to-back*, le produit généré par l'attribution des options ne sera pas neutralisé par une charge équivalente (rémunération du dirigeant sous forme d'options).

81. Article 42, § 1, al. 2 de la loi du 26 mars 1999.

82. Conseil Supérieur des Finances, *Avis relatif au régime fiscal des stocks-options*, Bulletin de Documentation, 73^e année, n° 1, p. 321^{er} trimestre 2013 ; Question n° 228 du 20 janvier 2004 de Monsieur le député François Bellot du 20 janvier 2004, Q.R., Chambre, 5 avril 2004, p. 4179.

83. Cette solution n'est cependant pas partagée par l'ensemble de la doctrine, ni même par certains cours et tribunaux. Pour un aperçu de cette controverse, voir N. Wellemans, *Les rémunérations alternatives : comment doper (le salaire de) vos travailleurs ?*, Anthemis 2023, p. 288 et s.

84. Question n° 228 du 20 janvier 2004 de Monsieur le député François Bellot du 20 janvier 2004, Q.R., Chambre, 5 avril 2004, p. 4179 ; Concernant le régime fiscal relatif aux acquisitions d'actions à prix réduit dans un cadre professionnel, voir COM/IR 36/14 à 36/18.

85. Dans la mesure où le plafond de rémunération de 108 238,40 EUR (montant pour 2025) n'est pas encore atteint.

7.2. Exercice des options par la Manco

Lors de l'exercice des options, celles-ci seront rem-
placées à l'actif du bilan par le sous-jacent acquis
suite à l'exercice des options. Le prix d'exercice payé
s'ajoutera à la valeur comptabilisée lors de l'attribu-
tion des options pour former la valeur d'acquisition
à laquelle le sous-jacent sera comptabilisé à l'actif du
bilan⁸⁶. S'agissant d'une opération purement bilan-
taire, la Manco ne réalisera en principe aucun béné-
fice imposable lors de l'exercice des options.

Suite à l'exercice des options, la Manco sera donc de-
venue actionnaire de la société sur laquelle le sous-
jacent portait. Les revenus tirés par la Manco de cette
participation seront imposés à l'impôt des sociétés
selon les règles ordinaires. Les dividendes reçus se-
ront donc imposables en tant que bénéfices, à moins
que les conditions pour l'application du régime RDT
soient remplies. Il en va de même de la plus-value
réalisée en cas de vente des actions obtenues suite à
l'exercice des options⁸⁷, laquelle ne sera exonérée que
si les conditions de l'article 192 C.I.R. sont remplies⁸⁸.

En cas de cession des options elles-mêmes préalable-
ment à leur exercice⁸⁹, toute plus-value réalisée sera
considérée comme un bénéfice imposable⁹⁰, alors
qu'une moins-value constituerait une charge déduc-
tible dans le chef de la Manco⁹¹.

8. L'extension de la théorie de la rémunération aux plans d'options sur actions

Depuis plus d'une dizaine d'années déjà, l'adminis-
tration fiscale tente régulièrement de rejeter la déduc-
tion de certains frais supportés par des sociétés en
vue d'octroyer une rémunération, en nature, à leur di-
rigeant. En effet, tant la Cour de cassation que la Cour
constitutionnelle ont considéré que les frais suppor-
tés par une société en vue de rémunérer son dirigeant
sous forme d'avantages de toute nature n'étaient pas
automatiquement déductibles au titre de frais pro-
fessionnels (en tant que frais de rémunération), mais
que cette déductibilité suppose que la société puisse

démontrer que les conditions de l'article 49 C.I.R.
sont remplies⁹². Plus particulièrement, la société doit
être en mesure de démontrer que les frais ont été sup-
portés « en vue d'acquérir ou de conserver des reve-
nus imposables ». Selon nos Cours suprêmes, cela
implique que les frais doivent avoir été supportés par
la société en vue de rémunérer son dirigeant pour des
prestations réelles fournies par celui-ci à la société.

Forte de la jurisprudence de nos Cours suprêmes,
l'administration tente régulièrement de rejeter la dé-
duction de frais liés, notamment, à des (secondes) ré-
sidences acquises ou prises en location par la société
en vue d'une mise à disposition au profit de son di-
rigeant d'entreprise. En effet, il semblerait que l'ad-
ministration voie d'un mauvais œil le fait que la so-
ciété puisse prétendre à la déduction de la totalité du
prix d'acquisition (par le biais d'amortissements) ou
des loyers payés, alors que le dirigeant auquel l'im-
meuble est mis à disposition est imposé sur base d'un
avantage de toute nature valorisé de manière forfaitaire
(avec pour résultat un écart parfois significatif
entre le montant des frais déduits par la société et le
montant de l'avantage imposable dans le chef du di-
rigeant)^{93 94}.

Plus récemment, l'administration a également tenté
d'appliquer cette théorie de la rémunération pour re-
jeter les frais supportés par une Manco pour octroyer
des options à son dirigeant dans le cadre de la loi de
1999. A notre connaissance, les cas d'application de
la théorie de la rémunération aux options sur actions
concernent uniquement des Manco ayant acquis (li-
sez « acheté ») des instruments de type « warrants
bancaires », en vue de les rétrocéder ensuite à leur di-
rigeant de manière à permettre à celui-ci de bénéficier
du régime fiscal de la loi de 1999. Dans cette situation
également, la société est amenée à déduire la totalité
des frais relatifs à l'acquisition des options, alors que
le dirigeant se trouve imposé sur une base forfaitaire
conformément à la loi de 1999 (du moins lorsque les
options en question ne sont pas cotées en bourse).
Au grand désarroi de ces dirigeants, l'application de
la théorie de la rémunération aux frais liés à des op-
tions sur actions trouve également un écho favorable
auprès de certaines juridictions, anversoises notam-
ment⁹⁵. Nous profitons par ailleurs de cette occasion

86. Avis CNC 2012/18 précité, point 25.

87. Le montant de la plus-value correspondant à la différence entre le prix de vente obtenu et la valeur comptable des actions cédées, laquelle est donc composée de la valeur à laquelle les options ont été initialement comptabilisées et du prix d'exercice payé pour l'acquisition des actions.

88. En pratique cependant, les options (et les actions sous-jacentes) obtenues sur base d'un plan d'options sur actions ne rencontreront qu'exceptionnellement les conditions du régime RDT et/ou d'exonération des plus-values sur actions (les seuils de participation minimale n'étant généralement pas atteints).

89. Pour autant que les options soient cessibles, ce qui ne sera généralement pas le cas.

90. L'article 192 C.I.R. permettant l'exonération des plus-values sur actions n'étant pas applicable aux plus-values sur options : voir COM/IR 192/5.

91. Tout comme l'article 192 C.I.R., l'article 198, § 1, 7° C.I.R. prévoyant (sauf dans certaines situations) la non-déductibilité des moins-values sur actions, n'est pas non plus applicable aux moins-values réalisées sur des options : voir COM/IR 195/66.

92. C.C., 23 mai 2019, n° 78/2019 ; Cass., 11 novembre 2016, R.G. n° F.15.0103.N.

93. Article 18, § 3, point 2 AR/CIR.

94. Alors même que cette différence entre les frais déductibles au niveau de la société et le montant de l'avantage imposable dans le chef du dirigeant est le résultat de la législation fiscale belge et donc d'un choix du législateur, comme le mentionne à juste titre l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 5 septembre 2023 (n° 2022/AR/558) dans une affaire dans laquelle le contribuable a obtenu gain de cause.

95. Voir notamment Anvers, 21 novembre 2023, n° 2022/AR/1244, Anvers, 5 décembre 2023, n° 2022/AR/1017 ; Anvers, 17 septembre 2024, non publié, évoqué par J. VAN DYCK, « Déduction des frais d'options sur actions : quelle mention au P.V. de l'AG ? », *Le Fiscologue*, n° 1852, 11 octobre 2024 ; Anvers 4 février 2025, R.G. n° 2023/AR/1141 et 2022/AR/1142.

pour rappeler que les Manco souhaitant rémunérer leur dirigeant avec de tels instruments (« warrants bancaires ») devront en outre veiller à ce que l'ATN résultant de l'attribution de ces instruments ne dépasse par la limite des 20 % de la rémunération brute du dirigeant, sous peine de voir cette attribution considérée comme un usage impropre de la loi de 1999 (selon la pratique du SDA en la matière).

Bien qu'il ne soit pas certain que l'administration puisse également appliquer avec succès la théorie de la rémunération aux options sur actions attribuées à un dirigeant dans le cadre d'un *back-to-back* (celles-ci n'ayant pas été achetées par la société, mais reçues dans le cadre d'un plan d'options), les sociétés de management concernées seraient néanmoins bien avisées de prendre certaines précautions. En effet, devant nos cours et tribunaux, le débat relatif à la théorie de la rémunération et à la déductibilité de tels frais dans le chef de la société porte généralement sur une question de fait, à savoir celle de la réalité des prestations fournies par le dirigeant. Dans le cadre de l'appréciation de cette question de fait, un certain nombre d'éléments sont généralement pris en compte :

- Il est généralement requis que le procès-verbal de l'assemblée générale (dans le cas d'une SRL) ou du conseil d'administration (dans une SA) mentionne explicitement que les frais en question aient été consentis en vue d'octroyer un avantage de toute nature au dirigeant. Une certaine jurisprudence semble néanmoins considérer que des mentions purement formelles et générales dans le procès-verbal de l'assemblée générale ne sont pas de nature à justifier la déductibilité de ces frais⁹⁶.
- Le fait que la société ait comptabilisé correctement les frais en question dans ses comptes annuels et que la société ait bien repris le montant de l'avantage de toute nature sur la fiche fiscale 281.20 de son dirigeant.
- Le fait que l'avantage de toute nature a été déclaré spontanément par le dirigeant dans sa déclaration fiscale à l'IPP.
- L'administration semble dans certains cas requérir une augmentation du chiffre d'affaires de la société afin de pouvoir justifier la déductibilité des frais en cause. Cette exigence est néanmoins rejetée, à juste titre selon nous⁹⁷, par une certaine jurisprudence⁹⁸.

9. Perspectives au regard des évolutions législatives à venir

Notons qu'à la suite de la formation du gouvernement fédéral dit « Arizona » et des négociations politiques de ces derniers mois, deux mesures susceptibles d'avoir un impact non négligeable sur la fiscalité des plans d'options sur actions ont d'ores et déjà été annoncées⁹⁹.

9.1. Limitation de la rémunération sous forme d'avantages en nature

Tout d'abord, conformément à son accord de gouvernement, la coalition Arizona a, cet été, approuvé un avant-projet de loi dans lequel elle entend limiter la possibilité pour les sociétés (et notamment les Manco) de rémunérer leur(s) dirigeant(s) (et employés) autrement que par une rémunération ordinaire en espèces. Conformément à l'avant-projet de loi, cette limitation de la rémunération sous forme d'avantages en nature ne s'appliquerait qu'aux avantages en nature bénéficiant d'une valorisation forfaitaire (en ce compris les options sur actions bénéficiant d'une évaluation forfaitaire en application de la loi de 1999)¹⁰⁰. Ainsi, en ce qui concerne les dirigeants, leur rémunération ne pourra être constituée d'avantages en nature (évalués forfaitairement) qu'à concurrence de 20 % de la rémunération totale, à défaut de quoi la société ne pourra pas bénéficier de l'avantage du taux réduit à l'ISOC conformément à l'article 215, al. 2 C.I.R.¹⁰¹. Il va de soi que les Manco qui souhaiteraient octroyer des options sur actions à leur dirigeant (avec application ou non de la loi de 1999) devront veiller à cette nouvelle condition si elles souhaitent conserver le bénéfice du taux réduit à l'ISOC.

9.2. Taxe sur les plus-values sur actifs financiers

Ensuite, la coalition Arizona semble s'être accordée sur un projet de loi relatif à l'introduction d'une taxation des plus-values sur actifs financiers jusqu'à 10 % de la plus-value réalisée¹⁰². Conformément à une version de l'avant-projet de loi ayant fuité, cette imposition s'appliquerait également aux plus-values réalisées sur des actions acquises suite à l'exercice d'options octroyées dans le cadre de la loi de 1999.

96. J. VAN DYCK, *ibidem*. Comme l'évoque cet auteur, cette justification pourrait néanmoins découler d'un procès-verbal d'assemblée générale si celui-ci justifie de manière précise pourquoi un avantage de toute nature sous la forme d'option est octroyé au dirigeant et pourquoi cet avantage constitue une rémunération pour des prestations effectives de celui-ci, par exemple en justifiant l'octroi de cet avantage sur base d'une analyse des coûts et revenus futurs de la société, ou encore sur base d'objectifs qui auraient été atteints par le dirigeant et la société.

97. La déductibilité d'un frais ne dépendant en principe pas de l'obtention effective d'un revenu imposable.

98. Voir notamment : Gand, 5 septembre 2023, n° 2022/AR/558.

99. La présente section se fonde sur deux textes d'avant-projets de loi et sur base des informations disponibles à la date du 20 septembre 2025. Ces textes n'avaient, à la connaissance des auteurs, pas encore fait l'objet d'un avis du Conseil d'Etat et n'ont pas encore été soumis au Parlement à cette date. Il est par conséquent possible que les textes évoqués fassent encore l'objet de modifications/amendements postérieurement à la rédaction du présent article.

