

Décision anticipée n° 2011.212 du 05.07.2011

05 juillet 2011

Impôt sur les revenus

Plan d'action belge pour l'emploi 1998

Requalification

Option sur actions

Résumé

Tenant compte des modalités prévues en l'espèce visant à éviter que ne découlent des opérations un avantage certain visé par l'article 43, § 8 de la loi du 26.03.1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, une requalification de l'avantage rémunérateur sur la base de l'article 344, § 1er, CIR 92 ou de la simulation, l'avantage résultant de la remise gratuite par une société-employeur (ou société familiale) d'options qu'elle émet sur des actions, à ses employés (ou son gérant) est imposable sur base du forfait instauré à l'article 43, §5 de la loi susvisée.

I. Objet de la demande

La demande porte sur la confirmation que :

1. Pour ce qui concerne le plan d'options sur parts de SICAV :

1.1. les Options émises par des sociétés-employeur, clientes directement ou indirectement du demandeur, sur des actions de SICAV de droit belge ou étranger et qui seront ensuite offertes par ces mêmes sociétés à leurs employés, dirigeants ou collaborateurs dans le cadre d'un Plan d'**Options sur actions** que les sociétés-employeur auront mis en place, seront imposables conformément aux dispositions de la loi du 26 mars 1999 relative au Plan belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses (ci-après « la loi du 26 mars 1999 ») et plus précisément :

1.1.1. Que la possibilité offerte aux Bénéficiaires de céder toutes les Options ou une partie d'entre elles n'aura pas un effet négatif sur le régime d'imposition des Bénéficiaires tenant compte du fait que la cession des Options est soumise à une période de blocage d'un an et peut être faite à tout cessionnaire choisi par le Bénéficiaire à l'exception de la société-employeur ;

1.1.2. Que les Bénéficiaires ne perdront pas le bénéfice de la détermination forfaitaire du montant de l'avantage imposable qui est prévue par le taux de 15% de la valeur des actions déterminée conformément à l'article 43, §4, de la loi du 26 mars 1999, majorée de 1% de ladite valeur par année au-delà de la cinquième année, en raison d'une requalification en rémunération de l'avantage qui est réellement obtenu à cette occasion ;

1.1.3. Que le produit n'accorde pas un avantage certain, qui est imposable comme revenu professionnel dans le chef des Bénéficiaires dans la mesure où il dépasse l'avantage imposé forfaitairement au moment de l'attribution de l'option, au sens de l'article 43, §8, de la loi du 26 mars 1999.

1.2. La demande porte également sur les options « Miroirs » que les Bénéficiaires pourraient acquérir en vue de préfinancer l'impôt dû sur les options qui leur sont offertes dans le cadre du Plan.

2. Pour ce qui concerne le Plan d'options sur parts de SICAV - Société familiale :

2.1. Les Options seront imposées dans le chef du Gérant au moment de l'attribution, sur base du forfait (15% + x en fonction de la durée de l'option) instauré à l'article 43, §5 de la loi du 26 mars 1999.

2.2. Conformément à l'article 42, §2 de la loi du 26 mars 1999, les gains réalisés par le Gérant lors de l'exercice des Options ou lors de la vente de celles-ci, ou lors de la vente des actions sous-jacentes ne seront pas considérés comme un revenu professionnel imposable. Ces gains ne sont pas non plus imposables au titre de revenus divers (article 90,1° du Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après « CIR92 »).

2.3. L'article 43, §8 de la loi du 26 mars 1999 ne sera pas applicable au schéma envisagé.

2.4. Le prix de rachat des Options payé par la Société à l'acquéreur ne pourra faire l'objet d'une requalification en rémunération payée directement ou indirectement au Gérant, ni sur base de la théorie de la simulation ni sur base de la disposition générale anti-abus de droit contenue dans l'article 344, §1er, CIR92.

2.5. En cas de rachat des Options à l'acquéreur par la Société, suivi d'une annulation de celles-ci, le prix de rachat des Options constituera une dépense fiscalement déductible dans le chef de la Société, conformément à l'article 49, CIR92.

2.6. La demande porte également sur les options « Miroirs » que les Bénéficiaires pourraient acquérir en vue de préfinancer l'impôt dû sur les Options qui leur sont offertes dans le cadre du Plan.

3. Pour ce qui concerne les options miroirs :

3.1. L'émission d'Options Miroirs ne peut avoir d'effet négatif sur l'imposition des Options Originaires et que pareille émission n'est pas susceptible de faire perdre aux Options Originaires le bénéfice du taux forfaitaire, réduit ou général, de par l'irrespect de la condition prévoyant l'absence de couverture ou de la condition d'incessibilité.

II. Description des faits

Des informations fournies par vos soins dans le courrier cité en référence, il apparaît que :

4. Le demandeur va développer des produits financiers qui seront commercialisés soit directement par cette entité juridique soit sous l'enseigne d'une banque, d'une compagnie d'assurance ou de tout autre tiers intéressé.

II.A. Plan d'options sur parts de SICAV

5. Le produit que le demandeur souhaite mettre en œuvre et commercialiser avec l'aide de ses partenaires présente les caractéristiques suivantes :

5.1. Emission par la société-employeur d'Options non cotées sur une SICAV de droit belge ou étranger cotée en Belgique ou à l'étranger (ci-après « Options »). Cette SICAV sera une SICAV d'actions et sera benchmarkée sur un indice composé exclusivement d'actions.

