

1. Introduction

Jusqu'au début de l'année 1999, la Belgique pouvait certainement être présentée comme un pays où régnait une grande insécurité juridique en ce qui concerne le régime fiscal des "options sur actions" octroyées par une société "employeur" ou par une société du groupe de la société "employeur".

Certes, une loi du 27 décembre 1984¹ exonérait, moyennant la réunion de conditions sévères et tatillonnes, l'avantage obtenu par des travailleurs salariés en raison ou à l'occasion de la levée d'une option sur actions ... en omettant toutefois de prévoir l'imposition du même avantage lorsque lesdites conditions n'étaient pas réunies.

Dès lors que l'avantage exonéré par la loi de 1984 précitée était "constitué par l'excédent que présente la valeur des actions ou parts revenant aux travailleurs lors de la levée d'une option sur actions par rapport au prix de l'option", les auteurs belges avaient unanimement souligné que l'avantage exonéré était en réalité un avantage non imposable au titre de rémunération du salarié parce que sans rapport avec l'activité professionnelle ou la relation de travail: "la même plus-value serait réalisée par n'importe quelle personne, même étrangère à l'entreprise, qui acquerrait l'action ou une option sur celle-ci".² Pour sa part, l'administration interprétait l'exonération portée par la loi de 1984 comme impliquant une confirmation implicite (a) du caractère imposable de l'avantage exonéré lorsque les conditions posées par la loi n'étaient pas réunies et (b) de son mode d'évaluation.³

* Avocat, Associé, Gérard & Associés, Bruxelles

¹ Art. 45 de la loi du 27 décembre 1984 "portant des dispositions fiscales".

² Th. Afschrift, "Les entreprises à la recherche de voies moins imposées pour leurs dirigeants et leur personnel de cadre (seconde partie): les avantages en nature; les options sur actions; les émissions à des conditions de faveur", dans *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, Ed. du Jeune barreau, 1988, p. 139 et suiv., spéc. p. 163; voir aussi S. Geubel et A. Willems, "L'option sur actions en droit belge", *Chron. dr. soc.*, 1985, p. 227 et suiv., spéc. p. 23 1; J. Ghysbrecht, "Le traitement fiscal des plans de participation financière", *Actes de la journée d'études Vanham & Vanham* du 24 septembre 1998, "Les plans de participation financière du personnel dans le capital des entreprises", p. 10 et suiv.; Th. Afschrift et Ph. Malherbe, "La loi du 27 décembre 1984 portant des dispositions fiscales", *J.T.*, 1985, p. 293 et suiv., spéc. n° 33.

³ Circulaire du 28 mars 1988, *Bull. contr.* 1988, p. 812 et suiv., spéc. n° 7 à 10. En Belgique, l'interprétation administrative est dénuée de force obligatoire: elle ne lie ni le contribuable, ni les tribunaux.

En l'absence de décision judiciaire pertinente relative au régime fiscal des options sur actions, le caractère trop tatillon des exigences posées par la loi du 27 décembre 1984 a découragé les entreprises les plus soucieuses de sécurité juridique. Entre 1986 et 1989, seules 14 entreprises opérant en Belgique ont invoqué ce régime et plus aucune entreprise n'en a, par après, revendiqué l'application.⁴

C'est dès lors avec satisfaction que fut accueillie l'adoption par le législateur de la loi du 26 mars 1999 "relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses", dont les articles 41 et suivants ont instauré pour la première fois en Belgique un régime fiscal des options sur actions à la fois suffisamment flexible et clair.

Le caractère nouveau des dispositions relatives au régime fiscal des options sur actions, la relative originalité des solutions apportées et les conséquences que ces solutions sont susceptibles d'engendrer dans le domaine de la double imposition internationale, nous contraignent à prendre ces opérations ainsi que celles, fort proches, des attributions gratuites ou à prix réduit de titres de sociétés pour thème exclusif de l'exposé qui suit.

2. Description générale du régime fiscal interne des options et des attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires

2.1. Les attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires

2.1.1. *La distinction entre les options et les attributions gratuites ou à prix réduit*

Par "option", il faut entendre pour l'application de la loi du 26 mars 1999 précitée, "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", le terme "action" signifiant "toute action, part ou part bénéficiaire d'une société".⁵

Les options sur actions telles que définies ci-dessus sont des opérations juridiquement bien distinctes des attributions gratuites ou à prix réduit de titres, attributions que la loi du 26 mars 1999 n'aborde que dans le cadre des émissions

⁴ Exposé des motifs du projet de la loi du 26 mars 1999 "relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses", Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, 1912/1, p. 7.

⁵ Art. 41, 2° et 3° de la loi du 26 mars 1999; sur les aspects du droit des sociétés, voir K. Geens et C. Croes, "Vennootschapsrechtelijke aspecten van de nieuwe wet van 26 maart 1999 in verband met andelenopties", TRV, 1999, p. 207 et suiv.

d'actions faites conformément à l'article 52 septies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (voir *infra*, 2.1.1.2).

2.1.2. Les attributions gratuites ou à prix réduit d'actions ou parts

Lorsqu'une société offre aux membres de son personnel d'acquérir à prix réduit, par souscription à l'occasion d'une augmentation de capital ou par achat, soit ses propres actions ou parts, soit des actions ou parts de la société dont elle est une filiale, l'administration considère qu'il y a, en règle, attribution d'un avantage imposable au titre de revenu professionnel (voir toutefois *infra*).⁶

Les directives de l'administration relatives à l'évaluation de l'avantage imposable en cas d'attribution d'actions ou parts gratuites ou à prix réduit, sont particulièrement favorables:

- en ce qui concerne les actions ou parts non cotées en bourse, l'administration identifie la valeur de l'avantage à la différence entre la valeur intrinsèque⁷ (calculée sur la base de l'actif net) et le prix payé par l'acquéreur;
- en ce qui concerne les actions cotées, l'administration limite la valeur de l'avantage à dix douzièmes de la valeur boursière, soit lorsque la société rachète ses propres actions et les cède massivement, à tel point qu'une chute du cours boursier est probable, soit lorsque les titres ont été rendus indisponibles dans le chef des acquéreurs durant deux ans au moins avec le consentement des parties.

Il existe à l'imposition de principe visée *supra*, une importante exception.