100. J. VAN DYCK, « Pot-pourri à l'IPP : personnes à charge, avantages 'excessifs', droits d'auteur, VA, etc. », *Fiscologue*, n° 1890, 22 août 2025.

101. Il est intéressant de noter que les conséquences d'un octroi excessif d'avantages en nature (évalués forfaitairement) à un dirigeant diffèrent de celles résultant d'un octroi excessif à des travailleurs salariés. En effet, dans ce dernier cas, la conséquence ne résiderait pas dans la perte du taux réduit à l'ISOC, mais dans une cotisation distincte de 7,5 % sur la partie de la rémunération en nature qui excède la limite de 20 %.

102. Pour une analyse de la mesure et un aperçu de certaines difficultés pratiques soulevées par celle-ci, voir notamment : J. VAN DYCK et L. MAES, « 'Contribution de solidarité' : trouver un régime de transition approprié », *Fiscologue*, n° 1869, 14 février 2025.

Par ailleurs, le texte prévoit également une taxation dans l'hypothèse d'une vente des options elles-mêmes (sans que celles-ci n'aient été exercées).

L'introduction de cette taxe sur les plus-values représente déjà en soi un bouleversement important de notre paysage fiscal belge (lequel ne connaissait pas encore de régime de taxation généralisée des plus-values sur actifs financiers à l'IPP). Mais l'application de cette taxe aux options obtenues par les contribuables dans le cadre de la loi de 1999 ne revient pas seulement à bouleverser, mais aussi à remettre tout simplement en cause la logique et l'économie générale du régime fiscal prévu par la loi de 1999. En effet, depuis son adoption, ce régime fiscal relatif aux options sur actions repose sur le principe selon lequel les options sur actions sont imposables (uniquement) au moment de leur attribution, de sorte qu'aucune taxation additionnelle n'intervient, que ce soit au moment de l'exercice ou de la vente des options, ou de la vente des actions sous-jacentes.

Dans le futur, les bénéficiaires d'options sur actions tombant dans le champ d'application de la loi de 1999 devront néanmoins composer avec une taxation jusqu'à 10 % lors de la vente des options ou de la vente des actions sous-jacentes.

Notons cependant que l'avant-projet de loi prévoit néanmoins certains aménagements en ce qui concerne la méthode de calcul de la plus-value imposable. En effet, de manière assez logique, l'avant-projet de loi prévoit que la plus-value imposable correspond à la différence positive entre (i) le prix reçu et (ii) la « valeur d'acquisition » des actifs cédés. En ce qui concerne les actifs obtenus dans le cadre de la loi de 1999, il convient néanmoins d'apporter les précisions suivantes :

- Dans l'hypothèse où un contribuable souhaiterait céder (à titre onéreux), sans les avoir préalablement exercées, des options sur actions entrant dans le champ d'application du régime fiscal prévu par la loi de 1999, l'avant-projet de loi prévoit que la « valeur d'acquisition » de ces options correspond à la valeur de marché de l'option au moment où celle-ci peut être exercée¹⁰³. Bien que potentiellement avantageuse pour le contribuable¹⁰⁴, cette approche entraînera néanmoins, selon nous, d'importantes difficultés pratiques :
- Tout d'abord, cette approche rend nécessaire un exercice de valorisation de l'option elle-même (à la date où elle peut être exercée), qui comme nous

l'avons déjà évoquée, est complexe, voire impossible en pratique.

- Ensuite, cette approche rend le calcul de la plus-value imposable impraticable dans l'hypothèse où le contribuable déciderait de céder les options qu'il détient alors même que celles-ci ne seraient pas encore exerçables compte tenu des modalités d'exercices fixées.
- Dans l'hypothèse où un contribuable obtient des options sur actions qui ont été soumises au régime fiscal prévu par la loi de 1999, exerce ces options (et paie le prix d'exercice prévu) pour devenir propriétaire des actions sous-jacentes et souhaite ensuite revendre les actions ainsi acquises, la « valeur d'acquisition » de ces actions sera fixée à la valeur de marché de ces actions au moment de l'exercice des options. Cette méthode de valorisation de la valeur d'acquisition des actions sera en principe avantageuse pour le contribuable étant donné que, par hypothèse, cette valeur de marché au moment de l'exercice des options sera supérieure au prix d'exercice payé (à défaut de quoi le contribuable n'aurait eu aucun intérêt économique à exercer ses options). En cas de revente du sous-jacent (i.e. les actions reçues suite à l'exercice des options) immédiatement/rapidement après l'exercice et à leur prix de marché, aucune plus-value imposable ne serait en principe imposable puisque le prix reçu serait, par hypothèse, égal à la valeur d'acquisition présumée.

Il va de soi que l'introduction de ces deux mesures impactera nécessairement (et négativement) les plans d'options sur actions (actuels et futurs) bénéficiant du régime fiscal de la loi de 1999, notamment d'un point de vue économique pour les bénéficiaires (lesquels devront prendre en compte, dans leur évaluation de l'intérêt économique du plan, cette nouvelle taxation sur les plus-values). Espérons néanmoins que cette évolution ne réduira pas à néant l'intérêt que représentent les plans d'options sur actions comme moyen fiscalement avantageux de rémunérer les travailleurs, dirigeants ou prestataires de services.

10. Conclusion

Le régime fiscal des options sur actions tel qu'introduit par la loi de 1999 permet aux sociétés d'octroyer à leurs travailleurs, dirigeants et prestataires de services une rémunération qui soit à la fois un outil de motivation et de rétention. Tout en étant applicable uniquement aux personnes physiques, le champ

103. Le texte de l'avant-projet de loi semble cependant en contradiction avec l'exposé des motifs en projet en ce que ce dernier fait plutôt référence au moment où l'option devient cessible. A ce stade, nous ne pouvons qu'espérer que les textes finaux qui seront transmis au parlement seront adaptés pour résoudre cette contradiction.

104. Les options sur actions obtenues dans le cadre de la loi de 1999 étant généralement reçues gratuitement, ce qui entraînerait, en l'absence de cette règle dérogatoire, une valeur d'acquisition nulle pour l'application de la future taxe sur les plus-values et donc une imposition de la totalité du prix de vente obtenu dans le cadre de la vente des options. La règle dérogatoire évoquée ici permet à notre estime de tenir compte d'une valeur d'acquisition positive (i.e. la valeur de marché des options au moment où elles deviennent exerçables), ce qui aura pour effet de diminuer, à due concurrence, le montant de la plus-value imposable.

d'application extrêmement large de la loi de 1999 permet également d'appliquer ce régime fiscal dans l'hypothèse où le bénéficiaire à gratifier exerce son activité par l'intermédiaire d'une Manco.

Cette possibilité d'appliquer la loi de 1999 aux options octroyées par l'intermédiaire d'une Manco implique néanmoins la mise en œuvre d'un mécanisme particulier, celui du *back-to-back*. Ce mécanisme,

comme nous l'avons vu, requiert une attention et une prudence particulières sur le plan de la documentation nécessaire à sa mise en œuvre, et donne lieu à des considérations particulières en matière de valorisation et comptabilisation des options dans le chef de la Manco, ainsi qu'en matière de TVA. Ces problématiques particulières trouvent leur solution dans la pratique bien que ces solutions pragmatiques ne semblent pas toujours en conformité avec les principes légaux.

Intention frauduleuse et présomption de fait : le point en matière de procédure fiscale

Karim TOURMOUS

Avocat au barreau du Brabant wallon (Cabinet d'avocats Aurélie Soldai)

Aurélié SOLDAI

Avocate au barreau du Brabant wallon

Expert chargé d'enseignement à la Solvay Brussels School (cours de fiscalité du non-marchand et cours de TVA approfondie)

Collaborateur scientifique du Tax Institute (Université de Liège)

Membre du Comité de rédaction de la Revue générale de fiscalité et comptabilité pratique (Kluwer)

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	22
1. L'intention frauduleuse	22
1.1. Notions	22
1.2. Le point de vue de la jurisprudence	24
1.3. Exemples	25
2. Les présomptions de fait	27
2.1. Notion	27
2.2. Présomption de fait ou supposition ?	28
2.3. Exemple	30
Conclusion	31

s'y appliquent afin de protéger les droits des contribuables contre l'arbitraire.

La pratique tend toutefois à démontrer que les règles de droit ne suffisent pas toujours à encadrer les prétentions administratives, loin s'en faut.

Ces différents points seront analysés successivement, mettant en évidence le contraste entre la pureté des principes et la pratique, tant administrative que jurisprudentielle.

Introduction

La présente contribution a pour vocation d'analyser deux aspects particuliers de la procédure administrative en matière de fiscalité (impôts sur les revenus et TVA).

Le premier volet concerne la détermination de l'intention frauduleuse en matière fiscale, et ce que cette notion recoupe. En effet, la pratique démontre que l'administration fiscale inflige régulièrement des sanctions en raison « d'infractions intentionnelles » en omettant quelque peu la signification et les conséquences qu'impliquent ce caractère « intentionnel ».

Le deuxième volet concerne l'application d'un moyen spécifique de preuve : la présomption de fait en matière fiscale. Ainsi, si l'administration fiscale est fondée à user de ses nombreux pouvoirs exorbitants afin de démontrer l'existence d'une dette d'impôt – y compris par le biais de présomptions de fait –, il n'en reste pas moins que certaines règles élémentaires

1. L'intention frauduleuse

1.1. Notions

La fraude fiscale est définie comme le fait de contrevenir à la loi fiscale dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire¹.

La fraude, en tant qu'infraction pénale, requiert la réunion de deux éléments constitutifs :

- un élément matériel : l'accomplissement d'une infraction à la législation fiscale ;
- un élément moral : l'accomplissement d'une infraction à la législation fiscale en vue d'en retirer un profit illicite ou de nuire à autrui. En termes pénaux, l'infraction doit être accomplie *sciemment et volontairement*. Il convient de noter qu'une infraction commise sciemment et volontairement mais sans volonté d'en retirer un enrichissement indu cristallise l'existence d'un dessein de nuire.

Ainsi, à défaut de réunion de ces deux éléments, il ne saurait être question de fraude fiscale.

1. Voir notamment l'article 449 du Code des impôts sur les revenus 1992, ou encore l'article 73 du Code de la TVA.

L'appréciation de l'existence de l'élément moral de l'infraction est déterminante, en ce que celui-ci implique des conséquences du point de vue :

- de la prescription, celle-ci passant d'un délai de droit commun de 3 ans à 10 ans en cas de fraude² ;
- du taux de la sanction, celle-ci pouvant aller jusqu'à 200 % de l'impôt dû tant en matière de TVA qu'en matière d'impôts directs.

En outre, si l'administration fiscale souhaite retenir l'intention frauduleuse, il lui appartient de démontrer l'intention spécifique qui caractérise l'infraction (le dol spécial).

En effet, l'intention frauduleuse ne se présume pas, peu importe l'importance des revenus imposables non déclarés³. La fraude fiscale étant une infraction pénale, et les amendes fiscales étant des sanctions à caractère pénal, la présomption d'innocence consacrée par l'article 6.2. de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« C.E.D.H. ») qui énonce que « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* » interdit de présumer qu'un contribuable a agi dans une intention frauduleuse.

Dans un autre registre, lorsque l'administration fiscale se propose d'allonger le délai de prescription de droit commun en raison de la suspicion d'une fraude fiscale, le commentaire de la TVA⁴ énonce que :

« Pour l'application du délai de prescription de sept ans (10 ans actuellement⁵) visé à l'article 81bis, § 1^{er}, quatrième alinéa, du Code de la TVA, il faut que l'infraction ait été commise dans une intention spécifique, à savoir « dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire ». Ces concepts sont identiques à ceux de l'article 73, premier alinéa, du Code de la TVA et qui montrent une intention spécifique dans le cadre de la répression pénale des infractions à la législation fiscale.

En la matière, il est à noter que dans le cadre de la recherche de qualification de l'intention spécifique qui doit être présente pour une poursuite pénale dans les matières fiscales, le législateur, a suivi la commission Ganshof van der Meersch et le concept 'dans l'intention d'éluder l'impôt ou de permettre à autrui d'éluder l'impôt' a été abandonné, bien que ce dernier apparaissait dans différentes dispositions des lois fiscales. Les travaux parlementaires préparatoires à la loi de redressement en matière de répression pénale de la

fraude fiscale du 10.02.1981 (MB du 14.02.1981) et notamment de l'annexe I (Note relative à 'l'intention frauduleuse ou au dessein de nuire') du rapport de la Commission des Finances (Rapport fait au nom de la Commission des Finances par Monsieur BASECQ, Doc., Sénat, 1980-1981, n° 566/2, Annexe I, page 49) reprend le texte suivant du rapport de la Commission Ganshof van der Meersch (rapport du 24.10.1961 de la Commission d'étude de la répression pénale de la fraude fiscale, présenté par Monsieur W. Ganshof van der Meersch, avocat général auprès de la Cour de cassation, Doc., Chambre, 1961-1962, n° 264/1, Annexe II, pages 8 et 9) : 'Rien ne justifie les limites dans lesquelles le législateur a confiné l'application de la loi. Quoique n'ayant pas été commise dans le but d'éluder l'impôt, l'infraction peut néanmoins avoir un caractère frauduleux lorsqu'elle a pour but de nuire aux droits ou aux intérêts des tiers'. En d'autres mots, l'intention spécifique ne doit pas nécessairement viser la fraude fiscale.