5.2. Les Options nominatives seront offertes à titre gratuit aux Bénéficiaires (employés/dirigeants/collaborateurs de la société (ci-après « Bénéficiaires »)) dans le cadre d'un Plan d'Options (ci-après « le Plan ») que la société aura mis en place.

5.3. Les Options seront bloquées, c'est-à-dire non exerçables et incessibles et ne pourront être grevées d'aucune sureté ni mise en gage, pendant les douze premiers mois qui suivent la date de l'offre.

5.4. A l'issue de cette période de blocage, les Bénéficiaires auront la possibilité soit, de céder à tout moment les Options à un tiers acquéreur qui peut être un établissement de crédit ou encore toute autre contrepartie, belge ou étrangère, pour autant qu'elle ne soit pas l'employeur, émetteur des Options sur SICAV, ni une autre société du groupe auquel appartient la société-employeur soit, d'exercer physiquement les Options.

5.5. Le prix d'exercice des Options correspondra, au choix de la société-employeur, au cours de clôture des actions de la SICAV à la veille de l'offre ou à la moyenne établie sur les 30 jours calendriers précédant la date de l'offre, des cours de clôture des actions de la SICAV. Cette valeur sera reprise dans la lettre de l'offre qui sera adressée à chaque Bénéficiaire par la société-employeur.

5.6. Les Options émises seront en principe des Options « bermudiennes » qui ne seront donc pas uniquement exerçables à l'échéance et qui pourront prévoir une ou deux fenêtres d'exercice par an. Tant que les Options n'ont pas été exercées, elles pourront à tout moment être cédées.

5.7. Le Plan stipule que le Bénéficiaire perd ses Options dans les situations suivantes:

5.7.1. Résiliation du contrat de travail pour faute grave.

En cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative de la société-employeur pour faute grave, les Options qui n'auront pas été exercées ou cédées deviendront nulles et sans valeur dans le chef du Bénéficiaire à partir du moment où la résiliation lui est notifiée.

5.7.2. Résiliation du contrat de travail hors faute grave à l'initiative de la société-employeur.

En cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative de la société-employeur, hors faute grave, le Bénéficiaire gardera toutes ses Options mais il devra les exercer ou les céder au plus tard dans les 12 mois à dater de la sortie du Bénéficiaire du payroll de la société-employeur. Si la résiliation a lieu pendant les 12 premiers mois suivant l'offre, ce délai de 12 mois débutera à l'issue de ladite période de blocage. Les Options qui n'auront pas été exercées ou cédées à cette date, seront annulées dans le chef du Bénéficiaire.

5.7.3. Résiliation du contrat de travail hors faute grave à l'initiative du Bénéficiaire.

En cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative du Bénéficiaire, hors faute grave, les options qui n'auront pas été exercées ou cédées deviendront nulles et sans valeur dans le chef du bénéficiaire à partir du moment où la résiliation aura été notifiée par celui-ci à la société-employeur

5.7.4. Décès du Bénéficiaire

En cas de décès du Bénéficiaire, toutes ses Options sont transférées à ses ayants droit. Ces Options pourront être exercées ou cédées par les ayants droit du Bénéficiaire dans les mêmes conditions que celles dont bénéficiait le Bénéficiaire décédé. A défaut d'avoir été exercées avant l'expiration de la période d'exercice, ces Options seront nulles et sans valeur.

5.7.5. Départ à la retraite du Bénéficiaire - Prépension

En cas de départ à la retraite ou en prépension, le Bénéficiaire garde toutes ses Options et il pourra les exercer ou les céder pendant la période d'exercice. A défaut d'avoir été exercées avant l'expiration de la période d'exercice, ces Options seront nulles et sans valeur.

5.8. Afin de couvrir les Options, l'employeur émetteur qui le souhaite pourra acheter une option de couverture OTC sur un sous-jacent ayant des caractéristiques différentes du sous-jacent des Options émises.

Les **options de couverture** diffèrent des Options émises dans le cadre du Plan d'**Options sur actions** dans la mesure où :

5.8.1. Elles n'ont pas le même sous-jacent. Le sous-jacent de l'option de couverture n'est pas livrable alors que l'option émise dans le cadre du plan d'options sur action est livrable. Par ailleurs, le rapport de valeur entre les deux sous-jacents n'est pas constant dans le temps;

5.8.2. Il ne s'agit pas des mêmes émetteurs. En effet, pour l'option de couverture, il s'agit d'un intermédiaire financier dans le cadre de son activité. Pour l'Option, il s'agit de l'employeur dans le cadre de sa relation de travail avec le Bénéficiaire ;

5.8.3. En cas d'exercice, les **Options de couverture** donnent droit à un cash settlement alors que les Options donnent droit à une livraison physique des actions ;

5.8.4. L'option de couverture peut être de type européen tandis que l'option offerte peut être de type bermudien.

5.9. La couverture de l'entreprise offrante ne sera donc pas parfaite puisque l'évolution de ces sous-jacents peut diverger. En effet, l'objectif de performance de ce type de SICAV est de faire mieux que son benchmark et pour ce faire, le gestionnaire de la SICAV va pondérer ses actifs de façon différente du benchmark. Il en ressort une déviation de performance de la SICAV par rapport à son benchmark.

II.B. Plan d'options sur parts de SICAV - Société familiale

6. Ce volet porte sur le traitement fiscal de l'attribution d'un plan d'**options sur actions** par une société familiale (« la Société ») à son gérant (« le Gérant »).