L'article 52 septies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales⁸ applicable aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions autorise la création, en dérogation au droit de préférence des anciens actionnaires, d'actions "destinées en tout ou en partie à être réservées à l'ensemble des membres du personnel ou à l'ensemble du personnel de leurs filiales". L'émission de ces actions est subordonnée à de multiples conditions, dont notamment les suivantes:

- le montant maximum de l'augmentation de capital de cette catégorie pendant l'exercice en cours et les quatre exercices sociaux antérieurs ne peut excéder 20 pour cent du capital social, compte tenu de l'augmentation envisagée;
- les actions émises doivent être nominatives et être stipulées incessibles pendant une période de cinq années à partir de la souscription (sauf licenciement, mise à la retraite, décès, invalidité).

Pour pallier l'inconvénient que présente l'incessibilité temporaire, il peut être prévu par la société émettrice une décote par rapport à la valeur vénale des actions à émettre. Cette décote est toutefois limitée à 20 pour cent aux fins de sauvegarder les intérêts des actionnaires existant.⁹

⁶ Circulaire du 21 juin 1995, Bull. contr. 1995, p. 2091 et suiv. En matière de sécurité sociale, la jurisprudence est divisée sur la question de la soumission de l'avantage aux cotisations de cette branche. Voir *Fiscologue*, 1999, n° 723, p. 5.

⁷ Valeur bilantaire corrigée pour tenir compte des plus – ou moins – values latentes⁸

⁸ Art. 609 du nouveau Code des sociétés non encore en vigueur.

⁹ Ghysbrecht, *op. cit.*, p. 3.

Dès lors que la décote octroyée compense le risque résultant de l'incessibilité et, dans une moindre mesure, que l'avantage provient non pas de la société mais des actionnaires de celle-ci, il est difficile, voire impossible de concevoir ledit avantage comme constituant une rémunération imposable. L'administration avait confirmé ce point de vue,¹⁰ aujourd'hui expressément consacré par l'article 49 de la loi du 26 mars 1999, disposition interprétative du Code des impôts sur les revenus,¹¹ aux termes de laquelle:

“L'avantage obtenu lors de l'attribution d'options sur des actions ou parts émises à l'occasion d'une augmentation de capital dans le cadre de l'article 52 septies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ou lors de la souscription à prix réduit d'actions ou parts dans le cadre de cet article, n'est pas considéré comme un avantage imposable dans le chef des bénéficiaires.”¹²

On regrettera, sans doute, que l'article 49 précité se soit, à l'instar de la loi du 27 décembre 1984, borné à exonérer l'avantage pouvant être obtenu lors de la souscription à prix réduit d'actions, dans le cadre de l'article 52 septies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, en omettant de poser le principe de l'imposition du même avantage lorsque cette dernière disposition n'est pas applicable.

La question de savoir si l'avantage est ou non imposable reste donc posée dans tous les cas où l'article 52 septies précité n'est pas applicable, c'est à dire notamment lorsque l'attribution d'actions ou parts n'est pas le fait d'une société belge par actions.

Ainsi, lorsque l'article 52 septies précité ne s'applique pas, on peut raisonnablement douter du caractère imposable de l'avantage résultant d'une émission d'actions ou de parts avec décote, parce que la charge de l'opération n'est pas subie par la société “employeur” elle-même, mais par sa maison mère ou l'ensemble de ses actionnaires. Certes, l'article 30 du Code des impôts sur les revenus pose le principe de l'imposition des rémunérations “quel qu'en soit le débiteur”. Il est toutefois difficile d'assimiler les actionnaires ou associés d'une société dont les droits sont dilués ensuite de l'émission d'actions ou parts avec décote à des “débiteurs”.¹³

¹⁰ Circulaire du 21 juin 1995 précitée, spéc. n° 36/9.2.

¹¹ Une telle disposition, dans la mesure où elle est favorable aux contribuables, a une portée rétroactive certaine.

¹² L'art. 48 de la loi du 26 mars 1999 exclut pareillement le même avantage des rémunérations des salariés soumises aux cotisations de sécurité sociale (sur la soumission des avantages de l'espèce aux cotisations de sécurité sociale, voir les exposés faits à la *Journée d'études Vanham & Vanham* du 19 mai 1999 et la note de C. Wantiez, “*Stock options* dans la loi du 26 mars 1999 – Droit du travail et de la sécurité sociale”, *J.T.T.*, 1999, p. 345 et suiv.).

¹³ Ghysbrecht, *op. cit.*, p. 11 et suiv. et les réf. cit.; dans un arrêt du 29 avril 1999, la Cour du travail de Bruxelles a tenu un raisonnement similaire en matière de sécurité sociale dans le cadre d'avantages dont la charge était supportée par les actionnaires de la société employeur, *Act. Fisc.*, 1999, 30/4.

2.1.3. Les attributions gratuites ou à prix réduit de parts bénéficiaires

Les solutions appliquées en matière d'actions ou parts (*supra*, 2.1.2) ne sont pas transposables au cas de l'octroi de parts bénéficiaires.

Les parts bénéficiaires sont des titres non représentatifs du capital social et les droits y attachés sont déterminés, avec une autonomie très grande, par les statuts.¹⁴ Caractérisées par l'absence d'apport corrélatif, les parts bénéficiaires donnent le plus souvent uniquement droit aux dividendes, ce droit pouvant être préférentiel.

Une part bénéficiaire a évidemment une valeur et celle-ci est essentiellement fonction des droits qui sont statutairement attachés à ce titre et "de la capacité par l'entreprise à satisfaire aux obligations qui découlent pour elle de ces droits".¹⁵

Lorsque, comme dans une espèce ayant fait beaucoup de bruit,¹⁶ les parts bénéficiaires octroyées au personnel ne donnent droit qu'à une fraction des bénéfices futurs et sont au surplus incessibles, la détermination de la valeur de l'avantage imposable au moment de l'attribution des parts¹⁷ est impossible. Par ailleurs, dès que la part bénéficiaire a été octroyée à un travailleur, elle fait partie intégrante du patrimoine privé de ce dernier et les dividendes ultérieurement payés sont, partant, soumis au même régime fiscal que celui des dividendes attachés aux titres que le bénéficiaire n'a pas affecté à l'exercice de son activité professionnelle, c'est-à-dire dans le cas de dividendes attribués par une société belge à une personne physique résidente, le précompte mobilier libératoire au taux de 25 pour cent. Cette solution a été admise par l'administration fiscale dans le cadre de l'émission des parts bénéficiaires Agfa-Gevaert,¹⁸ mais paradoxalement pas par l'Office National de Sécurité Sociale et la Cour de cassation en matière de cotisations sociales.¹⁹

En revanche, lorsque les parts bénéficiaires sont attribuées simultanément aux dividendes et que, par ailleurs, l'attribution des premiers dividendes a pour effet d'épuiser les droits conférés par les parts bénéficiaires octroyées (cas où les parts bénéficiaires confèrent un droit à un dividende unique), la jurisprudence considère que les dividendes constituent un revenu professionnel imposable: la valeur des parts octroyées est, dans l'hypothèse visée, indissociable de la décision d'attribuer les dividendes.²⁰

¹⁴ Art. 41 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales; art. 483 du nouveau Code des sociétés.