Il ressort des travaux préparatoires à la loi du 15.03.1999 relative au contentieux en matière fiscale (MB du 27.03.1999) que dans le cadre de l'introduction d'un délai de prescription en matière de TVA de cinq ans en cas de fraude, le législateur a préféré l'expression 'une intention frauduleuse ou un dessein de nuire' au concept 'dans l'intention d'éluder l'impôt ou de permettre à autrui d'éluder l'impôt' qui était auparavant utilisé dans les Codes des impôts indirects. Il est en outre expressément fait référence à la portée donnée à cette expression en matière d'impôts directs (exposé des motifs de la loi du 15.03.1999 relative au contentieux en matière fiscale, Chambre, Séance 97/98, Doc. 1341/1 et 1342/2, page 16). Les critères 'intention frauduleuse' et 'à dessein de nuire' en matière de TVA ont donc la même portée qu'en matière d'impôts sur les revenus.

Il y a intention frauduleuse lorsque l'infraction est commise dans le but de se procurer ou de procurer à autrui un avantage illicite, le plus souvent au détriment d'une personne ou de la collectivité. Il y a dessein de nuire lorsque l'infraction est commise avec la volonté de causer un dommage, même sans que l'intéressé retire un avantage quelconque de son comportement. Il s'agit de conditions alternatives ».

Relevons que l'intention frauduleuse et le dessein de nuire s'interprètent de la même manière en matière d'impôts sur le revenu et en matière de TVA⁶.

2. Voir notamment l'article 81bis, § 1^{er}, alinéa 4 du Code de la TVA, ou encore l'article 354, § 2 du Code des impôts sur les revenus 1992.

3. Bruxelles, 31 mars 1987, Succession D.B., Bull. 670, p. 517.

4. Commentaire de la TVA, livre VII, chapitre 19, section 10, 2°, E.

5. Il convient de relever que, dans le cadre des mesures de mise en œuvre de l'accord gouvernemental (2025), un projet de loi-programme prévoit la suppression du délai de prescription de 10 ans pour intention frauduleuse, avec un retour au délai de prescription de 7 ans. Ces dispositions, sur lesquelles il n'y a pas encore eu de vote, devraient être applicables pour les « taxes exigibles à partir du 1^{er} janvier 2023 ». Voir J. Van Dyck, Notification préalable, délais d'imposition, etc. : retour à la case départ, in Le Fiscologue, n° 1879, p. 1, 25 avril 2025.

6. Voir p. ex. le Com.IR.92, n° 354/23.

Par ailleurs, ainsi qu'il ressort des développements évoqués ci-dessus, les notions d'« intention frauduleuse » et de « dessein de nuire » impliquent un élément intentionnel⁷ : les actes de bonne foi, les erreurs et autres comportements « accidentels » – même répétés – ne sauraient jamais cristalliser l'intention frauduleuse.

En pratique, d'un point de vue fiscal, l'avantage illicite poursuivi par celui qui commet une fraude consistera en l'impôt éludé. Et le Commentaire de la TVA⁸ d'énoncer que :

« Dans chaque cas distinct, il faut vérifier, sur base des éléments de fait de l'affaire, si l'infraction constatée est ou non commise en vue de se procurer à soi-même ou de procurer à un tiers un avantage illicite, au détriment du Trésor. Peuvent constituer des éléments de fait utiles la preuve que des achats ont été effectués sans facture ou le fait que des infractions sérieuses aux obligations fixées sur la base de l'arrêté royal n° 1, précité, en matière de TVA ont été commises. »

Des éléments pertinents peuvent également ressortir :

- du recours à des pratiques frauduleuses organisées telles que la communication de documents ou d'écrits qui s'avèrent être des faux suite à des omissions, des modifications ou des inscriptions fictives ;
- du recours à des moyens illégaux afin d'échapper au paiement de la taxe, notamment en organisant son insolvabilité ;
- du fait, dans certains cas, que l'assujetti n'a, à plusieurs reprises et de manière délibérée, pas respecté d'importantes obligations fiscales ».

Un tempérament doit toutefois être apporté à cette dernière affirmation : la seule répétition d'infractions à la législation fiscale ne suffit jamais à cristalliser une intention frauduleuse. Sans élément moral, il n'y a par définition aucune fraude.

Il convient de noter qu'il n'est aucunement requis que l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire soit de nature fiscale ni ne se limite à des actes visant la fraude fiscale⁹.

Il n'est pas non plus requis que le contribuable agisse dans le même temps avec une intention frauduleuse et un dessein de nuire. Il suffit qu'il agisse dans l'un de ces buts¹⁰.

1.2. Le point de vue de la jurisprudence

La jurisprudence majoritaire se montre – à juste titre – sévère quant à l'appréciation de l'existence ou non d'une intention frauduleuse. En l'occurrence, si les éléments de faits propres à l'affaire sont d'une importance déterminante, la jurisprudence se refuse à voir dans la simple répétition d'erreurs un comportement constitutif de fraude fiscale¹¹.

Ainsi, le fait de ne pas présenter l'ensemble de la documentation et de tenir une interprétation manifestement erronée de la portée d'une décision anticipée n'implique pas davantage que le contribuable ait agi dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire¹². Il s'agit d'une illustration on ne peut plus claire de ce que l'intention frauduleuse ne se présume pas.

Toutefois, lorsque des sociétés sont constituées à l'étranger, mais qu'il ressort manifestement des circonstances de l'espèce que ces sociétés ne sont en réalité que des « boîtes aux lettres » dirigées effectivement depuis la Belgique par le même administrateur et que le but des flux de facturation mis en place est d'éviter le préfinancement de la TVA belge, le juge peut en déduire que le requérant a agi avec l'intention d'éluder l'impôt¹³.

Lorsqu'un contribuable établit de fausses factures qu'il tente de déduire de son impôt sur le revenu au titre de frais professionnels, qu'aucune preuve de la réunion des conditions de l'article 49 du Code des impôts sur les revenus (ci-après « C.I.R. 92 ») n'est fournie, et que le contribuable a déjà été poursuivi pour faux et usage de faux, le juge peut valablement en déduire que le contribuable a fait preuve d'une intention frauduleuse. Ainsi, selon le Tribunal de première instance du Hainaut¹⁴ :

« Il est constant que les factures litigieuses sont fausses. Ce n'est pas contesté par le demandeur, qui soutient cependant que les sommes qu'il déclare avoir payées en espèces au titre desdites factures seraient déductibles en tant que frais professionnels car lesdites sommes auraient servi à rémunérer ses sous-traitants. Le demandeur, sur qui repose la charge de la preuve des frais professionnels, échoue à rapporter celle-ci. La matérialité des prestations de sous-traitance vantée n'est aucunement démontrée, pas plus que leur paiement. Ni la destination ni le caractère professionnel éventuel de la contrepartie des sommes retirées en espèces n'est établi. En inscrivant dans sa comptabilité six factures lui permettant

7. Cass., R.G. n° P.23.0713.N, 7 novembre 2023.

8. Commentaire de la TVA, livre VII, chapitre 19, section 10, 2°, E.

9. Cass., R.G. n° F.23.0009.N, 7 décembre 2023.

10. Cass., 28 janvier 1942, *Pas.*, 1942, I, 21.

11. Cour d'appel d'Anvers, n° 2021/AR/940, 15 novembre 2022.

12. Tribunal de première instance d'Anvers, n° 22/1245/A, 8 novembre 2023.

13. Tribunal de première instance de Louvain, n° 21/269/A, 26 août 2022.

14. Tribunal de première instance du Hainaut (div. Mons), n° 14/3777/A, 14 juin 2023.

de revendiquer une déduction de frais professionnels induë, le demandeur a incontestablement agi avec intention frauduleuse dans le but d'éluder l'impôt. Cette appréciation est encore renforcée par les circonstances que, poursuivi du chef des préventions de faux, au cours d'exercices d'imposition antérieurs, il n'ait pas été plus circonspect, confronté ultérieurement à des fausses factures, et en ait tout de même fait usage et également par le fait qu'il n'a pas même porté plainte au sujet des factures prétendument émises par les sociétés qu'il désigne. L'accroissement d'impôt au taux de 200 % est justifié et proportionné à l'infraction commise ».

Un intéressant arrêt de la Cour d'appel d'Anvers¹⁵ énonce également que :

« La seule constatation que la défenderesse en appel n'a pas déclaré des avantages provenant de Restricted Stock Units pendant plusieurs années dans sa déclaration à l'impôt des personnes physiques constitue un indice insuffisant de fraude fiscale dans son chef.

La Cour estime qu'il ne peut pas non plus être déduit qu'il y avait une intention frauduleuse dans le chef de la défenderesse en appel du fait que la défenderesse en appel était informée du fait que les Restricted Stock Units faisaient partie intégrante de sa rémunération.

La Cour estime qu'il ne peut pas non plus être déduit du fait que la défenderesse en appel n'avait pas fait mention d'un compte à l'étranger et n'avait pas déclaré des dividendes des comptes étrangers aux États-Unis en ce qui concerne les exercices d'imposition 2016 et 2017, que c'était de manière délibérée qu'elle n'avait pas déclaré les revenus des Restricted Stock Units.

Compte tenu de ce qui précède, le premier juge peut être suivi lorsqu'il affirme qu'il n'est pas prouvé qu'il y a une intention frauduleuse ou un dessein de nuire dans le chef de la défenderesse en appel. La cotisation pour l'exercice d'imposition 2017 a dès lors été annulée à bon droit ».

Ainsi, il est essentiel de relever que, si l'introduction d'une déclaration fiscale procède d'une démarche volontaire, cette démarche volontaire ne se confond pas avec l'intention délibérée de commettre une infraction à la législation fiscale, contrairement à ce qu'affirme l'administration fiscale dans la pratique.

1.3. Exemples

Qu'en est-il lorsque l'infraction reprochée fait l'objet d'une rectification fiscale tant du point de vue de la TVA que du point de vue des impôts sur les revenus ?

Prenons le cas d'un dirigeant d'entreprise, occupant une fonction d'administrateur au sein d'une société commerciale soumise à l'impôt des sociétés (« Isoc »).

La société est active dans le domaine de la vente de produits pharmaceutiques et de produits désinfectants.

Au cours de l'année de revenus 2024 (exercice d'imposition 2025), la société réalise un bénéfice extraordinaire de 1 000 000,00 €.

Il ressort de la déclaration fiscale de la société qu'un montant de 200 000 € a été déduit au titre de frais professionnels¹⁶.

Ce montant se décompose comme suit :

- une facture de 121 000 € (100 000 € + 21 000 € de TVA ayant été déduite), payée à un « apporteur d'affaires », c'est-à-dire un intermédiaire chargé de prospecter des clients en vue de les « apporter » à la société. L'apporteur d'affaires est rémunéré via une commission, calculée sur la base d'un pourcentage du montant des achats effectués par le client « apporté » ;
- une facture de 121 000 € (100 000 € + 21 000 € de TVA ayant été déduite), payée à un deuxième « apporteur d'affaires ».

Un contrôle fiscal est réalisé dans le chef de la société, tant en matière de TVA qu'en matière d'Isoc. L'analyse des documents comptables produits par la société démontre que les circonstances entourant les apporteurs d'affaires sont suspectes : aucun d'eux n'a payé la TVA au trésor public, aucun des numéros de TVA transmis n'est valide et, pour couronner le tout, les apporteurs d'affaires en question sont introuvables et injoignables.

Une enquête de l'administration fiscale permet, par la suite, de mettre en évidence que l'un des apporteurs d'affaires semble n'avoir jamais existé ; l'autre a fui au sein d'un État situé hors de l'Union européenne. Avant sa fuite, il avait fait l'objet de contrôles fiscaux et de poursuites.

D'autres documents sont produits par la société, notamment des conversations par messages instantanés et un témoignage d'un ami de l'un des deux apporteurs d'affaires.

L'administration fiscale considère que la réalité des prestations d'apporteurs d'affaires n'est pas suffisamment prouvée. Toutefois, au vu des éléments produits par la société, le fisc émet un doute quant au caractère frauduleux des factures.

15. Cour d'appel d'Anvers, n° 2023/AR/906, 26 novembre 2024.

16. Ce montant étant reporté hors TVA, la TVA ayant été entièrement déduite par la société.

Après redressement fiscal, le fonctionnaire en charge du contrôle TVA applique une amende proportionnelle de 10 % (*i.e.* une amende « réduite » en cas d'absence d'intention frauduleuse). Ledit fonctionnaire a relevé « *des erreurs, et inexactitudes, mais sans intention d'éluider l'impôt* ».

En revanche, le fonctionnaire en charge de la partie impôt des sociétés applique un accroissement de 50 % (première infraction avec intention frauduleuse) sur la totalité de la rectification. L'administration justifie l'application de l'accroissement de 50 % sur la base du fait que la société a, lors d'un exercice antérieur, tenté de diminuer sa base imposable en déduisant des frais à caractère privé. Pour cette raison, « *les factures des apporteurs d'affaires ont dès lors un caractère douteux* »... ce qui suffirait, à l'estime du contrôleur, pour fonder l'application d'un accroissement de 50 %.