7. Le produit que le demandeur souhaite mettre en œuvre et commercialiser avec l'aide de ses partenaires présente les caractéristiques suivantes :

7.1. La Société émettrait des Options « at the money^[1] » (ci-après les « Options ») sur un nombre déterminé d'actions d'une ou plusieurs sociétés, cotées en bourse en Belgique ou à l'étranger (ci-après : « les Actions Sous-Jacentes »). Les Options porteront soit sur un nombre déterminé d'actions d'une société

déterminée ou alors il s'agira de plusieurs Options, portant chacune sur les actions d'une société déterminée.

Les Options émises et attribuées par la Société seront donc des Options sur des actions de sociétés, et non des Options sur un indice.

En cas d'Options sur les actions d'une SICAV, il s'agira d'une SICAV investissant principalement ou exclusivement en actions (et pas en obligations), sans garantie de performance ;

7.2. Ces Options seraient immédiatement offertes^[2] au Gérant (ayant un statut d'indépendant en matière de sécurité sociale), en rémunération de son activité au sein de la Société;

7.3. L'offre prendrait la forme d'un écrit daté, envoyé par recommandé ou par mail avec accusé de réception. Le Gérant accepterait cette offre par écrit (également par envoi recommandé ou par mail avec accusé de réception), dans le délai de 60 jours suivant la notification de l'offre ;

7.4. Elles seraient exerçables dès le 1er anniversaire de l'offre, à tout moment jusqu'à leur date d'expiration ;

7.5. Du vivant du Gérant, les Options seraient cessibles par ce dernier à toute personne physique ou morale intéressée (à l'exception de la Société elle-même ou d'une société liée), à titre gratuit ou à titre onéreux, au plus tôt le premier anniversaire de l'offre. Au cours de cette période, le Bénéficiaire pourrait céder ses Options à tout moment ;

7.6. Le Gérant ne serait autorisé à exercer ou à vendre ses Options que si au moins les deux conditions suivantes sont remplies :

7.6.1. le chiffre d'affaires réalisé par la Société au cours de la période de blocage d'un an n'est pas inférieur à 50% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice fiscal précédant ;

ET

7.6.2. la rémunération (telle que définie dans le Code des impôts sur les revenus) payée par la Société au gérant au cours de la période d'un an qui suit l'offre n'est pas inférieure à 100% de la rémunération annuelle moyenne qui lui a été payée cours de la période de 36 mois précédant la notification de l'offre des Options et/ou au cours de la période échue entre la création de la société et la notification de l'offre des Options, si cette période est inférieure à 36 mois;

A défaut, les Options seront définitivement perdues à l'issue de la période de blocage d'un an ;

7.7. En cas de vente des Options par le Gérant (à toute personne intéressée), une convention serait conclue entre l'acquéreur et la Société permettant à cette dernière de racheter les Options, au plus tôt le 30ème jour suivant la vente, à un prix correspondant à la valeur réelle des Options au moment du rachat par la Société. La Société qui ferait usage de cette faculté annulerait ensuite immédiatement les Options^[3] ;

7.8. En cas de décès du Gérant, les Options seraient immédiatement transmissibles à ses héritiers et ces derniers pourraient les exercer ou les céder immédiatement ;

7.9. En cas de vente des Options par le Gérant, le prix payé par l'acquéreur devra correspondre à leur valeur de marché réelle au moment de la vente, dont la réalité pourra être démontrée (utilisation d'un modèle de valorisation reconnu) ;

7.10. En cas de rachat des Options à l'acquéreur par la Société, le prix payé par la Société devra correspondre à leur valeur de marché réelle au moment du rachat, dont la réalité devra pouvoir être démontrée (utilisation d'un modèle de valorisation reconnu) ;

7.11. Les bénéficiaires auront la possibilité de préfinancer l'impôt dû en ayant recours au produit des options « Miroirs », dont il est question ci-après ;

7.12. La Société se couvrira ou ne se couvrira pas contre le risque résultant de l'émission des Options;

La Société pourra se couvrir en achetant à un intermédiaire financier des Options portant sur les actions sous-jacentes des Options attribuées au Gérant ou des Options sur un indice boursier si les actions sous-jacentes tracent un indice boursier.

Cet achat d'**Options de couverture** pourra avoir lieu au moment de l'attribution des Options au Gérant ou, éventuellement, avoir lieu ultérieurement (par exemple, en fonction des liquidités disponibles au sein de la Société ou, si après l'écoulement d'une période de quelques mois pendant laquelle les Options attribuées sont demeurées "out of the money", le cours de l'action sous-jacente commence à monter).

En cas d'achat d'**Options de couverture**, le demandeur veillera à ce que les **Options de couverture** présentent des caractéristiques différentes de celles des Options offertes au Gérant par la Société. En cas d'attribution d'Options portant sur une part de SICAV "traçant" un indice boursier, l'option de couverture portera sur l'indice de référence et non sur la part de la SICAV elle-même. Dans les autres cas (Options portant sur des actions de sociétés cotées individuelles), le prix d'exercice de l'option de couverture ou sa maturité différeront d'au moins 5% de ceux de l'option attribuée par la Société. Le prix des **Options de couverture** évoluera donc de manière différente de celui des Options attribuées par la Société à son Gérant.

7.13. Bien que, juridiquement, le Gérant puisse exercer ou vendre ses Options à un tiers, le demandeur se limite à étudier les conséquences fiscales résultant d'une vente des Options par le Gérant à un acquéreur, suivi, au minimum 30 jours plus tard, d'un rachat des Options à l'acquéreur par la Société^[4].