¹⁵ Ghysbrecht, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ Le cas d'Agfa-Gevaert – voir *Fiscologue*, 1986, n° 148, p. 3.

¹⁷ La preuve de l'existence et de l'étendue d'un revenu imposable incombe à l'Administration; voir Th. Afschrift, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Larcier 1998, p. 67 et suiv.

¹⁸ *Fiscologue*, 1986, n° 148, p. 3.

¹⁹ Cass., 11 septembre 1995, Pas., I, 793.

²⁰ *Fiscologue*, 1999, n° 713, p. 4 et n° 723, p. 6.

Comme on l'a souligné avec raison, l'intéressement des travailleurs par l'octroi de parts bénéficiaires n'est pas attrayant lorsqu'il n'est pas constitutif d'une rémunération imposable dans le chef des travailleurs. Il produit, en effet, une surcharge fiscale dans le chef de la société (le dividende, soumis au précompte mobilier, n'est pas déductible du bénéfice imposable à l'impôt des sociétés, contrairement aux rémunérations, ce qui génère une charge fiscale globale de 55,13 pour cent) en contrepartie d'un avantage fiscal dans le chef du travailleur (précompte mobilier libératoire de 25 pour cent, à comparer au taux marginal supérieur de l'impôt des personnes physiques). Cette charge fiscale totale de 55,13 pour cent s'avère, dans la plupart des cas, supérieure au taux marginal applicable en moyenne aux rémunérations des travailleurs.²¹

2.2. Les options sur actions, parts et parts bénéficiaires

2.2.1. La date de l'attribution de l'avantage imposable

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mars 1999,²² si les auteurs avaient souligné qu'était un avantage non imposable l'excédent que présente la valeur des actions ou parts revenant aux travailleurs lors de l'exercice de l'option par rapport au prix de l'option et que, partant, aucun avantage imposable n'était attribué aux bénéficiaires au moment de la levée de l'option (*supra*, section 1), ils reconnaissaient toutefois la possibilité d'un avantage imposable dans le chef des bénéficiaires, égal à la valeur de l'option. Selon les auteurs, ledit avantage était attribué, dans le cas d'une option non conditionnelle, au moment où l'option avait été conférée et, dans le cas d'une option conditionnelle, au moment où les conditions posées étaient réalisées, c'est-à-dire au moment où le droit d'acquérir les titres est devenu définitif.²³

Un arrêt du 18 juin 1999, non encore publié au moment où ces lignes sont écrites, de la Cour d'appel de Bruxelles²⁴ a confirmé, dans une espèce où une société filiale belge avait accordé une option à sa société mère luxembourgeoise en vue de l'acquisition d'un lot d'actions d'une société tierce, que c'est au moment où l'option a été accordée et non au moment de la levée de l'option, qu'il fallait en principe se placer pour déterminer l'éventuel avantage accordé.

La loi du 26 mars 1999 a mis fin à l'insécurité juridique qui subsistait, compte tenu de la position prise par l'administration (*supra*, section 1) en ce qui concerne le moment où il fallait considérer dans le cas d'une option, qu'il y avait attribution d'un avantage imposable: moment où l'option était conférée ou moment de l'exercice de l'option. L'article 42, §1er, de la loi du 26 mars 1999 dispose à cet égard:

²¹ Ghysbrecht, *op. cit.*, p. 5.

²² La loi du 26 mars 1999 est applicable aux options attribuées à partir du 1er janvier 1999 – art. 47, §1er, de la loi.

²³ M. Vandendijk et A. De Reymaeker, "De fiscale behandeling van aandelenopties", AFT 1999, p. 129 et suiv., spéc. pp. 130 et 131 et les réf. cit.

²⁴ Commenté dans *Fiscologue*, 1999, n° 719, p. 3.

“Les avantages de toute nature obtenus en raison ou à l’occasion de l’activité professionnelle du bénéficiaire, sous forme d’attribution gratuite ou non d’option constituent, dans le chef de celui-ci, un revenu professionnel qui est imposable, lorsqu’il ne l’a pas affectée à l’exercice de son activité professionnelle, au moment de l’attribution de cette option.”

L’article 42, §1er, de la loi précitée contient en outre une fiction, préjudiciable à l’équité, mais utile pour la sécurité juridique: l’option est, au point de vue fiscal, censée attribuée le 60e jour qui suit la date de l’offre, même si l’exercice de l’option est soumis à des conditions suspensives ou résolutoires, à moins que le bénéficiaire n’ait, avant l’expiration de ce délai, notifié par écrit à l’offrant son refus d’accepter l’offre. Il ne faut dès lors plus, contrairement à ce qu’enseignait la doctrine, distinguer les options conditionnelles des options non conditionnelles. Par ailleurs, il semble résulter du texte qu’une offre d’option, même non acceptée, implique l’attribution d’un avantage de toute nature imposable, sauf le cas d’un refus exprès et écrit notifié à l’offrant dans le délai de 60 jours.

La fiction portée par l’article 42, §1er, de la loi apparaît, à la lecture des travaux préparatoires, être une présomption irréfragable. Ainsi, dans le cas où l’option n’est pas gratuite, la circonstance que le bénéficiaire en ait payé le prix avant l’expiration du délai de 60 jours, n’a pas d’influence sur la détermination de la date d’attribution et donc, de la date du fait imposable.²⁵ La date présumée d’attribution doit dès lors, à notre avis, être appliquée même dans le cas d’une acceptation expresse de l’offre intervenant avant l’expiration du délai de 60 jours.