Toutefois, les principes de légalité de l'impôt, de présomption d'innocence, et d'égalité et de non-discrimination s'opposent à un tel traitement ; en ce sens, un contribuable ne pourrait être traité différemment sur le plan de l'impôt sur le revenu et de la TVA en raison d'un même comportement. Ainsi, l'administration fiscale ne pourrait pas, d'une part, pour l'application d'un impôt particulier, retenir une intention frauduleuse et, d'autre part, pour un autre impôt, retenir la bonne foi en raison du même comportement.

Rappelons que les amendes fiscales sont des sanctions à caractère pénal¹⁷, soumises entièrement aux principes et garanties prévues par l'article 6 de la C.E.D.H., peu importe la modicité de la somme d'impôt réclamée.

Le caractère douteux d'une facture ne peut jamais cristalliser, en lui-même, l'existence d'une infraction avec intention frauduleuse. Par application du principe de la présomption d'innocence¹⁸, l'intention positive de se procurer un avantage illicite ou de nuire doit être objectivement démontrée.

La présomption d'innocence, qui s'applique pleinement lorsque l'application de sanctions fiscales est en jeu, interdit d'infliger une amende fiscale à caractère pénal lorsqu'il est n'est pas légalement établi que le contribuable a commis l'infraction reprochée¹⁹. Dès lors, s'il y a doute sur le caractère frauduleux d'une infraction, il est juridiquement impossible pour l'administration fiscale d'infliger un accroissement d'impôt de 50 %, en raison d'une « intention frauduleuse »... puisque ladite intention frauduleuse n'est pas prouvée avec certitude.

Ainsi, en termes plus précis :

- D'une part, l'élément matériel doit être démontré (*i.e.* le comportement infractionnel commis).
- D'autre part, l'élément moral doit être démontré (*i.e.* l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire). Par définition, un doute ne constitue pas la preuve positive d'une infraction commise avec une intention frauduleuse ou un dessein de nuire.

Dans ces circonstances, à défaut pour l'administration fiscale d'apporter la preuve de l'intention frauduleuse, l'accroissement d'impôts de 50 % doit être annulé.

Un deuxième cas illustrera notre propos, cette fois en matière de TVA.

L'arrêté royal n° 44 institue des amendes non proportionnelles en cas d'infractions « *autres que purement accidentelles* ».

Les termes « *autres que purement accidentelles* » impliquent un élément intentionnel dans la commission de l'infraction, c'est-à-dire la volonté consciente de commettre un comportement interdit par la loi fiscale ou, en d'autres termes, **une intention frauduleuse ou un dessein de nuire**. En effet, commettre une infraction **intentionnellement** se traduit en réalité par l'un des buts suivants :

- l'intention d'en retirer un profit illicite ; ou
- l'intention de nuire à autrui.

Une infraction autre que purement accidentelle est une infraction commise avec une intention frauduleuse ou un dessein de nuire.

Prenons le cas d'un assujetti à la TVA devant déposer des déclarations trimestrielles.

Sur les années 2020 à 2023, ce dernier a déposé 8 déclarations périodiques, toutes incorrectes. En l'espèce, l'assujetti en question est un assujetti mixte, réalisant certaines opérations avec application de la TVA et certaines opérations en étant exemptées, et sans droit à déduction.

Dans un tel cas, les opérations exemptées devaient être reportées dans un cadre spécifique de la déclaration périodique à la TVA²⁰, ce que n'a pas fait l'assujetti.

L'administration procède à un contrôle fiscal, au terme duquel il ressort que l'assujetti a déduit de la TVA sur ses achats de biens et de services relatifs à la réalisation d'opérations exemptées par l'article 44 du

17. M. MORIS, Procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2020, p. 153.

18. Article 6.2. de la C.E.D.H.

19. K. TOURMOUS et A. SOLDAL, Le caractère pénal des amendes fiscales : délimitation, implications et nécessité de protection des contribuables, in Revue générale de fiscalité et de comptabilité pratique, 2024/10, pp. 27-28.

20. Grille [00].

Code de la TVA (*i.e.* des opérations n'ouvrant pas de droit à déduction de la TVA acquittée en amont).

En conséquence, sont infligées :

- une amende proportionnelle de 10 % de la TVA due ;
- une amende non proportionnelle de 500 € pour « *dépôt de déclarations erronées, autres qu'accidentelles* », soit 2000 € d'amendes. Selon le fonctionnaire, le dépôt consécutif de 8 déclarations périodiques contenant des erreurs implique que l'assujetti a intentionnellement commis les erreurs dans sa déclaration périodique à la TVA et a déposé les déclarations en sachant que celles-ci étaient erronées et en vue d'en retirer un « bénéfice fiscal ». Cette constatation n'est basée sur aucun autre élément que la constatation d'erreurs dans les déclarations périodiques litigieuses.

Dans ces circonstances, l'administration fiscale applique une amende non proportionnelle pour **dépôt intentionnel** de déclarations périodiques à la TVA erroné, c'est-à-dire qu'elle doit démontrer :

- l'élément matériel (dépôt de déclarations erronées), ce qui est le cas ;
- l'élément intentionnel, soit le fait de vouloir sciemment et volontairement déposer des déclarations erronées (intention frauduleuse ou dessein de nuire). Or, cet élément n'est aucunement démontré, de sorte que le dol spécial caractérisant la fraude fiscale²¹ ne peut être retenu à charge de l'assujetti.

En l'occurrence, l'administration fiscale n'ayant apporté aucun élément permettant de cristalliser l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire, il en résulte que les éléments constitutifs de l'infraction de dépôt intentionnel de déclarations erronées ne sont pas réunis.

Dans ces circonstances, l'amende non proportionnelle est illégalement infligée, et ne saurait être réclmée à charge du contribuable.

Une amende illégale doit, par définition, être annulée dans sa totalité. A cet égard, le juge dispose d'un pouvoir de pleine juridiction, tiré directement de l'article 6 de la C.E.D.H. qui dispose en substance que les accusations en matière pénale doivent être connues par un Tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

Contrairement à ce qu'énonce la Cour de cassation²², qui a adopté une position – à notre estime – juridiquement infondée, il n'est en réalité pas requis que le contribuable intente préalablement un recours en grâce basé sur l'article 9 de l'arrêté du Régent n° 78 du 18 mars 1831 pour soumettre la question du traitement de l'amende fiscale au juge du fond, ce dernier tirant son pouvoir de contrôle de pleine juridiction directement de l'article 6 de la C.E.D.H. En effet, le pouvoir de pleine juridiction du juge ne se limite pas à contrôler ce qui tombe sous le pouvoir d'appréciation de l'administration fiscale. En effet, en matière pénale, le pouvoir de pleine juridiction du juge implique de « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision rendue par l'administration »²³.

2. Les présomptions de fait

2.1. Notion

La présomption de fait est un mode de preuve réglementé par la loi civile. Ainsi, l'article 8.29 du Code civil dispose que :

« Les présomptions de fait ne peuvent être admises que dans les cas où la loi admet la preuve par tous modes de preuve. »

Leur valeur probante est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Lorsque la présomption s'appuie sur plusieurs indices, ceux-ci doivent être concordants ».

L'ancien Code civil disposait que, pour être valide comme mode de preuve, la présomption devait être « *grave, précise et concordante* »²⁴. Selon la Cour de cassation, pour qu'il y ait présomption grave, précise et concordante dans le sens susmentionné, il est requis que celui qui se prévaut de la présomption puisse justifier d'un raisonnement se fondant sur des faits connus pour ainsi prouver, avec certitude, un fait inconnu²⁵. En tout état de cause, il est nécessaire d'établir un lien entre le fait connu et le fait inconnu de manière telle qu'il soit possible de déduire ce dernier du premier.

L'exposé des motifs de l'article 8.29 du Code civil énonce que les termes d'indices « sérieux et précis » ont été préférés à la formulation de « *présomptions graves, précises et concordantes* », qui « *ne veut rien dire en pratique* »²⁶.

21. Tribunal de première instance de Mons, rôle n° 04/2989/A, 15 janvier 2008.

22. Cass., 25 avril 2025, rôle n° F.22.0162.N.

23. R. TINIERE, La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif, *RFDA*, 2009, pp. 729 et s. ; voir également Cour eur. D.H., Taddei c. France, requête n° 36118/97, 29 juin 1998 et Cour eur. D.H., Öztürk c. Allemagne, requête n° 8544/79, 21 février 1984.

24. Articles 1349 à 1353 de l'ancien Code civil.

25. Cass., 10 avril 1973, Pas., I, 773 et Cass., 5 novembre 1981, Pas., I, 342.

26. Exposé des motifs du projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », n° 54K3349001, *Doc. parl., Chambre*, n° 54-3349/001, p. 34.

L'idée derrière la nouvelle mouture de l'article 8.29 du Code civil vise à refléter de manière conforme la tâche qui incombe au juge, tout en précisant que lorsque celui-ci se fonde sur différents indices, ces derniers doivent être concordants²⁷.

Cette nouvelle mouture ne change rien à l'enseignement selon lequel celui qui se prévaut d'une présomption doit pouvoir prouver avec certitude, sur la base d'un fait connu, un fait inconnu.

Ainsi, un mécanisme de la preuve par présomption de fait suppose qu'il n'y ait pas de contestation quant à la réalité matérielle des faits sur lesquels repose la présomption²⁸. Un fait incertain ne peut tout au plus constituer qu'un fait présumé²⁹, et ne peut pas fonder une nouvelle présomption³⁰.

Auparavant, un fait certain était considéré comme « *un fait qui ne doit pas lui-même être démontré par présomption, de sorte que le raisonnement reposant sur une cascade de présomptions successives n'est pas un mode de preuve admis par le droit commun et ne peut être utilisé par l'administration*³¹ ».

Cette conception a évidemment évolué depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2014, par lequel celle-ci a énoncé que :

« *Le juge constate de manière souveraine l'existence des faits sur lesquels il se fonde. Les faits sur lesquels il appuie son raisonnement doivent être établis, c'est-à-dire qu'ils doivent être prouvés.*

Aucune disposition légale n'empêche toutefois que l'admission de ce fait même puisse être le résultat d'une administration de la preuve par présomptions ».

Si l'adage « *présomption sur présomption ne vaut* » ne peut plus être opposé à un raisonnement basé sur un cumul de présomption, il n'en reste pas moins que le fait établissant la présomption doit être certain, ce qu'il appartient au juge de vérifier : une simple vraisemblance ne satisfait pas à ce prescrit légal³².

2.2. Présomption de fait ou supposition ?

La preuve par présomption de fait doit être invoquée avec circonspection, et *a fortiori* en matière fiscale, où la détermination de la dette d'impôt doit être faite

conformément au prescrit constitutionnel de légalité de l'impôt.

En effet, la frontière est ténue entre le cumul de présomptions de fait satisfaisant à toutes les conditions légales, d'une part, et la supposition – n'ayant pas de valeur juridique particulière –, d'autre part.

Dans cette optique, il convient de relever que, selon le ministre des Finances « *L'administration de la preuve via une cascade de présomptions est proscrite*³³ ». Même le Commentaire du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après « Com.IR.92 ») dispose que : « *Le montant de la dette d'impôt ne peut être déterminé arbitrairement : il doit être prouvé*³⁴ ».

Plus spécifiquement, en matière d'impôt sur le revenu, l'administration fiscale supporte la charge de la preuve de la rectification de la base imposable³⁵. Ainsi, et en principe, lorsque le contribuable introduit sa déclaration fiscale dans le délai légal, il revient à l'administration fiscale d'apporter les preuves de l'importance des revenus des contribuables, si celle-ci entend procéder à leur correction³⁶.

Ce principe prend directement sa source dans les articles 339 et 340 du C.I.R. 92 qui disposent que :

- Article 339 C.I.R. 92 : *La déclaration est vérifiée et la cotisation est établie par l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus. Celle-ci prend pour base de l'impôt les revenus et les autres éléments déclarés, à moins qu'elle ne les reconnaisse inexacts ;*
- Article 340 C.I.R. 92 : *Pour établir l'existence et le montant de la dette d'impôt ainsi que pour constater une infraction aux dispositions du présent Code ou des arrêtés pris pour son exécution, l'administration peut avoir recours à tous les moyens de preuve admis par le droit commun, y compris les procès-verbaux des agents du Service public fédéral Finances, sauf le serment. Les procès-verbaux ont force probante jusqu'à preuve du contraire.*

Selon la Cour de cassation : « *Lorsque le redevable a déposé sa **déclaration** dans le délai légal, la charge de la preuve de tout revenu autre que celui qui a été **déclaré** incombe à L'ADMINISTRATION*³⁷ ».

Ainsi, si l'administration fiscale souhaite s'écarter de la déclaration du contribuable, il lui appartient de

27. *Idem.*

28. Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 16/4276/A, 19 avril 2018 (rôle n° 16/4276/A).

29. E. VAN BRUSTEM, *Présomption sur présomption vaut (parfois)*, note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 mai 2014, in *Revue générale du contentieux fiscal*, 2014/6, p. 417.