II.C. Les options miroirs

8. La société employeur (ci-après « la Société ») attribue des **options sur actions** à ses dirigeants dans le cadre d'un plan émis par la société. Ce plan d'options sur action peut porter soit sur les actions propres de la société ou celles de sa société mère, soit sur des actions tierces comme des Sicav de droit belge ou étranger cotées en Belgique ou à l'étranger. Dans le premier cas de figure (plan d'**options sur actions** propres), le taux de taxation forfaitaire réduit (7,5% pour des options de 5 ans + 0,5% par année supplémentaire) sera applicable alors que pour les plans d'options sur parts de Sicav, c'est le taux de taxation forfaitaire général qui s'applique (15% pour des options de 5 ans + 1% par année au-delà de 5 ans).

9. Plan d'**options sur actions** de la société employeur ou parente de celle-ci :

Prenons l'hypothèse suivante : la société X attribue 100 **options sur actions** à son employé Monsieur Y qui accepte. La valeur de l'action sous-jacente au moment de l'attribution des options sur action est de 100 € tout comme leur prix d'exercice. Pour autant que les conditions soient respectées et que la durée de l'option ne dépasse pas 5 ans, la charge d'impôt dont devra s'acquitter immédiatement le travailleur est égale à $€100 \times 7,5 \% \times 53 \%$ (taux marginal d'imposition) = 3,975€ par option. En conséquence, étant donné que Monsieur Y a reçu 100 options, la charge fiscale globale qu'il devra supporter s'élève à $100 \times 3,975 = 397,5€$.

10. Plan d'**options sur actions** tierces :

Prenons l'hypothèse suivante : la société X attribue 100 **options sur actions** à son employé Monsieur Y qui accepte. La valeur de l'action sous-jacente au moment de l'attribution des options sur action est de 100 € tout comme leur prix d'exercice. Pour autant que les conditions soient respectées et que la durée de l'option ne dépasse pas 5 ans, la charge d'impôt dont devra s'acquitter immédiatement le travailleur est égale à $€100 \times 15 \% \times 53 \%$ (taux marginal d'imposition) = 7,95€ par option. En conséquence, étant donné que Monsieur Y a reçu 100 options, la charge fiscale globale qu'il devra supporter s'élève à $100 \times 7,95 = 795€$.

11. Dans un cas comme dans l'autre, pour permettre au bénéficiaire (ci-après « le Bénéficiaire ») d'options de financer l'impôt, celui-ci va créer, à titre personnel, de nouvelles options appelées « options miroirs » (ci-après « Options Miroirs »). Le demandeur et/ou ses partenaires vont les lui acheter et le montant de la prime payée par le demandeur et/ou ses partenaires permettra au travailleur de payer l'impôt lié à l'attribution des options par la Société en évitant ainsi le recours à tout endettement. Le prix payé par le demandeur et/ou ses partenaires prendra en considération la valeur financière des options, valeur établie par exemple par des modèles mathématiques de type Black and Scholes. Cette formule dépend de la durée des options, de la volatilité du titre, du prix d'exercice de l'option, du taux d'intérêt en vigueur, etc. Par rapport à cette formule mathématique, le demandeur et/ou ses partenaires appliqueront une décote pour tenir compte du caractère conditionnel des options offertes dans le cadre d'un Stock Option Plan et du risque crédit pris sur le Bénéficiaire d'options, personne physique. Par cette opération, le demandeur et/ou ses partenaires deviennent propriétaires d'Options Miroirs émises par une personne physique.

12. Le demandeur et/ou ses partenaires limitent leurs achats au nombre d'Options Miroirs nécessaires pour couvrir l'impôt dû par le Bénéficiaire des options originaires.

13. Les seuls instruments financiers qui sont en jeu dans ce type d'opération sont des **options sur actions** et plus particulièrement, des options d'achat. A cet égard, il y a lieu de distinguer très nettement les options reçues par l'employé (ci-après "Options Originaires") des options achetées par le demandeur et/ou ses partenaires (ci-après "Options Miroirs").

14. Les Options Originaires :

14.1. Les Options Originaires sont les **options sur actions** attribuées gratuitement par la Société émettrice, dans le cadre d'un plan d'**options sur actions**, à des Bénéficiaires. Ces Options Originaires constituent, dans le chef du Bénéficiaire, un avantage de toute nature imposable en vertu de l'article 42 de la loi du 26 mars 1999. Dans le cadre d'un plan d'**options sur actions**, la Société émettrice s'engage, vis-à-vis d'un Bénéficiaire :

14.1.1. soit à lui céder (option d'achat), à un prix déterminé et dans un délai déterminé, un nombre déterminé d'actions de son capital social ou du capital social de la société dont elle est considérée, de manière irréfutable, être une filiale au sens de la législation comptable ;

14.1.2. soit à lui permettre de souscrire, dans les mêmes conditions, à une option de capital (option de souscription) ;

14.1.3. soit à lui céder (option d'achat), à un prix déterminé et dans un délai déterminé, un nombre déterminé de parts de Sicav de droit belge ou étranger cotée en bourse en Belgique ou à l'étranger. Cette Sicav sera une Sicav d'actions et sera benchmarkée sur un indice composé principalement d'actions.

14.2. Dans un tel contexte, les Options Originaires n'existent qu'en raison du lien contractuel qui lie le Bénéficiaire et la Société émettrice. Ce caractère rémunérateur génère une série de restrictions contractuelles - reprises dans le plan - qui limitent les droits du Bénéficiaire. Par exemples : les options sont nominatives; elles sont parfois exerçables à concurrence d'un certain pourcentage par an; en cas de démission et de licenciement pour faute grave dans le chef de l'employé, elles sont annulées; en cas de licenciement pour autre cause et retraite, elles subsistent proportionnellement au nombre de mois prestés par l'employé dans l'entreprise; en cas de décès ou d'invalidité, elles continuent à exister pleinement pour toute leur durée.