Le corollaire de l’imposition prévue par l’article 42, §1er, de la loi du 26 mars 1999, de l’avantage obtenu sous forme d’option sur actions, au moment présumé de l’attribution de cet avantage est bien entendu la non-imposition de tous les avantages directs ou indirects qui peuvent découler de l’option attribuée. Dans un souci de sécurité juridique, l’exonération de ces avantages a été expressément confirmée par l’article 42, §2, de la loi. Le principe d’exonération porté par cette disposition a été libellé de façon suffisamment large puisqu’il vise “les avantages obtenus 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”.

2.2.2. Les options entrant dans le champ d’application de la loi du 26 mars 1999

La lecture conjointe des articles 41 et 42 de la loi du 26 mars 1999 permet de déterminer le champ d’application des dispositions de la loi relatives aux options sur actions.

On a reproduit, *supra* section 2.1.1, les définitions données par l’article 41 précité aux termes “option”et “action”.

L’article 42 souligne que le régime instauré par la loi du 26 mars 1999 vise les options sur actions attribuées “en raison ou à l’occasion de l’activité professionnelle du bénéficiaire”. Ce régime s’applique donc “aux options sur actions acquises par

²⁵ Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, n° 1912/1, pp. 25 et 26.

toutes les personnes qui entretiennent une relation d'affaire (au sens large du terme) avec l'entreprise concernée" et "sont donc couverts ... tous les avantages imposables 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".²⁶

Le régime instauré par la loi du 26 mars 1999 n'est toutefois pas applicable aux options affectées, par le bénéficiaire, à l'exercice de son activité professionnelle. Il n'est donc jamais applicable aux options conférées à des sociétés. Par essence, celles-ci affectent en effet l'intégralité de leur patrimoine à la réalisation de leur objet social. En ce qui concerne les personnes physiques, la non-application du régime sera exceptionnelle puisqu'il est rarissime qu'une personne physique détienne des valeurs mobilières et, partant, des options sur valeurs mobilières affectées à l'exercice de sa profession.²⁷

2.2.3. L'évaluation de l'avantage imposable

On a vu *supra*, section 2.2.1, que la loi du 26 mars 1999 fixait de façon forfaitaire la date du fait imposable. L'article 43 de la même loi fixe aussi de façon forfaitaire le montant imposable à la date (présumée) de l'attribution de l'option.

Pour déterminer ce montant imposable, l'article 43 de la loi opère les distinctions suivantes.

Lorsqu'il s'agit d'une option cotée ou négociée en bourse, la valeur de l'avantage est égale à son dernier cours de clôture qui précède "le jour de l'offre".

Si l'option n'est pas cotée ou négociée en bourse, l'avantage imposable est déterminé forfaitairement d'après la valeur des actions, parts ou parts bénéficiaires sous-jacentes au moment de l'offre.

Si l'option (non cotée ou négociée en bourse) porte sur des actions cotées ou négociées en bourse, la valeur de l'action à prendre en considération pour la détermination du montant de l'avantage imposable est, au choix de celui qui offre l'option, le cours moyen de l'action pendant les 30 jours précédant l'offre ou le dernier cours de clôture qui précède le jour de l'offre.

En revanche, si les titres sous-jacents ne sont pas cotés en bourse, il faut se référer à leur "valeur réelle" au moment de l'offre, telle que déterminée par l'organe d'administration de la société qui offre l'option sur avis conforme, selon le cas, du commissaire réviseur ou du réviseur d'entreprises de la société émettrice des actions sur lesquelles porte l'option. Dans le cas où la société émettrice est une société non résidente, l'avis est émis par un expert comptable ayant un statut comparable, désigné par cette société.²⁸

²⁶ Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, n° 1912/1, p. 24; voir égal. Rapport, Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, n° 1912/8, p. 7.

²⁷ M. Dassesse et P. Minne, *Droit fiscal – Principes généraux et impôts sur les revenus*, Bruylant, 1995, pp. 412 et 413.

²⁸ Au cours des travaux préparatoires de la loi du 26 mars 1999, le Ministre des Finances a déclaré que si l'avis du réviseur ou de l'expert comptable n'était pas conforme à la valeur réelle telle que déterminée par l'organe d'administration, il en résulterait que "le début de preuve à l'égard de l'Administration de la valeur de l'action que constitue l'avis fait défaut" (Doc. parl., Chambre, Rapport, n° 1912/8, p. 9).

Si les titres sont représentatifs du capital social, l'évaluation de l'organe d'administration fondée sur la valeur réelle ne peut être inférieure à la valeur comptable de ces titres d'après les derniers comptes annuels de la société émettrice clôturés et approuvés avant la date de l'offre. S'il s'agit de parts bénéficiaires, leur valeur réelle doit être déterminée par l'organe d'administration "d'après les droits que leur confèrent les statuts de la société émettrice".

Une fois déterminée la valeur des titres sous-jacents, dans le cas d'une option non cotée ou négociée en bourse, on obtient le montant imposable de l'avantage représentatif de l'option au moyen d'une fraction appliquée à cette valeur.

Le pourcentage est, en principe, de 15 pour cent, majorés le cas échéant de 1 pour cent par année ou partie d'année au-delà de la cinquième année, lorsque l'option a été accordée pour une durée supérieure à cinq ans à dater de l'offre.²⁹

Les pourcentages de 15 pour cent et de 1 pour cent ci-dessus sont, en vertu de l'article 43, §6, de la loi du 26 mars 1999, réduits de moitié lorsque *toutes* les conditions suivantes sont réunies:

- le prix d'exercice de l'option est déterminé de manière certaine au moment de l'offre;³⁰
- l'option doit porter sur des actions, parts ou parts bénéficiaires, soit de la société avec laquelle le bénéficiaire se trouve dans une relation professionnelle, soit d'une société liée à cette société, au sens de la réglementation comptable;
- le risque de diminution de valeur des actions, parts ou parts bénéficiaires sur lesquelles porte l'option après l'attribution de celle-ci ne peut être couvert directement ou indirectement ni par la personne qui a conféré l'option, ni par une personne qui se trouve avec celle-ci dans des liens d'interdépendance. Selon les déclarations faites par le Ministre des Finances au cours des travaux préparatoires, la loi viserait la couverture des réductions de valeur résultant de circonstances du marché. Echappent donc à l'interdiction les clauses visant à protéger les détenteurs d'options contre la dilution de leurs droits résultant d'une modification dans la structure du capital de la société émettrice;³¹

²⁹ L'exposé des motifs du projet de la loi précise que, pour l'application de cette disposition, il y a lieu de compter pour une année entière toute année commencée (exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, 1998-1999, n° 1912/1, p. 27).