30. Civ. Hasselt, 13 mai 2009, *Revue générale du contentieux fiscal*, 2010/6, pp. 448-450.

31. Th. AFSCHRIFT, *Traité de la preuve en droit fiscal*, 2^e édition, n° 329 et *Propos sur quelques questions actuelles en matière de preuve*, *RGCF*, 2003/5, p. 44 et s.

32. Cass., 16 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 5, p. 202.

33. Question 400 du 9 février 2010 de M. De Potter.

34. Com.IR.92 n° 339/1.

35. Article 339 du Code des impôts sur les revenus 1992 ; Question 1096 du 17 mai 1994 de Représentant Duquesne.

36. C. LENOIR et J. BUY, *Les moyens de preuve en matière d'impôts directs*, in F.S. MEEÛS (dir.), *Manuel de procédure fiscale*, 3^e éd., Anthemis, Limal, 2019, p. 359.

37. Cass., 25 janvier 1993, *Pas.*, p. 99 ; voir aussi Tribunal de première instance de Liège – Jugement du 29 juin 2009 – Rôle n° 02/4391/A.

prouver l'existence du montant des revenus recueillis et leur caractère taxable pour une année déterminée³⁸, y compris par l'usage de la preuve par présomption de faits.

En application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le Tribunal de première instance de Liège a également énoncé que :

« *Il appartient donc au seul taxateur d'en apporter la preuve concrète et ainsi de démontrer, à l'aide des moyens de preuve légaux dont il dispose, leur existence et d'établir un supplément d'impôt sur une base imposable qu'il est le seul à pouvoir fixer*³⁹ ».

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de considérer qu'il y avait « *cascade de présomption* » interdite, et a annulé les cotisations enrôlées (ou la TVA résultant d'un procès-verbal de régulation) pour les raisons suivantes :

- le fonctionnaire s'est basé exclusivement sur des rapports d'expertise, sans procéder aux vérifications des données analysées par l'expert et en supposant que ces données étaient exactes⁴⁰ ;
- le fonctionnaire fait application du forfait de l'article 182, § 1^{er}, 3^o, a) de l'AR/CIR qui présume que le bénéfice imposable est de 2,5 € par 25 € de chiffre d'affaires pour en déduire un chiffre d'affaires de 279 993,92 € et une base imposable de 27 999,39 € ; or, le chiffre d'affaires est impossible à restituer. Dès lors, la présomption est illégale, le juge a retenu l'application de la base imposable forfaitaire minimum de 19 000 €⁴¹ ;
- le fait de sonder des tiers, par de simples demandes de renseignements, et de se baser sur des données approximatives soumises au fonctionnaire pour établir un supplément de TVA due dans le chef de l'assujetti ne repose pas sur un fait démontré et entraîne l'annulation de la contrainte (avis de perception et de recouvrement) tant pour la régularisation TVA que pour les amendes infligées⁴² ;
- le fait d'extrapoler, par analogie, un pourcentage de fraude pour des revenus mobiliers non déclarés, en raison du fait qu'une non-déclaration de revenus lors d'exercices précédents aurait été considérée comme frauduleuse⁴³ ;
- le fait de fixer arbitrairement la base imposable à la TVA, sur la base de simples allégations du

fonctionnaire sans se baser sur un fait objectif et vérifiable, en indiquant qu'« *Il est notoire qu'à la vente, les commerçants sont obligés d'ajouter une marge bénéficiaire au prix d'achat des marchandises (...) L'administration a constaté que la marge bénéficiaire brute moyenne appliquée aux mêmes marchandises par des entreprises similaires est de 15 %*⁴⁴ » ;

- le fait d'estimer qu'un compte bancaire générerait un certain montant d'intérêts sur la base du fait qu'il s'agit « *d'un fait général notoire* » alors qu'il s'agit d'un fait connu de science personnelle⁴⁵ ;
- le fait de se baser sur la comptabilité d'un tiers pour reconstituer le chiffre d'affaires d'un contribuable, sans que cette comptabilité ne soit corroborée par d'autres éléments précis⁴⁶ ;
- le fait de présumer qu'un compte bancaire a produit des intérêts et, à partir de ce fait, de présumer que le bénéficiaire desdits intérêts a réinvesti ceux-ci⁴⁷ ;
- le fait de taxer un contribuable sur la base d'une présomption de l'homme prenant source dans une présomption légale⁴⁸ ;
- le fait de présumer que l'accord d'un contribuable sur une régularisation de TVA datée de 1978 vaut comme présomption d'accord d'une future régularisation en matière d'impôts directs (*i.e.* en 1980) et, à ce titre, de taxer ce dernier⁴⁹ ;
- en se basant sur les quantités de café achetées par un contribuable, le fonctionnaire avait estimé que chaque kilo de café permettait de servir 150 tasses, que chaque consommateur prenait une tasse de café et, enfin, que chaque consommateur consommait un repas au prix de 500 BEF⁵⁰.

En réalité, les exemples mentionnés ci-dessus ne concernent pas des « *cascades de présomptions* », mais bien des cascades de « *suppositions* ».

La différence est d'abord terminologique. Si une supposition est définie comme « *Action de supposer, d'admettre quelque chose par hypothèse*⁵¹ », une présomption de fait est définie comme un « *un mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus*⁵² »... mais la différence réside aussi dans les effets juridiques produits : une supposition

38. C. LENOIR et J. BUY, Les moyens de preuve en matière d'impôts directs, in F.S. MEEÛS (dir.), Manuel de procédure fiscale, 3^e éd., Anthemis, Limal, 2019, p. 359.

39. Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 18/1195/A, 19/1288/A, 18/1110/A, 19/5157/A, 11 juin 2020.

40. Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 18/1195/A, 19/1288/A, 18/1110/A, 19/5157/A, 11 juin 2020 et Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 18/164/A, 18/3218/A, 6 février 2020.

41. Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 18/4314/A, 12 décembre 2019.

42. Civ. Liège (div. Liège) (civ.) (21^e ch.) n° 16/4276/A, 19 avril 2018.

43. Jugement du Tribunal de première instance de Namur, 15 janvier 2012 (rôle n° 10/2730).

44. Cass., 5 mars 1999, Pas., I, p. 133 et E. VAN BRUSTEM, *Présomption sur présomption vaut (parfois)*, note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 mai 2014, in Revue générale du contentieux fiscal, n° 2014/6, p. 416.

45. Cass. 19 juin 2003, R.G. n° C.01.0383.F.

46. Civ. Mons, 15 janvier 2008, R.G. n° 04/2989/A.

47. Anvers, 10 septembre 2013, R.G. n° 1994/FR/417.

48. Bruxelles, 12 septembre 2013, R.G. n° 2003/AR/663.

49. Bruxelles, 13 février 2014, R.G. n° F.12.0063.N., R.A.B.G., 2014, n° 10, 646, note A. BELLENS.

50. Bruxelles, 25 novembre 1998, R.G. n° 1994/FR/53.

51. Cf. Dictionnaire Larousse.

52. Article 8.1., alinéa 1^{er}, 9^o du Code civil.

n'a aucune valeur probante particulière, alors que la présomption de fait est un véritable mode de preuve réglementé par la loi civile et qui permet de démontrer un fait inconnu jusqu'alors, sur la base de faits connus.

En d'autres termes, une supposition n'a aucune valeur probante, quelle qu'elle soit.

Cet élément est d'une importance capitale pour les contribuables se voyant opposer un « raisonnement par présomption » lors d'un contrôle fiscal. En effet, le principe de légalité de la loi fiscale consacré par les articles 170 et 172 de notre Constitution implique que la loi doit déterminer les éléments essentiels de l'impôt, c'est-à-dire : la désignation des contribuables, la matière imposable, la base imposable, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations et diminutions d'impôt⁵³. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est unanime à cet égard⁵⁴.

Or, les règles de preuve touchent à l'établissement de l'impôt, c'est-à-dire la démonstration de la réunion de tous les éléments constitutifs de la dette d'impôt, y compris le fait générateur et la base taxable... La supposition étant le fait « *d'admettre l'existence d'une chose par hypothèse* », elle est par essence incertaine, de sorte que l'éventuel redressement fiscal infligé sur la base d'une supposition serait entaché d'incertitude quant à son étendue, mais également – et surtout – d'arbitraire.

En effet, une taxation basée sur une supposition est automatiquement arbitraire, puisque le fait générateur de l'impôt est littéralement « *la chose réputée exister, par hypothèse* ».

Le principe de légalité de l'impôt s'oppose par ailleurs à ce que le fait générateur de l'impôt soit « *supposé exister* » puisque, par définition, l'impôt est dû lorsque le fait générateur de celui-ci est effectivement réalisé ; plus encore, le principe de légalité oblige l'administration fiscale – lorsqu'elle rectifie la situation fiscale d'un contribuable – à démontrer objectivement et de manière certaine la réunion des éléments constitutifs de l'impôt.

2.3. Exemple

Afin d'illustrer notre propos, prenons pour exemple le cas d'une personne physique exploitant une piscine aux fins de l'exercice de son activité économique⁵⁵.

Cette personne physique (ci-après « le contribuable ») a fait construire une piscine intérieure, située à proximité de son habitation. La piscine est, en ce sens, autonome de la maison d'habitation.

Le contribuable en question réalise, en sa qualité de personne physique, une activité de cours collectifs d'aquagym. La piscine est utilisée chaque jour dans le cadre de la réalisation desdits cours, sauf le dimanche, qui est réservé dans son entièreté au nettoyage.

La piscine n'est accessible aux utilisateurs que via la réservation de certains créneaux horaires. En d'autres termes, des cours collectifs y sont donnés quasiment non-stop, et il appartient aux clients de réserver une place dans un cours afin de pouvoir accéder à la piscine. Il n'est pas possible pour les clients d'y accéder librement, ni d'y rester avant ou après le cours collectif.

Sur le coût des travaux de construction de la piscine, le contribuable a appliqué le régime la déduction pour investissement (ci-après « DPI »).

Concrètement, l'article 68 du C.I.R. 92 dispose que : « *Les bénéfices et profits sont exonérés à concurrence d'une quotité de la valeur d'investissement ou de revient des immobilisations corporelles acquises à l'état neuf ou constituées à l'état neuf et des immobilisations incorporelles neuves, lorsque ces immobilisations sont affectées en Belgique à l'exercice de l'activité professionnelle. Cette exonération est dénommée « déduction pour investissement ».*

La déduction pour investissement est déterminée selon un pourcentage fixé par l'article 69 du C.I.R. 92.

Il convient de relever que, pour les personnes physiques, la DPI n'est pas applicable aux immobilisations n'étant pas **exclusivement affectées à l'activité professionnelle**⁵⁶.

En l'occurrence, l'administration fiscale se rend chez le contribuable afin de vérifier l'étendue de son activité professionnelle, et la correcte application de la DPI.

Le contribuable transmet toutes les factures relatives aux travaux, les time-sheets des professeurs se chargeant des cours collectifs, ainsi que les horaires d'occupation de la piscine (6 jours entièrement occupés, 1 jour consacré au nettoyage).

53. C.C., arrêt n° 139/2021, 14 octobre 2021 ; C.C., arrêt n° 150/2011, 23 octobre 2011.

54. C.C., arrêt n° 145/2017, 21 décembre 2017 ; C.C., arrêt n° 139/2021, 14 octobre 2021 ; C.C., arrêt n° 29/2015, 18 juin 2015.

55. Toute ressemblance avec un cas réel serait évidemment fortuite.

56. Article 75, 1° du Code des impôts sur les revenus 1992.

Ces éléments démontrent que, fonctionnellement, la piscine est exclusivement utilisée à des fins professionnelles.

Le fonctionnaire contrôleur estime que la DPI n'est pas applicable car « *il n'est pas possible de construire une piscine sans vouloir en profiter avec sa famille* ».

L'administration fiscale adresse, dès lors, un avis de rectification au contribuable, sur base de la motivation suivante :

« *L'usage de la piscine n'est pas strictement professionnel.*

L'administration fiscale réalise une estimation très raisonnable de l'usage, à titre privé, d'une piscine fraîchement construite à la porte de son salon. Celle-ci est la suivante :

- 3 utilisations par mois et par personne, soit une moyenne d'une heure et demie par mois et par personne ;
- Pour une proportion finale d'utilisation privée déterminée à 1 % ».

Sur cette base, le fonctionnaire rejette l'application de la DPI pour un montant de 56 000 €.

Dans ce cas, le raisonnement tenu par le fonctionnaire est parfaitement illégal.

En effet, le fonctionnaire part d'un fait connu (l'existence d'une piscine) pour en déduire un fait inconnu (l'éventuelle utilisation privée) et part de ce même fait inconnu pour en déduire un autre fait inconnu (la proportion d'utilisation privée).

L'arrêt de la Cour de cassation de 2014 ne proscriit pas les cascades de présomption... cependant, cet arrêt ne déroge pas au principe de base voulant que le fait prouvé par présomption soit certain et, dès lors, non contesté⁵⁷. En effet, un fait inconnu ne peut jamais fonder une présomption, et encore moins une seconde « présomption ».

Dans la situation évoquée ci-dessus, le raisonnement du fonctionnaire est basé sur des éléments tirés de son imagination, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un fait connu mais bien d'une supposition, celle-ci ne pouvant pas fonder un raisonnement par présomption.

