

11.4. Options sur actions : que reste-t-il du 'cadeau de Saint-Nicolas' ?

L'Administration a publié le 13 avril dernier un nouvel avis sur l'attribution d'options sur actions à des dirigeants d'entreprise qui exercent leur activité au travers d'une société de management (circulaire 2017/C/21; voyez déjà brièvement, Fisco. n°1518, p. 10). Fait particulier, ce nouveau point de vue est la conséquence directe de l'intervention du ministre des Finances en réaction à des informations erronées parues dans les médias.

De quoi s'agit-il ?

Lorsqu'une société souhaite octroyer aux collaborateurs et managers un incitant sous la forme d'options sur actions, la question se pose systématiquement de savoir comment l'attribution de ces options s'organise pour des managers qui exercent leur activité professionnelle par le biais d'une société de management. En théorie, il y a deux possibilités :

Attribution à la société de management

Une première possibilité consiste à attribuer les options à la société de management, puisque c'est elle qui a conclu la convention de gestion avec la société 'donneur d'ordre' et que c'est cette convention de gestion qui justifie en principe pourquoi les options sont attribuées. La valeur réelle des options constitue un bénéfice imposable pour la société de management. Toutefois, si la société de management, à son tour, attribue immédiatement des options à son dirigeant d'entreprise, à des conditions identiques à celles applicables aux options qu'elle a elle-même reçues, il n'y a pas de taxation effective à sa charge : l'attribution gratuite des options donne lieu à une moins-value déductible dans son chef. Il s'agit, autrement dit, d'une rémunération dont le montant est identique à la valeur réelle pour laquelle ces options ont été comptabilisées et imposées.

Par contre, la loi sur les options sur actions peut être appliquée dans le chef du dirigeant d'entreprise. Pour les options sur actions non cotées en bourse, on procède, lors de l'attribution, à une évaluation forfaitaire égale à un pourcentage déterminé de la valeur des actions sous-jacentes. Ce taux est de 18 % pour les options de 5 ans au plus (majoré de 1 % par année ou partie d'année au-delà du délai de 5 ans). Mais il est réduit à 9 % (et à 0,5 %) sous certaines conditions. Il faut notamment que l'option porte soit sur des actions de la société "au profit de laquelle l'activité professionnelle [du bénéficiaire de l'option] est exercée", soit sur des actions d'une autre société "qui a dans la première une participation directe ou indirecte" (au sens de la législation comptable).

Lorsque le seul lien entre le dirigeant d'entreprise et la société 'donneur d'ordre' consiste dans le fait qu'il est dirigeant de la société de management, il n'est nullement question d'une activité professionnelle exercée par le dirigeant d'entreprise auprès de la société 'donneur d'ordre'. En principe, les taux réduits de moitié ne sont donc pas applicables.

Attribution directement au dirigeant d'entreprise

La situation est différente lorsque la société de management est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, du conseil de direction ou du conseil de surveillance. Dans ce cas, la société de management doit, conformément à l'article 61, § 2 du code des sociétés, désigner un "représentant permanent" chargé de l'exécution de la mission au nom et pour le compte de la société de management (dans le cas d'une SPRL unipersonnelle, il s'agira en pratique de son dirigeant d'entreprise). Ce "représentant permanent" est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales *que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre*. Il a déjà été décidé, sur base de ces éléments, que pareil "représentant permanent" doit être considéré fiscalement comme un dirigeant d'entreprise de la société 'donneur d'ordre' (Q.R., Chambre, 2008-2009, n° 52-46, p. 28, Fisco. n° 1162, p. 19 en ce qui concerne la requalification des revenus locatifs; voyez aussi dans le même sens, Trib. Louvain, 15 janvier 2016 en ce qui concerne les intérêts des avances productives d'intérêts, Fisco. n° 1486, p. 10; et Anvers, 28 juin 2016 en ce qui concerne le régime de responsabilité en matière de TVA pour les administrateurs, Fisco. n° 1486, p. 10; contra : Trib. Namur, 19 janvier 2017 en ce qui concerne les fonctions analogues, Fisco. n° 1513, p. 7).

Dans l'hypothèse où l'assimilation d'un représentant permanent à un dirigeant d'entreprise est acceptée, il existe, tant sur le plan du droit des sociétés que sur le plan fiscal, un lien direct entre le dirigeant d'entreprise et la société 'donneur d'ordre', de sorte que les conditions pour l'application des taux réduits sont - selon nous - remplies.

Cette analyse avait déjà été adoptée par l'Administration centrale en 2007 et a par la suite été confirmée plusieurs fois. Dans une décision largement motivée de 2014, l'Administration centrale a confirmé une nouvelle fois que les taux réduits sont d'application dans le chef du "représentant permanent", mais elle a également souligné que les taux normaux sont applicables dans le chef des autres gérants de sociétés de management. Ces décisions nous semblent constituer une application correcte de la loi.