³⁰ Cette condition implique, selon les déclarations du Ministre des Finances au cours des travaux préparatoires de la loi, que le prix d'exercice soit fixé à un montant déterminé et non simplement "déterminable" (Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, Rapport, n° 1912/8, p. 9). Un prix d'exercice déterminé en fonction de la valeur de l'action au moment de l'offre satisfait à cette condition. En revanche, un prix d'exercice déterminé en fonction de la valeur de l'action à une date postérieure à celle de l'offre n'y satisfait pas. N'y satisfait pas davantage le prix déterminé en fonction de paramètres non connus au moment de l'offre, tels que des indices boursiers ou des bénéfices futurs (Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, exposé des motifs, n° 1912/1, pp. 27 et 28).

³¹ Doc. parl., Chambre, Rapport, n° 1912/8, p. 9.

BELGIUM

- l'option ne peut être exercée avant l'expiration de la troisième année civile qui suit celle au cours de laquelle l'offre a eu lieu, ni après l'expiration de la dixième année civile qui suit celle au cours de laquelle l'offre a eu lieu;
- l'option doit être stipulée incessible entre vifs.

Une option qui ne contiendrait pas les deux dernières conditions ci-avant peut néanmoins bénéficier de la réduction de moitié des pourcentages si le bénéficiaire s'est engagé à respecter ces obligations et apporte la preuve du respect effectif de son engagement (*infra*, section 2.2.4).

Le montant de l'avantage imposable déterminé conformément aux règles examinées ci-avant doit être (a) diminué du montant de l'intervention payée ou supportée par le bénéficiaire de l'avantage et (b) augmenté de la différence positive existant éventuellement entre, d'une part, la valeur au moment de l'offre des titres sous-jacents et, d'autre part, le prix d'exercice de l'option (cas des options dites "in the money").

2.2.4. Les cas particuliers

L'article 43, §8, de la loi du 26 mars 1999 a prévu un régime spécifique dans l'hypothèse où l'option était assortie de clauses visant à octroyer un "avantage certain" au bénéficiaire, clauses qui excluent, en règle, une évaluation forfaitaire de l'avantage à 7,5 pour cent (*supra*, section 2.2.3). Cet avantage constitue un revenu professionnel imposable pour la période imposable au cours de laquelle l'avantage devient "certain", dans la mesure, du moins, où il s'avère supérieur à l'avantage imposable déterminé au moment de l'attribution de l'option. A titre d'exemple, l'exposé des motifs du projet de la loi du 26 mars 1999 cite une option dont le prix d'exercice est déterminé d'après la valeur des actions à une date postérieure à celle de l'offre et qui comporte, par ailleurs, une décote par rapport à cette valeur (par exemple, 90 pour cent de cette valeur). L'avantage "certain" résultant de la décote ne peut évidemment être déterminé qu'au moment de l'exercice de l'option et il sera imposable à ce moment-là.³²

En cas de non-respect, postérieurement à l'offre, de l'interdiction de la couverture du risque de diminution de la valeur des actions ou en cas d'option cessible entre vifs ou dont l'exercice peut avoir lieu avant l'expiration de la troisième année civile suivant celle de l'offre ou après l'expiration de la dixième année civile suivant celle de l'offre naît, en vertu de l'article 43, §6, de la loi du 26 mars 1999, un avantage supplémentaire égal à 7,5 pour cent (+ 0,5 pour cent par an ou partie d'année au delà des cinq ans à dater de l'offre) de la valeur des titres sous-jacents. Le moment de l'attribution de cet avantage complémentaire coïncide avec "l'année en cours de laquelle le bénéficiaire transfère son domicile ou le siège de sa fortune à l'étranger et au plus tard, ... la onzième année civile qui suit celle au cours de laquelle l'offre a eu lieu".

L'avantage supplémentaire ci-dessus, n'est toutefois pas imposable dans les cas d'une option cessible entre vifs ou dont l'exercice peut avoir lieu avant l'ex-

³² Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, session 1998-1999, n° 1912/1, p. 29).

piration de la troisième année civile suivant celle de l'offre ou après l'expiration de la dixième année civile suivant celle de l'offre, lorsque le bénéficiaire a apporté la preuve, au plus tard à l'appui de sa déclaration à l'impôt (des personnes physiques ou des non-résidents) afférent à ce revenu, que l'option n'a pas été cédée et qu'elle a été exercée entre les quatrième et dixième années civiles suivant celle de l'offre ou qu'elle n'a pas été exercée.

La disposition de l'article 43, §6, de la loi du 26 mars 1999 est, à notre avis, une de celles qui suscitera en droit fiscal interne belge et en droit fiscal international belge, le plus de difficultés d'application, notamment en raison du défaut d'indication précise du jour de l'attribution de l'avantage supplémentaire imposable résultant de la clause anti-émigration. La loi prévoit certes que l'avantage est un revenu de l'année au cours de laquelle la mutation de domicile a été opérée, mais elle ne précise pas s'il s'agit d'un revenu attribué avant ou après l'émigration. Il n'est dès lors pas possible de déterminer pour quel exercice d'imposition l'avantage doit être imposé, ni s'il doit être imposé à l'impôt des personnes physiques ou à l'impôt des non-résidents. Par ailleurs, dans la mesure où la disposition précitée vise à déjouer la dévolution du pouvoir d'imposition prévue par les conventions préventives de double imposition (ce qui est à notre avis le cas pour les options conditionnelles – *infra*, section 3.1), elle ne peut être appliquée.

2.2.5. Les mesures de contrôle

La loi du 26 mars 1999 a prévu l'application de l'obligation de délivrance des fiches individuelles et des relevés récapitulatifs de contrôle requis par l'article 57 du Code des impôts sur les revenus au cas d'attribution d'avantages imposables résultant d'options. Ces fiches et relevés permettent, à l'administration, de procéder à la vérification de l'exactitude de la déclaration de revenus du bénéficiaire.