14.3. A ces conditions restrictives indissociables de la relation contractuelle viennent encore s'ajouter les conditions permettant d'obtenir, le cas échéant, le taux préférentiel à savoir : la période de blocage, le prix d'exercice déterminé, etc.

14.4. Le Bénéficiaire qui reçoit une option originaire de la société émettrice court les risques de marché. La valeur de l'option sera guidée par le cours de l'action, sa durée résiduelle et par son prix d'exercice.

15. Les Options Miroirs :

15.1. L'Option Miroir est un instrument financier "classique" par lequel le demandeur et/ou ses partenaires acquièrent le droit, par le paiement d'une prime, d'acheter - pour une durée déterminée - un actif financier à un prix préalablement déterminé. L'émetteur, à savoir un client du demandeur et/ou de ses partenaires s'engage quant à lui à livrer, lors de l'exercice de l'option par le demandeur et/ou ses partenaires, l'actif financier pour le prix d'exercice convenu ou le complément de la valeur de remplacement de cet actif financier (cash settlement).

15.2. Le Bénéficiaire d'une Option Originale doit payer l'impôt et ce en prélevant une somme dans son patrimoine, en empruntant auprès d'un établissement financier ou encore, en émettant des Options Miroirs. De même, la prime, qu'il aura reçue en contrepartie de l'émission de l'option, sera versée par le demandeur et/ou ses partenaires au crédit de son compte bancaire individuel. Le Bénéficiaire de ce compte pourra librement décider de l'affectation de cette prime, que ce soit pour : le paiement de l'impôt dû par ailleurs dans le cadre de l'acceptation d'un plan d'**options sur actions** de l'entreprise, le paiement de vacances ou encore, l'achat d'un portefeuille de titres diversifiés. En conséquence, en émettant cet instrument financier, la personne physique accomplit un acte qui relève de la gestion de son patrimoine privé.

15.3. L'Option Miroir a des caractéristiques propres qui sont différentes de celles des Options Originaires. Aucune des restrictions liées au contrat d'emploi ne se retrouvent dans l'Option Miroir. Par conséquent, en cas de licenciement, démission, décès ou retraite du Bénéficiaire, même si les Options Originaires disparaissent, les Options Miroirs continuent à exister pour toute leur durée et les droits du demandeur et/ou de ses partenaires ne sont en rien modifiés par ces événements.

15.4. Tous les éléments des 2 types d'options sont distincts et varient de plan à plan. Seuls 3 éléments sont similaires et ce, dans le but de limiter les risques rédhibitoires dans le chef de l'émetteur des Options Miroirs : l'actif financier sous-jacent, le prix d'exercice et la date d'échéance.

16. L'émission des Options Miroirs n'a aucun impact sur les droits et obligations respectifs de la Société émettrice et du Bénéficiaire concernant les Options Originaires : c'est le Bénéficiaire qui décide librement du moment où il exerce tout ou partie des Options Originaires qu'il a reçues et ce, dans le strict respect des conditions du plan d'options de la Société émettrice.

17. L'émission d'une Option Miroir est une opération classique qui fait naître des droits et obligations entre une personne physique cliente et un intermédiaire financier. Ce type d'opération peut être fait indépendamment de l'existence ou non d'Options Originaires. Dans cette relation contractuelle, c'est l'intermédiaire financier qui décide à quel moment et de quelle manière il va exercer tout ou partie des Options Miroirs dont il est titulaire.

18. Comme énoncé ci-avant, le prix d'exercice des 2 types d'options sera toujours le même. Le calcul du prix de l'Option Miroir sera fait en tenant compte de différents éléments, dont : le cours de l'action au moment de l'émission de l'Option Miroir, la volatilité du titre, la durée de l'option, le prix d'exercice de

l'option, les taux d'intérêts, etc.

19. Ces différents éléments seront entre autres intégrés dans un modèle mathématique de valorisation comme par exemple le modèle dit "Black and Scholes". Le résultat de cette formule mathématique ne donne pas une valorisation exacte parce que les options sont illiquides, qu'elles n'ont pas de marché organisé, qu'elles sont de trop longue durée, etc.

20. La Société émettrice des options ne joue aucun rôle, qu'il soit direct ou indirect, dans le mécanisme des Options Miroirs. Dans la plupart des cas, les employeurs ne savent même pas que leurs employés ont émis des Options Miroirs. En effet, les clients contactent personnellement le demandeur et/ou ses partenaires et vice versa. Si un client adhère au produit financier des Options Miroirs, les 2 parties signent un contrat bilatéral dont elles sont seules informées.

III. Décision

III.A. Plan d'options sur parts de SICAV

III.A.1. Quant à la cessibilité des options après une période de blocage d'un an et l'application de la loi du 26 mars 1999

21. La cessibilité des options octroyées dans le cadre d'un plan d'**options sur actions** ne fait pas obstacle à l'application de la loi du 26 mars 1999.

22. Elle peut néanmoins être de nature à créer un avantage certain au sens de l'article 43, §8 de la loi du 26 mars 1999 voire constituer un élément, qui, lorsqu'il est situé dans un faisceau concordant d'autres éléments, peut conduire à l'application de l'article 344, § 1er, CIR92 ou révéler une simulation portant sur la nature (avantage de toute nature sous la forme d'option ou avantage en argent) du revenu professionnel accordé au bénéficiaire.