En l'occurrence, à défaut d'éléments objectifs démontrant le caractère certain du premier fait déduit, le fonctionnaire ayant établi la rectification s'adonne ici à une double supposition :

- l'utilisation privée de la piscine basée uniquement sur la considération que « *la piscine est attenante à la maison d'habitation* » (1) ; et

- la proportion d'utilisation privée, basée sur le pur imaginaire du fonctionnaire en charge du contrôle (2).

Ainsi, et en tout état de cause, les considérations personnelles des fonctionnaires fiscaux ne constituent jamais une preuve admissible, et ne peuvent jamais servir de base à une preuve par présomption de fait.

En l'occurrence, la rectification fiscale opérée dans le cas évoqué ci-dessus est manifestement illégale et, dans ces circonstances, le juge qui serait saisi d'un recours devrait ordonner le dégrèvement total de la cotisation enrôlée⁵⁸.

Conclusion

La fraude fiscale nécessite de démontrer la commission d'une infraction avec l'intention d'en retirer un avantage illicite ou de causer à autrui un dommage.

Ainsi, l'intention frauduleuse doit s'entendre comme l'intention positive d'agir dans l'illégalité, tout en sachant que l'acte en question est illégal.

Il importe peu que la loi fiscale fasse référence à des infractions « autres qu'accidentelles ». Une infraction « autre qu'accidentelle » est une infraction intentionnellement commise, c'est-à-dire une fraude.

La fraude ne se présume pas et la répétition d'infractions ne suffit pas à cristalliser la fraude, à défaut pour l'administration fiscale d'en apporter la preuve positive et objectivement vérifiable.

Le fait « d'accuser » un contribuable de fraude fiscale correspond à une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la C.E.D.H., entraînant automatiquement l'application de tous les principes et protections liées à la loi pénale, et particulièrement le principe de la présomption d'innocence.

S'agissant des présomptions de fait, celles-ci doivent être utilisées avec la plus grande prudence. La frontière entre un raisonnement présomptif (on part d'un fait connu pour en déduire un fait inconnu) et une supposition n'ayant aucune valeur juridique est équivoque.

Si un cumul de présomptions n'est plus interdit depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2014, il est nécessaire d'établir le caractère certain du fait inconnu démontré par la présomption initiale. A défaut, le fait devrait être considéré comme incertain et

57. T. AFSCHRIFT, Traité de la preuve en droit fiscal, 2^e éd., De Boek et Larcier, 2004, p. 249.

58. Cette considération devrait également s'appliquer pour le fonctionnaire chargé de statuer sur une réclamation administrative.

ne pourrait en aucun cas servir de base à une autre présomption de fait.

Le contribuable prudent veillera à accorder la plus grande vigilance à ces éléments en cas de contrôle fiscal, le cas échéant en se faisant assister d'un conseil.

Il en va de même pour les professionnels du chiffre qui, bien qu'experts dans leur domaine, ne disposent pas toujours des outils nécessaires pour appréhender seuls toutes les dimensions des problématiques soulevées. Il leur appartient de se faire accompagner

afin d'aider au mieux leurs clients à faire valoir leurs droits.

Nous le soulignons déjà en matière d'amendes fiscales⁵⁹, mais à défaut pour le SPF Finances de respecter les droits des contribuables, il appartient aux organes de justice (qu'ils soient avocats ou, à un stade ultérieur, juges) de faire respecter les droits fondamentaux des citoyens.

Un contribuable averti en vaut deux.

59. K. Tourmous et A. Soldai, Le caractère pénal des amendes fiscales : délimitation, implications et nécessité de protection des contribuables, *in* Revue générale de fiscalité et de comptabilité pratique, 2024/10.

Le respect du principe de pleine concurrence limité à la conformité au prix de marché suffit-il à lui seul à prémunir contre une requalification en montage abusif dans les opérations intragroupe transfrontalières ?

Réflexion autour de l'arrêt C.J.U.E. C-585/22 et ses implications en droit interne belge

Soufian WIELEMANS
Avocat – Deloitte Legal

Loin de se limiter à une affaire technique de déductibilité d'intérêts, l'arrêt C.J.U.E. C-585/22 remet en question la validité protectrice du principe de pleine concurrence dans un contexte de lutte accrue contre l'évasion fiscale.

Derrière la rhétorique du marché se joue un bras de fer entre liberté d'établissement et exigences substantielles, où l'apparente neutralité économique des taux d'intérêt ne suffit plus à dissimuler les intentions fiscales sous-jacentes.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Intoduction	33
2.	Le principe de pleine concurrence : fondement, portée et limites pratiques	34
3.	La C.J.U.E. face aux montages artificiels : consécration d'une exigence de substance économique	35
3.1.	Contexte de l'affaire	35
3.2.	Questions juridiques	36
3.3.	Analyse de l'arrêt	37
3.4.	Conséquences pratiques de l'arrêt	38
4.	Les implications de l'arrêt X BV en droit belge	38
4.1.	Le principe de pleine concurrence sous l'angle de l'article 185, § 2 C.I.R. 92	38
4.2.	Une convergence avec l'article 344, § 1 C.I.R. 92 sur l'abus fiscal	39
4.3.	Interactions possibles avec les règles belges sur la sous-capitalisation et les intérêts déductibles	39
4.4.	Conséquences pratiques : vers une exigence renforcée de justification économique	39
5.	Conclusion	39

1. Intoduction

La célèbre maxime de Benjamin Franklin, selon laquelle « en ce monde rien n'est certain, à part la mort et les impôts », résonne avec une ironie particulière dans les arcanes du droit fiscal international, où les montages transfrontaliers d'optimisation sont à la fois objets d'ingéniosité juridique et cibles de suspicion institutionnelle.

L'arrêt rendu le 4 octobre 2024 par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après C.J.U.E.) dans l'affaire C-585/22 (X BV)¹ s'inscrit dans ce contexte de lutte intensifiée contre les structures artificielles mises en place par les groupes multinationaux pour réduire leur charge fiscale.

En refusant la déductibilité d'intérêts intragroupe malgré le respect apparent du principe de pleine concurrence, la Cour rappelle que ce principe ne se limite pas au seul prix appliqué, mais implique également que l'opération elle-même aurait été conclue entre parties indépendantes. Ce faisant, elle introduit une nuance importante dans l'interprétation de la liberté d'établissement (article 49 TFUE) et légitime une approche plus substantielle du contrôle fiscal, fondée sur la réalité économique des transactions intragroupe.

Dès lors, la question centrale posée est la suivante : **Le respect du principe de pleine concurrence, limité à la conformité au prix de marché, suffit-il à lui seul à prémunir contre une requalification en montage**

1. C.J.U.E., 4 octobre 2024, C-585/22, X BV.

abusif dans les opérations intragroupe transfrontalières ?

À travers l'analyse de cet arrêt, il s'agira d'évaluer si la conformité aux standards de l'OCDE offre encore une protection effective aux contribuables, ou si elle tend à être relativisée par une exigence croissante de justification économique des opérations.

Avant d'exposer les tensions doctrinales soulevées par l'arrêt, il convient de rappeler que les Principes Directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert constituent aujourd'hui le référentiel technique dominant au niveau international. S'ils ne lient pas directement la Cour de justice de l'Union européenne, ils influencent fortement l'élaboration des politiques fiscales nationales, y compris dans l'Union. Toutefois, en l'absence d'intégration normative formelle dans le droit de l'Union, leur valeur juridique demeure interprétative et subsidiaire.

C'est dans ce contexte que s'ouvre la réflexion suivante, illustrant les points de tension entre l'approche de l'OCDE et la lecture téléologique du droit de l'Union opérée par la C.J.U.E.

Les questions principales soulevées par cet arrêt sont :

- un point de tension doctrinal : dans cet arrêt, la C.J.U.E. affirme qu'un montage peut être qualifié d'artificiel même s'il respecte les conditions de pleine concurrence. Cela remet en cause la sécurité juridique que les Principes Directeurs OCDE se proposent d'offrir ;
- un questionnement sur l'efficacité des Principes Directeurs OCDE : le principe de pleine concurrence est censé encadrer les prix de transfert. Or, nous constatons ici que la conformité formelle ne protège pas contre une remise en cause substantielle ;
- une opposition entre logique économique et logique fiscale : l'entreprise justifie l'opération par le respect des conditions de marché. Le fisc (et la Cour) regarde(nt) l'objectif économique réel. D'où un glissement vers une approche finaliste ou *substance-over-form*.

2. Le principe de pleine concurrence : fondement, portée et limites pratiques

Le principe de pleine concurrence, tel que défini à l'article 9 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE², repose sur une hypothèse centrale : les entreprises associées doivent fixer leurs conditions de transaction comme si elles étaient indépendantes. Cette règle vise à empêcher les transferts artificiels de bénéfices entre États via des prix déconnectés de la réalité économique.

L'OCDE l'a formalisé dans ses « Principes Directeurs applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales » (ci-après « Principes Directeurs OCDE »), qui demeurent aujourd'hui la référence pour la plupart des États. Ce principe trouve à s'appliquer dans des contextes variés : ventes de biens, services, cessions de droits incorporels, mais aussi – ce qui nous occupe ici – dans les opérations financières intragroupes, telles que les prêts.

Les Principes Directeurs OCDE précisent ce cadre en proposant cinq grandes méthodes pour déterminer le prix de pleine concurrence : trois méthodes traditionnelles (comparaison de prix ou de marges brutes), et deux méthodes fondées sur les bénéfices³.

Parmi les méthodes traditionnelles, la méthode dite du prix comparable sur le marché libre (CUP) est privilégiée pour les prêts financiers. Elle consiste à comparer le prix d'une transaction contrôlée à celui observé dans une transaction indépendante similaire⁴.

Dans l'affaire X BV⁵, la société néerlandaise soutenait que l'emprunt contracté auprès d'une entité belge du même groupe respectait les conditions du marché, excluant toute présomption de montage artificiel. La Cour ne conteste pas la validité du principe de pleine concurrence, mais remet en cause sa portée protectrice absolue. Le respect formel de ce principe n'empêche pas une qualification de montage artificiel si la transaction ne répond pas à une logique économique crédible.

2. Principes Directeurs OCDE 2022, chapitre I, §§ 1.1-1.15.

3. Il convient de distinguer les aspects économiques du prix de transfert et la délimitation précise de la transaction. En effet, les Principes Directeurs de l'OCDE (point 1.35.) prévoient des règles spécifiques pour la délimitation exacte de la ou des transactions, en insistant sur l'identification des caractéristiques économiquement pertinentes, qui comprennent non seulement les conditions contractuelles mais aussi les circonstances économiques dans lesquelles la transaction s'inscrit. Cette délimitation est essentielle pour appliquer correctement le principe de pleine concurrence, notamment en s'assurant que les comparaisons avec des transactions indépendantes portent sur des situations véritablement comparables.

4. Viennent ensuite la méthode du prix de revient majoré, qui déduit une marge raisonnable à partir des coûts supportés par le fournisseur, et la méthode du prix de revente, qui repose sur la déduction d'une marge commerciale à partir du prix de revente constaté sur le marché. Lorsque ces méthodes ne peuvent être appliquées, notamment en raison du manque de comparables fiables, les Principes Directeurs OCDE recommandent le recours à des méthodes fondées sur les bénéfices : la méthode transactionnelle de la marge nette, qui consiste à comparer la rentabilité nette d'une entreprise liée à celle d'entreprises indépendantes, et la méthode du partage des bénéfices, qui répartit le résultat consolidé du groupe entre entités liées en fonction de leur contribution respective à la création de valeur.

5. C.J.U.E., 4 octobre 2024, C-585/22, X BV.

Cette relativisation met en lumière les limites inhérentes au principe de pleine concurrence :

- Sa mise en œuvre concrète dépend de la disponibilité de comparables fiables, ce qui est plus rare pour des opérations financières spécifiques.
- La reconnaissance d'un « intervalle de pleine concurrence » au lieu d'un prix unique accentue l'incertitude juridique.
- Le principe ne permet pas à lui seul de trancher la question de l'intention sous-jacente à l'opération : fiscale ou économique.

Il ne suffit pas que le taux d'intérêt soit un prix « de pleine concurrence » : il faut que l'opération réponde à un besoin réel, justifié par une utilité fonctionnelle dans le cadre de l'activité de l'entreprise.

Appliqué au cas X BV, ce test impose de s'interroger : l'emprunt était-il nécessaire au financement d'un projet économique, ou ne visait-il qu'à faire remonter artificiellement des charges vers une juridiction plus imposée ?

3. La C.J.U.E. face aux montages artificiels : consécration d'une exigence de substance économique

Dans son arrêt X BV⁶, la C.J.U.E. affirme que le respect des prix de pleine concurrence ne constitue pas une preuve suffisante de l'absence de montage artificiel. Ce raisonnement se fonde sur une jurisprudence bien établie, notamment les arrêts Cadbury Schweppes (C-196/04)⁷ et Lexel (C-484/19)⁸, où la C.J.U.E. reconnaît la légitimité de la lutte contre l'évasion fiscale comme objectif d'intérêt général.