La personne tenue de produire ces fiches et relevés est celle qui attribue les avantages.

Toutefois, si l'avantage est attribué par une société non résidente, sans établissement en Belgique, en raison ou à l'occasion de l'activité professionnelle du bénéficiaire au profit d'une société belge, cette dernière sera tenue de produire les fiches et relevés précités.

En cas de défaut de production des fiches et des relevés, la sanction n'est pas l'application de la cotisation spéciale de 300 pour cent visée par l'article 219 du Code des impôts sur les revenus, mais uniquement l'ajout des avantages aux revenus imposables de la personne tenue de produire les fiches et les relevés.³³

2.2.6. Les options exonérées

On a vu (*supra*, section 2.1.2) que l'article 49 de la loi du 26 mars 1999 exonérait d'impôt "l'avantage obtenu lors de l'attribution d'options sur des actions ou parts

³³ Art. 44 de la loi du 26 mars 1999.

émises à l'occasion d'une augmentation de capital dans le cadre de l'article 52 septies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales".

2.2.7. L'entrée en vigueur de la loi du 26 mars 1999

Le nouveau régime fiscal instauré par la loi du 26 mars 1999 s'applique aux options sur actions attribuées à partir du 1er janvier 1999.³⁴ Le régime ancien des options sur actions instauré par la loi du 27 décembre 1984 est par ailleurs abrogé à partir de cette date, tout en demeurant applicable aux (rares) options antérieurement attribuées.

2.3. Les attributions gratuites ou à prix réduit d'actions étrangères ou les options sur actions étrangères et le précompte professionnel

Il est fréquent que des membres du personnel ou des dirigeants d'une filiale belge d'une société étrangère ou d'un établissement belge d'une telle société se voient attribuer gratuitement ou à prix réduit des actions de cette société ou encore octroyer des options sur ces actions.

Généralement, les programmes d'intéressement ont pour effet que les travailleurs ou les dirigeants belges obtiennent "un droit direct sur l'entreprise étrangère".³⁵ C'est elle qui octroie les avantages; c'est à elle que les travailleurs belges doivent s'adresser lors de la levée de l'option ou payer leur participation; c'est elle, enfin, qui met à leur disposition, généralement à l'étranger, les titres sous-jacents ou attribués avec décote.

Lorsque le programme d'intéressement portant sur des actions étrangères implique l'attribution d'un avantage de toute nature imposable au titre de rémunération des travailleurs et/ou des dirigeants belges concernés, se posent donc les questions de savoir si le précompte professionnel doit être retenu et/ou versé et sur qui repose cette obligation.

Depuis le 1er février 1999,³⁶ le précompte professionnel doit être retenu dans les cas suivants:

- paiement ou attribution, par un résident belge (personne physique ou morale, ou société), à titre de débiteur, dépositaire, mandataire ou intermédiaire, de rémunération à un bénéficiaire quelconque (résident ou non-résident);
- paiement ou attribution, par un non-résident (personne physique ou morale, ou société), à titre de débiteur, dépositaire, mandataire ou intermédiaire, de rémunération à un bénéficiaire quelconque (résident ou non-résident), à condition que la rémunération de l'espèce constitue des frais professionnels au sens de l'article 237 du Code des impôts sur les revenus ... ce qui

³⁴ Art. 47 de la loi du 26 mars 1999.

³⁵ H. Derycke, "Options sur actions étrangères et précompte professionnel", *Fiscologue international*, 1999, n° 187, p. 1 et suiv., spéc. p. 2.

³⁶ Art. 270 du CIR 92, modifié par la loi du 22 décembre 1999.

implique que le non-résident ait un établissement belge et que la rémunération soit en principe déductible fiscalement du résultat de cet établissement.

La déduction du précompte professionnel, dans les cas d'une attribution gratuite ou à prix réduit d'actions étrangères ou d'options sur des actions étrangères, n'a donc en règle pas lieu lorsque les bénéficiaires belges sont au service d'une filiale belge de la société étrangère même si, dans le cas des options, la filiale belge est tenue de mentionner l'avantage imposable sur les fiches individuelles et les relevés récapitulatifs de contrôle (*supra*, section 2.2.5).

Dans certains cas toutefois, le précompte professionnel sera dû par la filiale belge. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles la filiale doit être considérée comme l'intermédiaire ou le mandataire lors de l'attribution de l'avantage. La notion d'intermédiaire qui n'est définie ni en droit fiscal, ni en droit commun, est interprétée très largement par l'administration,³⁷ qui considère comme tel celui qui opère la sélection des bénéficiaires et gère la communication du régime d'intéressement aux membres du personnel. Sera donc, aux yeux de l'administration, redevable du précompte professionnel, la filiale belge qui déterminera pour sa maison-mère étrangère le nombre d'options ou d'actions à attribuer à chacun des travailleurs belges ou qui correspondra directement avec ses travailleurs à propos du programme d'intéressement ... et, certainement, la filiale belge qui prendra à charge de son résultat le coût du dit programme afférent aux travailleurs et dirigeants belges.

On a vu (*supra*) que le précompte professionnel n'était dû par un non-résident que lorsque l'avantage rémunérateur était à considérer comme frais professionnel de son établissement belge, c'est-à-dire comme frais déductible des bénéfices imposables de cet établissement.

Dans la matière qui nous occupe,

“en pratique, les seuls frais qui puissent ... être mis à charge de l'établissement belge sont:

- les frais connexes liés à l'attribution des options ou des actions (frais d'administration...);
- la moins-value réalisée par celui qui attribue les options à l'occasion de la cession des actions aux membres du personnel.”³⁸

S'il n'y a pas de frais à charge de l'établissement belge, l'attribution gratuite ou à prix réduit d'actions étrangères et les options sur actions étrangères ne donnent pas lieu à la déduction du précompte professionnel.

Par ailleurs, les frais connexes qui peuvent en pratique être mis à charge de l'établissement belge ne constituent pas l'avantage rémunérateur imposable dans le chef des travailleurs. Quant à la moins-value réalisée à l'occasion de la cession ou de l'attribution des actions, celle-ci n'est pas déductible du bénéfice imposable de l'établissement belge en vertu de l'article 198, 7°, du Code des impôts sur les revenus.