23. Dans l'une des trois hypothèses mentionnées au point 22, la valorisation forfaitaire prévue à l'article 43, §§ 3 et 4 de la loi du 26 mars 1999 ne pourrait pas être invoquée.

24. De la seule description des prestations de service liées à la mise en place d'un plan d'**options sur actions** reprise dans la présente décision, il ne peut résulter un avantage certain au sens de l'article 43, §8 de la loi du 26 mars 1999 ou une requalification de l'avantage rémunérateur sur la base de l'article 344, § 1er, CIR92 ou de la simulation.

Cette conclusion repose essentiellement sur les éléments suivants :

24.1. la valeur des options et des actions de SICAV sous-jacentes est effectivement soumise au risque de marché pendant la période de blocage et pendant la durée d'exercice des options, en ce sens que la valeur est susceptible de varier positivement ou négativement pendant cette période;

24.2. une période de blocage d'un an ;

24.3. l'employeur ne peut se porter acquéreur des options ni une autre société du groupe auquel appartient la société qui offre le plan d'option à l'exception de ce qui est dit au point 26.6 ;

24.4. la présence d'une condition résolutoire en cas de licenciement pour faute grave ou en cas de départ volontaire de l'employé ;

24.5. chaque bénéficiaire assume l'entière responsabilité des risques liés à l'acceptation des options et ne sera en aucun cas remboursé de l'impôt supporté suite à l'attribution des options, ni par la société qui a offert les options ni par une société du groupe auquel elle appartient ; le bénéficiaire pourra néanmoins préfinancer exclusivement l'impôt dû, par l'intermédiaire d'options miroirs acquises par le demandeur et/ou ses partenaires (et émises par le bénéficiaire).

25. Un usage impropre par la société-employeur des services fournis par le demandeur et/ou ses partenaires quant à la mise sur pied d'un plan d'**options sur actions** pourrait néanmoins entraîner l'application de l'article 344, §1er CIR92 ou révéler une opération simulée entraînant la taxation de l'avantage rémunérateur sur la base de la valeur réelle que cet avantage a dans le chef du bénéficiaire (articles 25, 26, 31, 32 et 36 du CIR92).

26. Tel pourrait être le cas par exemple si :

26.1. les **options sur actions** sont octroyées en remplacement d'une rémunération ou d'un autre avantage rémunérateur en violation de la hiérarchie des sources de droit prévue par l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 relative aux conventions collectives et aux commissions paritaires ;

26.2. les **options sur actions** sont octroyées en remplacement d'une rémunération ou d'un autre avantage rémunérateur auquel le travailleur a droit (que ce droit découle d'une convention collective de travail, d'une convention individuelle, d'une norme supérieure de droit social, de l'usage ou de l'engagement unilatéral de l'employeur) et au paiement duquel le travailleur a renoncé à un moment où la rémunération ou l'avantage rémunérateur est effectivement dû (et n'est donc plus librement négociable entre parties);

26.3. en tout ou en partie, la rémunération de base mensuelle (fixe ou variable), le pécule de vacances ou la prime de fin d'année correspondant au 13ème mois est remplacé par un plan d'option sur actions ;

26.4. pour les nouveaux contrats, en tout ou en partie, la rémunération de base mensuelle (fixe ou variable), le pécule de vacances ou la prime de fin d'année correspondant au 13ème mois qui est habituellement appliqué au sein de l'entreprise pour la catégorie de personnel concernée est remplacé

par un plan d'option sur actions.

26.5. l'octroi des options était disproportionné (de par leur montant et leur répétition) par rapport aux rémunérations habituellement octroyées.

26.6. les options, après avoir été cédées au demandeur et/ou ses partenaires ou tout autre cessionnaire, étaient rétrocédées (en tout ou en partie) à la société-employeur (ou à une société du groupe auquel appartient la société-employeur), sauf si les conditions suivantes sont respectées à l'occasion de cette rétrocession :

26.6.1. un délai minimum d'un mois devra s'écouler entre la cession initiale et la rétrocession ;

26.6.2. aucun engagement quant au prix de cession des options ne pourra être conclu par la société-employeur (ou par la société du groupe auquel appartient la société-employeur selon le cas), le prix de cession étant déterminé par les conditions du marché au moment de la cession ;

26.6.3. un tel engagement quant au prix de cession ne pourra être conclu de manière indirecte par la société-employeur (ou par la société du groupe auquel appartient la société-employeur selon le cas) quant aux **options de couverture** que celle-ci aurait acquises dans le cadre du plan d'**options sur actions**.

26.7. des options sont offertes à une personne à qui son employeur a notifié un licenciement.

27. Dès lors, outre les modalités d'attribution, de cession et d'exercice des options, les circonstances de fait telles que la répétition et la fréquence des opérations, le montant élevé des avantages, l'identité d'intérêts entre la société qui offre les options et le bénéficiaire, sont autant d'éléments à apprécier au cas par cas et qui sont de nature à entraîner une taxation des avantages sur la base des dispositions des articles 25, 26, 31, 32 et 36 du CIR 92, de sorte que le SDA invite le demandeur :

27.1. à veiller à ce que le produit financier qu'elle offrira aux sociétés-employeurs, en vue de leur permettre d'émettre des options conformément à ce qui précède, ne contribue pas à la mise en place d'un mécanisme particulier (au sens de l'article 57, § 3 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et au sens de l'article 46-6 de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers) ayant pour but ou pour effet de favoriser la fraude fiscale par ces sociétés au moyen des plans qu'elles proposeront aux bénéficiaires et, de façon générale, ne fasse l'objet d'un usage impropre (voir ci-dessus points 25 et 26) ;

27.2. à mettre la société-employeur en garde des conséquences de l'usage impropre des services fournis par le demandeur et/ou ses partenaires quant à la mise sur pied d'un plan d'options tel que décrit ci-dessus ;

27.3. à demander à la société-employeur d'informer leur conseil d'entreprise (pour autant qu'elle en ait un) de la mise en place d'un plan s'adressant à l'ensemble des travailleurs de cette société.