'Cadeau de Saint-Nicolas'

En décembre dernier, la presse annonçait une bonne nouvelle pour les gérants de sociétés de management en ce sens que l'Administration fiscale avait décidé que les taux réduits de la loi sur les options sur actions pouvaient être appliqués et qu'il serait fait abstraction des sociétés de management. Le communiqué donnait erronément l'impression qu'il s'agissait d'un nouveau point de vue ('Cadeau de Saint-Nicolas pour les administrateurs ayant leur propre société), alors qu'il s'agissait manifestement de la confirmation de l'analyse que l'Administration fiscale applique de manière constante depuis environ 10 ans. Et pas uniquement lorsque cette application profite au dirigeant d'entreprise, mais également lorsqu'elle lui est défavorable la qualification du "représentant permanent" comme dirigeant d'entreprise de la société 'donneur d'ordre' vaut par exemple également pour la requalification des loyers excédentaires en rémunérations (art. 32, al. 1, 3°, CIR 1992), ce qui était d'ailleurs l'hypothèse sur laquelle la question parlementaire précitée de 2009 portait.

Le communiqué suscita en tout cas une réaction immédiate du cabinet du ministre des Finances, qui indiqua que les options sur actions doivent être attribuées à la société de management et qu'une imposition a lieu sur la valeur réelle. Il fut précisé que l'Administration devait transposer ce point de vue dans une circulaire ('Options sur actions: le ministre joue les trouble-fête').

Par ailleurs, le Service des décisions anticipées indiqua lui aussi (spontanément), l'année dernière, que les options sur actions doivent être attribuées à la société de management et non aux représentants permanents (décision anticipée n° 2015.508, n° 11, et s.; Fisconetplus). Le SDA confirma que les options doivent être reprises pour leur valeur réelle comme élément d'actif dans la comptabilité des sociétés de management. Au moment de la cession gratuite des options au représentant permanent, la société de management réalise une moins-value correspondant au montant comptabilisé. Le produit imposable résultant de l'attribution des options dans le chef de la société de management sera neutralisé par la charge déductible lors de la cession gratuite des options au représentant permanent.

Nouvelle circulaire

Dans la nouvelle circulaire, l'Administration centrale indique que pour apprécier si les taux réduits de moitié peuvent être appliqués, *il faut tenir compte du fait que d'un point de vue juridique c'est la société de management qui effectue les prestations de management au profit de sa cliente, et que sur le plan fiscal le gérant de cette société de management exerce dans ce cadre son activité professionnelle au profit de la société de management et pas au profit de la cliente de la société de management. Il en résulte que la condition selon laquelle l'option doit porter sur les actions de la société au profit de laquelle l'activité professionnelle est exercée, n'est pas remplie. Ce qui précède est d'application que la société de management soit ou non administratrice de la société qui attribue les options sur actions.*

En ce qui concerne la contradiction entre la nouvelle approche et la qualification du "représentant permanent" à d'autres fins (telle qu'elle ressort de la question parlementaire évoquée ci-dessus), la circulaire indique que cette réponse *n'ôte rien à la position précitée.*

La nouvelle position est applicable pour les attributions d'options sur actions dont la date de l'offre est postérieure à la date de publication de la circulaire, donc pour une offre à partir du 14 avril 2017.

Appréciation

Comme indiqué plus haut, la position antérieure de l'Administration centrale était conforme à la loi et à la qualification du représentant permanent comme dirigeant d'entreprise de la société 'donneur d'ordre': Si la loi sur les options sur actions elle-même n'est pas adaptée, il nous semble donc qu'il n'y a rien qui permette de refuser l'évaluation forfaitaire réduite de moitié, du moins en ce qui concerne l'attribution au représentant permanent.

On appréciera néanmoins que le fisc reconnaisse qu'il s'agit d'une nouvelle position qui ne peut s'appliquer que pour l'avenir.

La circulaire ne semble d'ailleurs pas exclure qu'une attribution directe puisse avoir lieu en ce qui concerne les gérants qui ne sont pas des représentants permanents. Cela n'est toutefois pas tout à fait conforme à la structure de la société de management (étant donné qu'il n'y a, dans ce cas, aucun lien direct, sur le plan du droit des sociétés comme sur le plan fiscal, entre le gérant et la société 'donneur d'ordre'), ce qui pourrait éventuellement avoir des répercussions sur la validité de la structure. Notons à ce propos que dans des décisions antérieures, l'Administration centrale avait considéré que l'existence d'une relation de travail doit s'apprécier sur base de l'ensemble des éléments de fait et de droit, mais qu'en soi, une attribution directe ne constitue pas un critère déterminant pour l'appréciation de la relation de travail. Autrement dit, une telle attribution directe constitue incontestablement un élément négatif dans le cadre de l'évaluation de la structure, mais elle ne peut pas "en soi" conduire à la mise à l'écart de la société de management si les conséquences juridiques de l'utilisation de la société sont respectées pour le reste. Il n'empêche que l'attribution à la société de management est beaucoup plus cohérente qu'une attribution directe.

Par ailleurs, une relative incertitude règne toujours quant à la détermination de la valeur réelle des options sur actions dans le chef de la société de management. Selon nous, l'évaluation forfaitaire de la loi sur les options sur actions peut être appliquée par analogie (sans la réduction de moitié, bien entendu), à défaut de meilleures méthodes d'évaluation. Les options sont en effet perdues en cas de cessation de l'activité professionnelle et l'impact négatif de ce risque sur la valeur des options sur actions est très difficile à évaluer. La discussion sur la détermination de cette valeur réelle est d'ailleurs assez académique lorsque, comme c'est généralement le cas, la société de management attribue à son tour des options à son gérant. Comme indiqué ci-avant, la moins-value sur l'option sur actions est une forme de rémunération déductible, qui neutralise la prise en résultats de l'option sur actions obtenue.

Patrick Smet

LE FISCOLOGUE 1519 – 28.04.2017