³⁷ Derycke, *op. cit.*, p. 2.

³⁸ *Ibid.*, p. 3.

Il en résulte, à notre avis, que lorsque des options sur actions sont attribuées à des travailleurs et dirigeants occupés dans l'établissement belge d'une société étrangère ou lorsque des actions de cette société sont attribuées gratuitement ou à prix réduit à ces personnes, l'avantage imposable en résultant n'est *jamais* soumis au précompte professionnel,³⁹ sans préjudice toutefois de l'obligation de produire les fiches individuelles et les relevés récapitulatifs (*supra*, section 2.2.5).

3. Les options sur actions et les attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires, en droit fiscal international belge

3.1. Les options sur actions et les attributions gratuites ou à prix réduits d'actions, parts ou parts bénéficiaires attribuées au titre d'un emploi salarié

L'article 15 de la convention modèle de l'OCDE ne définit pas les termes "salaires, traitements et autres rémunérations similaires" reçus au titre d'un emploi salarié. Dès lors, par application de l'article 3, §2, de la convention modèle, il y a lieu de donner à ces termes le sens que lui attribue le droit fiscal de l'Etat concernant les impôts auxquels s'applique le traité calqué sur le modèle.

En ce qui concerne la Belgique, il faut considérer que les avantages résultant, pour des travailleurs salariés, d'options sur actions ou d'attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires, entrent dans le champ d'application de l'article 15 de la convention modèle puisqu'en droit interne belge, toutes les rémunérations, tant en espèces qu'en nature, payées ou attribuées à des travailleurs au titre d'un emploi salarié sont des "rémunérations" d'un tel emploi en application de l'article 31, alinéa 2, 1° et 2°, du Code des impôts sur les revenus.⁴⁰

Le critère déterminant devant régler l'attribution du pouvoir d'imposition des rémunérations des salariés et, partant, des avantages résultant d'options sur actions, d'attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires est, dans un contexte international, le rattachement à l'exercice de l'emploi salarié sur le territoire d'un Etat.

Opérer ce rattachement est toutefois difficile dans des situations où des options s'étalent sur une très longue période, au cours de laquelle le travailleur exerce un emploi salarié dans différents pays.

La date du paiement de la rémunération et, partant, principalement dans le cas des options la date de l'attribution de l'avantage, apparaît être un élément nég-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Pour une application de cette méthode d'interprétation, à propos d'"allocations de préretraite" de source française perçues par un résident belge, voir Bruxelles, 24 septembre 1998, inédit, RG n° 1994/FR/15, commenté dans RGF 1999, p. 28 et suiv.

ligeable par rapport aux liens existants entre l'octroi de la rémunération et l'emploi salarié exercé. La jurisprudence belge règle en effet le pouvoir d'attribution de l'imposition des rémunérations en fonction de l'activité à laquelle se rapportent ces rémunérations.

Ainsi, dans un arrêt du 19 décembre 1997,⁴¹ la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que le pouvoir d'imposition à l'égard d'une indemnité de dédit, accordée à un résident français doit être réparti en fonction de l'endroit où les activités qui ont donné lieu à l'indemnité ont été exercées. Dans un arrêt du 14 novembre 1997, la même Cour d'appel a développé un raisonnement analogue, à propos d'une indemnité de non-concurrence.⁴² Par un arrêt du 24 septembre 1998,⁴³ la Cour d'appel de Bruxelles a encore décidé, à propos d'allocations de préretraite de source française attribuées à un résident belge ayant eu une activité salariée en France, que

“le pouvoir d'imposition appartient en l'occurrence à la France puisque les allocations de préretraite, attribuées au (contribuable) en raison de l'activité professionnelle qu'il exerçait en France, sont des rémunérations imposables dans l'Etat contractant sur le territoire duquel s'exerce l'activité professionnelle source de revenu”.

Dans le cas d'attributions gratuites ou à prix réduit de titres ou d'options sur actions, octroyées à un travailleur salarié qui a déjà été au service d'une société et a effectué pour celle-ci une longue carrière internationale, se pose la question de savoir comment l'avantage résultant des options sur actions ou des attributions gratuites ou à prix réduits doit être imputé aux différents Etats sur le territoire desquels l'emploi a auparavant été exercé. Si la répartition en fonction des activités auxquelles se rapportent les rémunérations semble bien être une position constante de la jurisprudence belge, celle-ci reste toutefois muette sur les critères de rattachement d'une rémunération différée. Faut-il prendre en considération le temps consacré par le bénéficiaire au service de la société ou du groupe dans chaque pays ou faut-il plutôt tenir compte de l'importance de la rémunération gagnée dans les différents pays?⁴⁴

Les options sur actions, dès lors qu'elles s'étalent sur une longue période de temps, posent en règle plus de problèmes en droit fiscal international que les attributions gratuites ou à prix réduit. Dans ces dernières hypothèses, en effet, le moment de l'attribution de l'avantage coïncide avec le moment de l'octroi.

Dans certaines espèces d'attributions gratuites ou à prix réduit de titres, l'avantage a toutefois pu être octroyé au titre de rémunération différée, afférente

⁴¹ Bruxelles, 19 décembre 1997, inédit, commenté par B. Peeters, “Indemnités de dédit et conventions”, *Fiscologue international*, 1998, n° 170, p. 5.

⁴² Bruxelles, 14 novembre 1997, FJF 1999, n° 99/32; voir égal. M. Wauman, “Comment imposer une indemnité de non-concurrence?”, *Fiscologue international*, 1998, n° 170, p. 7 et suiv.

⁴³ Voir note 40.

⁴⁴ “Options sur actions dans un contexte international”, *Fiscologue international*, 1998, n° 179, p. 1 et suiv., spéc. p. 2.

à une activité professionnelle passée. Il faut, dans ces hypothèses, raisonnablement admettre que le pouvoir d'imposition doit être dévolu, à la date de l'attribution gratuite ou avec décote, aux différents Etats sur les territoires desquels l'activité professionnelle récompensée par l'avantage a été antérieurement exercée.

En matière d'options sur actions, la problématique du rattachement à un pouvoir d'imposition a été parfaitement synthétisée dans des articles récents⁴⁵ où les auteurs distinguent, pour la problématique, les options sur actions inconditionnelles et les options sur actions conditionnelles.