28. D'autre part, si la société-employeur souhaite bénéficier pleinement de la sécurité juridique prévue par la loi du 24 décembre 2002 quant à la réserve émise au point 25, elle ne pourra l'obtenir que si elle introduit une demande de décision anticipée dans les formes prévues par cette loi.

III.A.2. Quant à l'application de l'article 43, §§ 3 et 4 de la loi du 26 mars 1999

29. La question consiste à savoir si l'avantage rémunérateur est fixé forfaitairement à un pourcentage (15% + x% en fonction de la durée de l'option) de la valeur de l'action sous-jacente (article 43, §§ 3 et 4 de la loi du 26 mars 1999) ou si, au contraire, il doit être fixé, en application de l'article 43, § 2 de la loi, au dernier cours de clôture de l'option qui précède le jour de l'offre.

30. Les options qui seront émises par la société-employeur avec l'aide du demandeur et/ou de ses partenaires ne constituent pas des options cotées ou négociées en bourse dès lors qu'elles ne sont pas offertes sur un marché ouvert régulièrement actif au sens de l'article 41, 5° de la loi du 26 mars 1999. Elles n'entrent dès lors pas directement dans le champ d'application de l'article 43, § 2 de la loi.

31. Elles pourraient néanmoins, de par l'application combinée des articles 344, §1er, CIR92 et de l'article 43, §2 de la loi, être valorisées au dernier cours de clôture de l'option de couverture qui précède le jour de l'offre si cette option de couverture est une option cotée ou négociée en bourse au sens de l'article 41, 5° de la loi et si cette option de couverture offre des similitudes importantes avec l'option émise par la société-employeur. L'acquisition de l'option de couverture auprès du demandeur et/ou ses partenaires par la société-employeur en tant que « couverture » et non en tant qu'option offerte dans le cadre du plan d' **options sur actions** n'aurait alors pour seul but d'éviter l'impôt, à savoir la taxation de la différence entre la valorisation forfaitaire et la valorisation réelle des options offertes.

32. En l'espèce, il ressort du descriptif des **options de couverture** que le rapport entre les deux sous-jacents peut évoluer différemment.

33. De plus, les options présentent des caractéristiques différentes qui peuvent être de nature à influencer le prix de celle-ci à savoir :

33.1. Elles n'ont pas le même sous-jacent. Le sous-jacent de l'option de couverture n'est pas livrable alors que celui de l'Option émise dans le cadre du Plan d'options sur action est livrable. Par ailleurs, le rapport de valeur entre les deux sous-jacents n'est pas constant dans le temps ;

33.2. Il ne s'agit pas des mêmes émetteurs. En effet, pour l'option de couverture, il s'agit d'un intermédiaire financier dans le cadre de son activité. Pour l'Option, il s'agit de l'employeur dans le cadre de sa relation de travail avec le Bénéficiaire ;

33.3. En cas d'exercice, les **options de couverture** donnent droit à un cash settlement alors que les Options donnent droit à une livraison physique des actions ;

33.4. L'option de couverture peut être de type européen tandis que l'Option offerte peut être de type bermudien.

34. De ces éléments essentiels, il ressort que les deux options offrent des différences suffisantes pour ne pas susciter une application combinée des articles 344, §1er, CIR92 et de l'article 43, §2 de la loi du 26 mars 1999.

III.A.3. Quant à l'application de l'article 43, § 8 de la loi du 26 mars 1999

35. Il est renvoyé au titre 0.

III.B. Plan d'options sur parts de SICAV - Société familiale

III.B.1. Question visée au point 2.1 ci-dessus

36. L'article 41 de la Loi détermine le champ d'application de celle-ci en ces termes :

« Pour l'application de la présente sous-section, on entend par :

1° société : toute société belge ou étrangère dotée de la personnalité juridique ;

2° action : toute action, part ou part bénéficiaire d'une société ;

3° option : 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 ;

4° offre : l'offre d'option datée et notifiée par écrit au bénéficiaire ;

5° bourse : tout marché réglementé ou autre marché ouvert régulièrement actif. »

37. Compte tenu de ces définitions et des caractéristiques des options reprises sous le point 7, il peut être confirmé que les options émises par la Société entrent dans le champ d'application de la Loi.

38. Concernant la valorisation de l'avantage imposable résultant de l'attribution des options au Gérant, une application combinée des articles 344, § 1er, CIR92 et de l'article 43, § 2 de la Loi, permettrait à celle-ci d'être valorisée au dernier cours de clôture de l'option de couverture qui précède le jour de l'offre si cette

option de couverture est une option cotée ou négociée en bourse au sens de l'article 41, 5° de la Loi et si cette option de couverture offre des similitudes importantes avec l'option émise par la Société. L'acquisition de l'option de couverture auprès du demandeur et/ou ses partenaires par la Société en tant que « couverture » et non en tant qu'option offerte dans le cadre du plan d'**options sur actions** n'aurait alors pour seul but d'éviter l'impôt, à savoir la taxation de la différence entre la valorisation forfaitaire et la valorisation réelle des options offertes.