Mais qu'est-ce qu'un montage purement artificiel ? Afin d'être qualifié comme tel, la C.J.U.E., dans son arrêt Halifax (affaire C-255/02, du 21 février 2006, points 68 à 71), exige la réunion de deux volets concomitants :

- condition objective : malgré le respect formel des conditions légales, le résultat visé contredit

l'objectif de la norme fiscale ou de la directive applicable ;

- condition subjective : il ressort d'un ensemble d'éléments objectifs que l'intention première des opérateurs est l'obtention de l'avantage fiscal par la création artificielle des conditions ouvrant ce droit.

La Cour insiste alors sur l'importance de l'analyse de substance :

- Une opération doit avoir un mobile économique réel, indépendamment des effets fiscaux.
- L'administration fiscale doit examiner au cas par cas si l'objectif principal est fiscal ou opérationnel.

Cette approche n'est pas sans poser des difficultés pratiques, notamment en termes de charge de la preuve, mais elle s'inscrit dans le mouvement international de lutte contre les stratégies d'optimisation dites « agressives ».

3.1. Contexte de l'affaire

X BV, une société de droit néerlandais, a financé l'acquisition d'une autre société au sein du groupe à l'aide d'un emprunt contracté auprès d'une entité belge (du même groupe).

X BV souhaitait déduire les intérêts payés sur cet emprunt de son résultat imposable.

Cependant, l'administration fiscale néerlandaise a refusé cette déduction, en invoquant l'article 10a de la loi néerlandaise sur l'impôt sur les sociétés⁹.

Cette disposition prévoit la non-déductibilité des intérêts payés sur des emprunts contractés auprès d'entités liées dans certaines circonstances, notamment lorsque ces emprunts sont jugés artificiels et visent principalement à obtenir un avantage fiscal.

La société X BV a contesté cette décision, arguant que l'emprunt avait été contracté à des conditions de pleine concurrence, c'est-à-dire que les taux d'intérêt

6. C.J.U.E., 4 octobre 2024, C-585/22, X BV.

7. C.J.U.E., 12 septembre 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes.

8. C.J.U.E., 20 janvier 2021, C-484/19, Lexel.

9. L'article 10a de la Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (loi de 1969 relative à l'impôt sur les sociétés), dans sa version en vigueur à l'époque des faits au principal, dispose :

« 1. Dans le cadre de la détermination du bénéfice [...], ne viennent pas en déduction les intérêts – frais et résultats de change compris – relatifs à des dettes dues, en droit ou en fait, directement ou indirectement, à une entité liée ou à une personne physique liée dans la mesure où les dettes ont, en droit ou en fait, directement ou indirectement, un lien avec une des opérations juridiques suivantes : [...]

c. l'acquisition, ou l'augmentation, d'une participation par le contribuable, par une entité qui lui est liée soumise à l'impôt sur les sociétés ou par une personne physique qui lui est liée résidant aux Pays-Bas, dans une entité qui, à la suite de cette acquisition ou augmentation de participation, est une entité qui lui est liée [...]

3. Le premier paragraphe n'est pas applicable si le contribuable rend plausible : a. le fait que l'emprunt et l'opération juridique qui y est liée se fondent, dans une mesure déterminante, sur des considérations économiques ; ou b. le fait qu'il est prélevé, en fin de compte, sur les intérêts dans le chef de celui à qui les intérêts, en droit ou en fait, directement ou indirectement, sont dus un impôt sur le bénéfice ou sur le revenu qui, selon les critères néerlandais, est raisonnable [...] Un impôt prélevé sur les bénéfices est raisonnable selon les critères néerlandais s'il entraîne un prélèvement à un taux d'au moins 10 % sur un bénéfice imposable déterminé selon les critères néerlandais [...]

4. Aux fins du présent article [...], est réputée être une entité liée au contribuable :

a. une entité dans laquelle le contribuable détient une participation d'au moins un tiers ;

b. une entité qui détient une participation d'au moins un tiers dans le contribuable ;

c. une entité dans laquelle un tiers détient une participation d'au moins un tiers, alors que ce tiers détient également une participation d'au moins un tiers dans le contribuable. [...] ».

étaient conformes à ceux pratiqués sur le marché, et donc ne pouvait être considéré comme artificiel.

Le litige a conduit la Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas)¹⁰ à poser trois questions préjudicielles à la C.J.U.E. sur la compatibilité de cette législation nationale avec les articles 49, 56 et 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).

Ces trois questions étaient formulées comme suit :

« 1) Les articles 49, 56 et/ou 63 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale en vertu de laquelle, dans la détermination du bénéfice du contribuable, les intérêts pour une dette d'emprunt contractée auprès d'une entité liée au contribuable, dette qui se rapporte à l'acquisition ou l'augmentation d'une participation dans une entité qui, après cette acquisition ou augmentation, est une entité liée, ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une déduction, parce que la dette concernée doit être considérée comme un montage purement artificiel (ou comme faisant partie d'un tel montage), peu importe si, en elle-même, elle a été contractée à des conditions de pleine concurrence ?

2) Si la première question appelle une réponse négative, les articles 49, 56 et/ou 63 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale en vertu de laquelle, dans la détermination du bénéfice du contribuable, la déduction des intérêts pour une dette d'emprunt qui est contractée auprès d'une entité liée au contribuable et qui est considérée comme un montage purement artificiel (ou comme faisant partie d'un tel montage), dette qui se rapporte à l'acquisition ou l'augmentation d'une participation dans une entité qui, après cette acquisition ou augmentation, est une entité liée, est intégralement refusée, même si, en eux-mêmes, ces intérêts ne dépassent pas le montant qui aurait été convenu entre des entreprises indépendantes ?

3) La réponse à la première et/ou à la deuxième question est-elle différente si l'acquisition ou augmentation concernée de la participation se rapporte a) à une entité qui était déjà, avant cette acquisition ou augmentation, une entité liée au contribuable, ou bien b) à une entité qui ne devient une entité liée au contribuable qu'après ladite acquisition ou augmentation ? ».

3.2. Questions juridiques

Liberté d'établissement et déduction des intérêts

Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une réglementation nationale qui ne vise que des relations au sein d'un groupe de sociétés affecte de manière prépondérante la liberté d'établissement au sens de l'article 49 TFUE.

Dans cette affaire, la question centrale est de savoir si une législation nationale qui refuse la déduction des intérêts payés sur des emprunts contractés au sein d'un groupe de sociétés (à un taux conforme au principe de pleine concurrence) est compatible avec cette liberté, lorsqu'elle considère ces emprunts comme des montages artificiels.

Les gouvernements intervenants ainsi que la Commission soutiennent que la restriction à la libre circulation prévue à l'article 10a, paragraphe 1, point c), de la loi sur l'impôt sur les sociétés est justifiée par la nécessité de lutter contre l'évasion fiscale abusive. Cette disposition vise spécifiquement à empêcher la mise en place de montages purement artificiels, dénués de substance économique, ayant pour objectif d'éviter l'impôt normalement dû sur les bénéfices provenant d'activités réalisées aux Pays-Bas.

Il est bien établi et de jurisprudence constante qu'un tel objectif constitue une raison impérieuse d'intérêt général en matière fiscale (voir, notamment, arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, points 51 et 55)).

Critères de pleine concurrence

X BV soutenait que les emprunts avaient été conclus à des conditions de pleine concurrence, ce qui signifie que les taux d'intérêt appliqués étaient similaires à ceux qui auraient été convenus entre entreprises indépendantes. Elle avançait que cet élément prouvait le caractère non artificiel de l'emprunt.

Montage purement artificiel et abus fiscal

Un des principaux enjeux soulevés par l'administration fiscale néerlandaise était de savoir si l'opération devait être qualifiée de montage purement artificiel, visant à transférer artificiellement les fonds dans un but d'évasion fiscale¹¹.

10. Décision du 2 septembre 2022, parvenue à la Cour le 7 septembre 2022.

11. Les emprunts intragroupe sont souvent utilisés à des fins de planification fiscale, et les législations nationales cherchent à éviter que ces structures ne servent à réduire artificiellement la base imposable dans le pays.

Principe de proportionnalité

L'enjeu était également de déterminer si le refus total de la déduction des intérêts respectait le principe de proportionnalité, à savoir que la mesure doit être appropriée, nécessaire et ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif de lutte contre l'abus fiscal.

3.3. Analyse de l'arrêt

Compatibilité de la législation nationale avec le droit de l'UE

La C.J.U.E. a tout d'abord confirmé que la législation néerlandaise relevait bien du champ d'application de la liberté d'établissement (article 49 TFUE), car elle concerne les relations au sein d'un groupe de sociétés liées, dont certaines sont établies dans différents États membres.

La Cour a ensuite affirmé que l'article 49 TFUE ne s'oppose pas à une législation nationale qui refuse la déduction des intérêts versés à une entité liée lorsque ces emprunts sont considérés comme artificiels, même s'ils sont contractés à des prix dits « de pleine concurrence ».

La Cour rappelle ainsi que la simple conformité des taux d'intérêt avec ceux du marché ne suffit pas à écarter la qualification de montage artificiel. En effet, ce n'est pas seulement le montant des intérêts qui est pris en compte, mais aussi la raison économique sous-jacente de l'emprunt : l'opération doit également avoir été nécessaire à la réalisation d'un objectif économiquement légitime. À défaut, le montage peut être requalifié, même si le taux d'intérêt respecte les fourchettes du marché.

En d'autres termes, même si les conditions sont conformes aux standards du marché, un emprunt peut toujours être jugé artificiel si son objectif principal est de profiter d'un avantage fiscal. L'analyse doit porter, au-delà des termes du contrat, sur la logique économique globale de l'opération.

Cette approche confirme la convergence entre l'analyse économique préconisée par l'OCDE et l'analyse juridique opérée par la C.J.U.E.

Il ressort donc que le juge européen s'approprie progressivement les outils d'analyse fonctionnelle et de substance-over-form initialement portés par les Principes Directeurs OCDE, tout en les intégrant dans le

cadre d'un contrôle de proportionnalité propre au droit de l'Union.

Montage purement artificiel et abus de droit

L'arrêt de la C.J.U.E. met en avant que les montages purement artificiels sont ceux qui, bien qu'ils respectent formellement les conditions du droit de l'UE, n'ont pas de réalité économique sous-jacente et sont principalement motivés par l'obtention d'un avantage fiscal.

La C.J.U.E. a d'ailleurs confirmé à nouveau que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la liberté d'établissement.

Le critère décisif est donc de savoir si l'opération présente une réalité économique ou non. Si l'emprunt intragroupe est artificiellement créé pour diminuer l'assiette fiscale de l'entreprise dans un pays à haute fiscalité (comme les Pays-Bas), il peut être considéré comme abusif. Cela permet aux autorités fiscales de rejeter la déduction des intérêts dans de telles situations.

Principe de proportionnalité

Conformément à l'article 10a, paragraphe 1, point c), de la loi sur l'impôt sur les sociétés, lorsqu'un prêt intragroupe est considéré comme un montage purement artificiel, la déduction des intérêts sur ce prêt est totalement refusée lors du calcul du bénéfice imposable du contribuable emprunteur aux Pays-Bas.

Bien que cette conséquence paraisse découler logiquement de la qualification du prêt comme artificiel, la juridiction de renvoi s'interrogeait néanmoins (notamment dans sa deuxième question préjudicielle) sur le point de savoir si, à la lumière du point 51 de l'arrêt *Lexel*¹², un refus total de la déduction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé. En effet, la Cour a jugé, sur ce point, que lorsque les autorités fiscales estiment qu'un prêt contracté auprès d'une entité liée est un montage artificiel, « le principe de proportionnalité exige que le refus du droit à déduction se limite à la part des intérêts excédant ce qui aurait été convenu en l'absence de relations spéciales entre les parties » (voir également l'arrêt *Test Claimants II*, point 83¹³).

La Cour a jugé que la législation néerlandaise était proportionnée, car elle ne vise que les montages artificiels et permet aux contribuables de prouver que l'emprunt repose sur des motifs économiques valables.

12. « D'autre part, dans l'hypothèse où la vérification de tels éléments aboutit à la conclusion que la transaction en cause correspond à un montage purement artificiel dépourvu de raisons commerciales réelles, le principe de proportionnalité requiert que le refus du droit à déduction se limite à la fraction des intérêts qui dépasse ce qui aurait été convenu en l'absence de relations spéciales entre les parties (arrêt du 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, point 83) ».

13. C.J.U.E. 12 décembre 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

Cependant, il est essentiel, comme le rappelle la Cour, que l'administration fiscale néerlandaise n'applique pas cette législation de manière automatique ou générale, mais qu'elle procède à un examen individuel des opérations. Elle valide le dispositif néerlandais prévoyant un refus de déduction des intérêts intragroupe lorsqu'un montage est présumé artificiel, mais autorise le contribuable à renverser cette présomption s'il démontre l'existence d'un motif économique prépondérant ou si les intérêts sont effectivement soumis à un impôt minimum (fixé à 10 % dans le cadre de la législation néerlandaise).

Par cette reconnaissance, la C.J.U.E. admet que les législations nationales peuvent recourir à une présomption de montage artificiel, à condition qu'elle soit réfragable et qu'un examen individuel puisse être conduit. Cette approche conforte l'idée d'un équilibre entre prévention de l'évasion fiscale et respect de la liberté d'établissement.