39. En l'espèce, le demandeur indique (voir point 7.12 ci-dessus) que les **options de couverture** présenteront des caractéristiques différentes de celles des options offertes au Gérant par la Société.

40. Si tel est effectivement le cas, les options offertes au Gérant par la Société n'étant pas cotées ou négociées en bourse au sens donné à ce terme par la Loi, l'avantage imposable sera déterminé de manière forfaitaire conformément à l'article 43, § 5 de la Loi.

41. Le demandeur et ses partenaires devront tenir à la disposition du SPF Finances les éléments permettant de procéder à la vérification de cette question.

III.B.2. Question visée au point 2.2 ci-dessus

42. L'article 42, § 2 de la Loi prévoit que :

« Lorsqu'il s'agit d'options ou d'actions non affectées par le bénéficiaire à l'exercice de son activité professionnelle, les avantages obtenus en raison ou à l'occasion de l'aliénation d'une option, de l'exercice de celle-ci ou de l'aliénation des actions acquises par l'effet de cet exercice ne constituent pas des revenus professionnels imposables ».

43. L'option fera en l'espèce partie du patrimoine privé du bénéficiaire de sorte qu'une imposition ultérieure de ces avantages au titre de revenus professionnels ou au titre de revenus divers, sur la base de l'article 90,1°, CIR92, est exclue.

III.B.3. Questions visées aux points 2.3 et 2.4 ci-dessus

44. La cessibilité des options octroyées par la Société à son Gérant dans le cadre du plan d'**options sur actions** ne fait pas obstacle à l'application de la Loi.

45. Elle peut néanmoins être de nature à créer un avantage certain au sens de l'article 43, § 8 de la loi du 26 mars 1999 voire constituer un élément, qui, lorsqu'il est situé dans un faisceau concordant d'autres éléments, peut conduire à l'application de l'article 344, § 1er, CIR92 ou révéler une simulation portant sur la nature (avantage de toute nature sous la forme d'option ou avantage en argent) du revenu professionnel accordé au bénéficiaire.

46. Il ressort de la demande qu'il ne peut résulter un avantage certain au sens de l'article 43, § 8, CIR92 ou une requalification de l'avantage rémunérateur sur la base de l'article 344, § 1er, CIR92 ou de la simulation et cela plus particulièrement au vu des éléments suivants :

46.1. la valeur des options et des actions sous-jacentes est effectivement soumise au risque de marché pendant la période de blocage et pendant la durée d'exercice des options, en ce sens que la valeur est susceptible de varier positivement ou négativement pendant cette période ;

46.2. les options sont soumises à une période de blocage d'un an ;

46.3. Le Gérant ne peut céder ses options directement ni à la Société qui offre le plan d'option, ni à une autre société liée ;

46.4. aucun avantage n'est garanti au Bénéficiaire, celui-ci encourt le risque d'être privé du droit d'exercer ou de vendre ses options, si les conditions prescrites dans le Plan relative au chiffre d'affaires de la Société ou à sa rémunération (voir point 7.6 ci-dessus) ne sont pas remplies ;

46.5. le Gérant est soumis au risque de marché (évolution de la valeur de l'action sous-jacente et des autres paramètres influençant la valeur de ses options) pendant une période d'au moins un an prenant cours le jour de l'offre. Il est parfaitement possible qu'après l'écoulement de cette période, le prix de marché des options soit inférieur au montant de l'avantage imposé lors de l'attribution des options, voire que les options n'aient plus aucune valeur (en cas de faillite de la société dont les actions sont le sous-jacent, voire de faillite de la Société offrante des options).

46.6. En cas de vente des options par le Gérant (à toute personne intéressée), un délai de minimum 30 jours suivant la vente devra s'écouler avant que la Société ne puisse racheter les actions à l'acquéreur. Dans cette hypothèse ;

46.6.1. le prix payé par l'acquéreur au Gérant devra correspondre à la valeur réelle des options au moment de la vente ;

46.6.2. le prix payé par la Société lors du rachat des options à l'acquéreur devra correspondre à la valeur réelle des options au moment du rachat.

46.7. La Société informera par courrier le contrôle des contributions dont elle relève de l'acceptation des options par le Gérant dans un délai de 15 jours suivant l'expiration d'un délai de 60 jours suivant le jour de l'offre ;

46.8. A priori, le demandeur et/ou ses partenaires n'excluent pas de permettre aux bénéficiaires de financer l'impôt dû à raison des options reçues en leur achetant des options miroir (émises par les bénéficiaires). Le demandeur et/ou ses partenaires s'engagent, toutefois, à ne pas acheter d'options miroir

au gérant pour une contre-valeur excédant le montant de l'impôt dû à raison des options attribuées par la société de management au gérant.

47. Néanmoins l'octroi disproportionné d'**options sur actions** (de par leur montant et leur répétition) par rapport aux rémunérations habituellement octroyées pourrait entraîner l'application de l'article 344, § 1er, CIR92 ou révéler une opération simulée entraînant la taxation de l'avantage rémunératoire sur la base de la valeur réelle que cet avantage a dans le chef du bénéficiaire.

III.B.4. Question visée au point 2.5 ci-dessus

48. En vertu de l'article 49, CIR92 sont déductibles au titre de frais professionnels « *les frais que le contribuable a faits ou supportés pendant la période imposable en vue d'acquérir ou de conserver les revenus imposables* ».

1. Indemnité versée au titulaire de l'Option en cas de rachat

49. En l'espèce, l'indemnité payée au titulaire de l'Option, en ca