Ce dialogue entre sécurité juridique et faculté de requalification renforce l'idée que le juge européen adopte une approche équilibrée : il n'écarte pas la liberté d'établissement, mais conditionne son exercice à une véritable activité économique.

Rejet de la pertinence des conditions de pleine concurrence dans le cas de montages artificiels

En définitive, la Cour a rejeté l'argument selon lequel les conditions de pleine concurrence suffiraient pour prouver l'absence de montage artificiel. Un emprunt peut très bien être conclu à des conditions de marché tout en étant artificiel si son objectif est purement fiscal. Cela implique que la simple conformité formelle aux conditions de pleine concurrence ne garantit pas que l'opération ne sera pas qualifiée d'abusives.

3.4. Conséquences pratiques de l'arrêt

Impact sur les entreprises multinationales

Cet arrêt est important pour les entreprises opérant dans plusieurs États membres de l'UE. Il renforce la position des États membres dans leur lutte contre l'évasion fiscale et la planification fiscale agressive au sein des groupes multinationaux. Les entreprises doivent veiller à ce que leurs structures de financement, notamment les prêts intragroupe, soient justifiées par des raisons économiques réelles et non uniquement par des considérations fiscales.

Encadrement des emprunts intragroupe

L'arrêt souligne que même si un emprunt intragroupe respecte formellement les conditions de pleine concurrence, il peut toujours être qualifié d'artificiel. Cela va inciter les entreprises à revoir la structure de

leurs financements pour s'assurer qu'ils sont, de manière suffisamment démontrable, basés sur des motifs économiques valables, chaque situation devant s'apprécier à la lumière de son contexte.

Renforcement des pouvoirs des administrations fiscales

La décision donne aux administrations fiscales une plus grande marge de manœuvre pour examiner les transactions intragroupe et refuser la déduction d'intérêts dans les cas où elles estiment que les emprunts sont artificiels. Les autorités fiscales devront toutefois procéder à un examen au cas par cas pour vérifier la réalité économique des opérations.

4. Les implications de l'arrêt X BV en droit belge

Si l'arrêt C.J.U.E. C-585/22 porte sur la législation néerlandaise, sa portée dépasse les frontières nationales : il constitue un signal jurisprudentiel clair sur l'insuffisance du simple respect du principe de pleine concurrence pour écarter une requalification fiscale. En Belgique, plusieurs dispositions du Code des impôts sur les revenus (C.I.R. 92) pourraient être mobilisées dans le même sens, avec des conséquences notables pour les entreprises multinationales.

4.1. Le principe de pleine concurrence sous l'angle de l'article 185, § 2 C.I.R. 92

L'article 185, § 2, alinéa 2 C.I.R. 92 institue formellement le principe de pleine concurrence (*arm's length principle*) dans le droit fiscal belge, en disposant que : « *lorsque les deux sociétés sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des sociétés indépendantes, les bénéficiaires qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des sociétés, mais n'ont pu l'être à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette société.* »

Cependant, comme dans l'affaire X BV, ce critère strictement comparatif n'appréhende pas la logique économique globale de l'opération. L'arrêt de la C.J.U.E. invite ainsi à interpréter l'article 185, § 2 C.I.R. 92 à la lumière du droit de l'Union, en y intégrant une exigence de substance économique.

En d'autres termes, la conformité au prix de pleine concurrence ne saurait suffire si l'administration démontre que l'opération n'a pas d'utilité économique réelle et vise principalement à obtenir un avantage fiscal.

4.2. Une convergence avec l'article 344, § 1 C.I.R. 92 sur l'abus fiscal

L'article 344, § 1 C.I.R. 92 constitue le fondement de la clause anti-abus générale en droit fiscal belge. Il permet à l'administration de requalifier des actes juridiques qui, bien que réguliers en apparence, poursuivent un but exclusivement ou principalement fiscal :

« *Il appartient au contribuable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les impôts sur les revenus.* »

L'approche de la C.J.U.E. renforce ainsi le lien entre le principe de pleine concurrence et la finalité économique de l'opération : elle encourage une lecture substantielle du droit fiscal belge où l'intention et la justification économique deviennent centrales, au-delà de la seule conformité formelle aux taux du marché.

4.3. Interactions possibles avec les règles belges sur la sous-capitalisation et les intérêts déductibles

L'article 198, § 1 C.I.R. 92 prévoit des cas d'exclusion de charges professionnelles, notamment en matière d'intérêts. Deux éléments méritent ici une attention particulière :

- Point 11° de l'article 198, § 1 C.I.R. : il interdit la déduction des intérêts lorsque ceux-ci dépassent certaines limites, en cas de sous-capitalisation (thin capitalization), notamment si les dettes vis-à-vis de sociétés liées excèdent cinq fois la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période. Même si cette règle a été assouplie avec l'introduction de l'EBITDA rule en 2020 (transposition de la directive ATAD), elle reste un levier d'analyse.
- Article 198/1 C.I.R. (EBITDA rule) : limitation à 30 % des intérêts déductibles par rapport à l'EBITDA fiscal (ou 3 millions d'euros). Ce dispositif vise les montages d'endettement excessif et peut croiser les problématiques de substance économique soulevées dans l'arrêt X BV.

Ces mécanismes, bien que techniques, convergent avec la logique téléologique retenue par la C.J.U.E. : empêcher la déduction d'intérêts qui, même à taux de marché, servent à transférer artificiellement la base taxable sans justification économique suffisante.

4.4. Conséquences pratiques : vers une exigence renforcée de justification économique

Pour les contribuables belges, la principale conséquence de l'arrêt X BV est la nécessité d'un double test :

- 1) Test de pleine concurrence au sens de l'article 185, § 2 C.I.R. 92, impliquant la démonstration que le taux d'intérêt pratiqué est conforme au marché.
- 2) Test de substance économique, mobilisable sur base de l'article 344, § 1 C.I.R. 92, mais également implicitement requis pour éviter toute contestation fondée sur une absence de réalité économique.

Cette articulation souligne que le respect du principe de pleine concurrence ne se limite pas à la seule rémunération (pricing), mais suppose également que les conditions de l'opération (voire l'opération elle-même) auraient été acceptées par des parties indépendantes. Cette distinction est cohérente avec la jurisprudence belge relative aux articles 26, 79 et 207 (206/x) du C.I.R. (voir notamment Cass., 26 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, 1081 ; Cass., 23 février 1995, *F.J.F.*, 1995, 95/63 ; Cass., 29 avril 2005, *T.F.R.*, 2005, 703), qui admet qu'une opération peut être qualifiée d'anormale ou simulée, même si son prix est conforme au marché. Ces dispositions intègrent déjà, en filigrane, une approche combinée du principe de pleine concurrence et du contrôle de la substance, en complément de l'article 185, § 2 C.I.R.

En pratique, cela suppose de documenter :

- la raison d'être économique de l'opération (financement de projets, investissements productifs, etc.) ;
- l'analyse fonctionnelle détaillée de l'entité bénéficiaire du prêt ;
- la cohérence de l'opération avec les fonctions, actifs et risques de l'entité, selon les lignes directrices OCDE ;
- la capacité financière à supporter le risque associé au financement.

5. Conclusion

L'arrêt C-585/22 de la C.J.U.E. confirme une tendance jurisprudentielle : celle d'un déplacement du contrôle fiscal d'une lecture strictement formelle des prix vers une appréciation substantielle des motifs économiques.

La conformité aux conditions de pleine concurrence, pourtant érigée par l'OCDE comme le pilier de l'encadrement des prix de transfert, ne suffit plus à écarter le risque de requalification pour montage artificiel.

En consacrant la primauté de l'objectif économique réel sur les apparences contractuelles, la Cour donne aux administrations fiscales un levier supplémentaire pour lutter contre les pratiques d'évasion, au prix cependant d'un recul relatif de la sécurité juridique des contribuables.

Ce glissement consacre l'émergence d'une véritable doctrine de la *substance-over-form*, où la réalité économique prime sur la structure juridique. Si cette approche permet de mieux appréhender les constructions abusives, elle fait naître une incertitude importante : la qualification de « montage artificiel » reste en effet marquée par une grande souplesse d'interprétation.

Dans cette perspective, le risque croissant d'arbitraire place les contribuables dans une position délicate, d'autant que l'exigence de justification économique est aujourd'hui invoquée même lorsque la transaction est conforme aux standards de pleine concurrence. La

frontière entre planification légitime et montage artificiel devient ainsi plus floue.

L'issue de ce débat, placé au croisement de la fiscalité internationale et du droit fondamental européen, conditionnera à terme la stabilité des investissements transfrontaliers et l'équilibre entre souveraineté fiscale des États et libertés économiques garanties par les traités.

On peut toutefois se demander si la C.J.U.E. serait parvenue à la même conclusion si le prêt litigieux n'avait pas été contracté dans un contexte intragroupe, mais auprès d'un établissement de crédit indépendant. Dans une telle hypothèse, l'analyse n'aurait sans doute pas porté sur le respect du principe de pleine concurrence, mais plutôt sur une appréciation, par l'administration fiscale néerlandaise, de l'opportunité de la dépense. Une telle approche aurait sans doute soulevé d'autres questions, notamment quant aux limites du pouvoir d'appréciation du fisc dans un cadre de lutte contre les montages abusifs.

REVUE GÉNÉRALE DE FISCALITÉ ET DE COMPTABILITÉ PRATIQUE

Comité de rédaction

Séverine LINTERMANS SEGIER, Avocat au barreau de Bruxelles, Bucklaw, Chargée de conférences à l'EMGF Solvay Brussels School (Rédactrice en chef)

Jean de LAME, Membre du comité scientifique de l'E.S.S.F (ICHEC)

Catherine DENDAUW, Conseiller scientifique du Conseil Supérieur des Professions Economiques, Chargé de cours invité de l'Université de Namur et Membre de la Commission des normes comptables

Frederik FOGLI, Avocat au barreau de Bruxelles, Membre du Tax Institute ULiège, Maître de conférences à l'Université de Liège

Raymond GHYSELS, Expert-comptable et Conseil fiscal honoraire, Licencié en droit (ULB)

Philippe LONGERSTAEY, Maître de Conférences honoraire, Solvay Brussels School – Economics & Management, Réviseur d'entreprises honoraire, CPA, CFA, CAIA

Bernard MARISCAL, Conseil fiscal, Benefits Expert Deloitte, Professeur à l'E.S.S.F. (Ichech), Expert chargé d'enseignement à l'UCL Mons

Vincent SEPULCHRE, Chargé de cours aux H.E.C.-Liège, Assistant à l'ULB, Professeur à l'E.S.S.F. (Ichech)

Aurélie SOLDAL, Avocate au barreau du Brabant wallon, Chargée de conférences au Master Spécial en gestion fiscale de la Solvay Brussels School, Collaboratrice scientifique au Tax Institute de l'Université de Liège

David SZAFRAN, Avocat, Associé CEW & Partners

Nicolas THEMELIN, Senior Advisor, BDO TAX ADVISORS

Gauthier VAEL, Avocat au barreau de Bruxelles, PwC Legal

Benoît VANDERSTICHELEN, Licencié en Droit UCL, Licencié en Droit Fiscal ULB, Expert-comptable et Conseil Fiscal, Président de l'I.E.C., Associé Deloitte Conseils Fiscaux, Assistant à la faculté de Droit ULB, Maître de conférences à l'Ecole de Commerce Solvay (ULB), Professeur à l'E.S.S.F. (Ichech)

Coordination

Nathalie LAMBOT
nathalie.lambot@wolterskluwer.com

Les textes de cette revue sont également archivés en ligne sur www.monKEY.be.

Editeur responsable

Peter Immink
© 2025 Wolters Kluwer Belgium SA
L'exploration de textes et de données n'est pas autorisée.

Raghen Business Park, Motstraat 30, 2800 Malines

Help & Support Center

Motstraat 30, 2800 Malines
Tél. : 015 78 76 00
wkbe.be/serviceclient, www.wolterskluwer.be

Conditions d'abonnement

Abonnements par année civile. Souscription prolongée automatiquement sauf résiliation effectuée par écrit au moins 30 jours calendrier avant l'expiration de la période contractuelle en cours.

Changement d'adresse

En cas de changement de nom ou d'adresse, veuillez nous retourner l'étiquette de l'enveloppe corrigée.

Hormis les exceptions expressément fixées par la loi, aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un fichier de données automatisé, ni diffusé, sous quelque forme que ce soit, sans l'autorisation expresse et préalable et écrite de l'éditeur. Aucun élément de cette publication ne peut être utilisé ou stocké dans une application utilisant l'intelligence artificielle (IA) ou une application comparable, y compris pour l'entraînement d'une application d'IA. L'utilisation (de parties) du contenu de cette publication à des fins d'exploration de textes et de données n'est pas autorisée.

Les auteurs, la rédaction et l'éditeur veillent à la fiabilité des informations publiées, lesquelles ne pourraient toutefois engager leur responsabilité.

L'éditorial exprime une opinion personnelle qui n'engage que son auteur.

Veuillez contacter l'éditeur pour l'exploitation éventuelle d'une licence.

Référence recommandée : *R.G.F.C.P.*

ISSN : 2466-8729