Dans le cas des options inconditionnelles, le travailleur peut exercer ces options soit immédiatement après leur attribution, soit à partir d'une date déterminée. Les options conditionnelles ne peuvent elles être exercées par le travailleur qu'après un certain laps de temps, lorsqu'une ou plusieurs conditions sont remplies, l'une de ces conditions étant le plus souvent que l'emploi doit toujours exister au moment de l'exercice des options.

Si les options sont inconditionnelles, leur valeur pécuniaire n'est en règle pas liée aux prestations futures du travailleur pour le compte de son employeur. Pour l'application de l'article 15 de la convention modèle de l'OCDE, les avantages résultant des options sur actions inconditionnelles doivent donc être considérées, à notre avis, comme imposables au titre de rémunération au moment où elles sont attribuées ou au moment où elles deviennent effectivement inconditionnelles.

Dans certaines espèces, il pourrait toutefois être démontré que les actions inconditionnelles ont été attribuées au titre de rémunération différée, afférente à une activité professionnelle antérieurement prestée.⁴⁶ Dans ces cas, il est raisonnable de poser le principe que le pouvoir d'imposition doit, à la date de l'octroi de l'option, être dévolu aux différents Etats sur les territoires desquels l'activité professionnelle passée (et récompensée par l'attribution de l'option) a été exercée.

Si l'on suit l'enseignement des auteurs belges (*supra*, section 1), l'avantage résultant de l'exercice des options sur actions inconditionnelles ne peut relever de l'article 15 de la convention modèle de l'OCDE puisque cet avantage, lorsqu'il est obtenu, n'a plus de lien avec l'emploi salarié. Cet avantage relève plutôt soit de l'article 13, §4 (plus-values), soit de l'article 21 (autres revenus). Dans les deux cas, le pouvoir d'imposition est dévolu exclusivement à l'Etat de résidence.

Une dévolution répartie du pouvoir d'imposition des avantages résultant des options inconditionnelles aux différents Etats sur le territoire desquels une activité salariée a été exercée, comme dans les espèces visées *supra*, porte en germe un risque de double imposition du fait des critères différents de rattachement proportionnel susceptibles d'être retenus par les Etats.

⁴⁵ J. Korpadi, F. Potgens et P. Smit, "Tax aspects of employee share options in Belgium, France, Germany, The Netherlands and the United Kingdom", E.T., 1998, p. 278 et suiv.; "Options sur actions dans un contexte international", *Fiscologue international*, 1978, n° 179.

⁴⁶ Semble relever de l'hypothèse d'école l'attribution d'une option inconditionnelle rémunératoire d'une activité professionnelle future.

Un risque de double imposition existe encore dans le cas suivant. Un travailleur d'un Etat A est imposé, dans cet Etat, sur la valeur d'une option qui lui a été attribuée pour l'exercice de son activité salariée dans cet Etat. Il émigre ensuite dans un pays B qui impose l'avantage obtenu lors de l'exercice de l'option (sur pied des articles 13, §4 ou 21 de la convention modèle de l'OCDE) sans tenir compte de l'imposition de la valeur de l'option établie antérieurement par l'Etat A.

Dans le cas des options conditionnelles, le pouvoir d'imposition de l'avantage en résultant devrait, à notre avis, pour respecter l'article 15 de la convention modèle de l'OCDE, être réparti entre les différents Etats sur les territoires desquels l'activité salariée a été exercée, à tout le moins depuis le jour où l'option a été accordée jusqu'au jour où l'option est devenue inconditionnelle.

Nous avons vu (*supra*, section 2.2.1) que la loi belge du 26 mars 1999 anticipait l'imposition de l'avantage résultant des options conditionnelles en négligeant de tenir compte des conditions suspensives ou résolutoires dont ces options sont affectées. Ce faisant, la loi belge augmente sensiblement le risque de double imposition internationale. Le seul remède à celle-ci est la procédure amiable prévue par l'article 25 de la convention modèle de l'OCDE.

3.2. Les options sur actions et les attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts ou de parts bénéficiaires attribuées à des membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société

L'article 16 de la convention modèle de l'OCDE ne définit pas les "rétributions" qui sont reçues en qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société. Dès lors, comme dans le cas des salaires et autres rémunérations similaires des professions dépendantes, par application de l'article 3, §2, de la convention modèle, il y a lieu de donner à ce terme le sens que lui attribue le droit fiscal de l'Etat concernant les impôts auxquels s'applique le traité calqué sur le modèle.

En ce qui concerne la Belgique, il faut considérer que les avantages résultant pour des membres de l'organe d'administration d'une société, d'options sur actions ou d'attributions gratuites ou à prix réduit d'actions, de parts et de parts bénéficiaires, entrent dans le champ d'application de l'article 16 de la convention modèle puisqu'en droit interne belge, tous les avantages en espèces et en nature, payés ou attribués à ces personnes sont des "rémunérations" de leur mandat en application de l'article 32, alinéa 2, 2^o, du Code des impôts sur les revenus.⁴⁷

⁴⁷ Nous ferons abstraction, dans la suite de l'exposé, des problèmes particuliers pouvant être posés dans le domaine international, par le principe dit "d'attraction". En vertu de ce principe de droit interne belge, les rémunérations taxables au titre de revenus professionnels d'un dirigeant d'entreprise comprennent tous les avantages obtenus par ce dernier sous quelque forme que ce soit et trouvant directement ou non leur origine dans l'exercice du mandat au profit de la société: il n'est pas nécessaire que la rémunération versée au dirigeant soit la contrepartie d'une prestation professionnelle de dirigeant (Cass., 16 janvier 1992, Pas., 1992, I, 420).

Comme il est difficile de déterminer l'endroit où ont été rendus les services d'un membre de l'organe d'administration d'une société, l'article 16 de la convention modèle prend pour unique critère de l'attribution du pouvoir d'imposition sur les rétributions de cette personne, l'Etat de la résidence de la société considérée. En d'autres termes, l'article 16 de la convention modèle traite les services d'un membre de l'organe d'administration comme ayant été rendus dans l'Etat de la résidence de la société.

Un tel critère ne doit, en règle, poser aucun problème de répartition entre les Etats du pouvoir d'imposition dans le cadre des options sur actions ou des attributions gratuites ou avec décote. Dans certains cas, toutefois, un problème de répartition peut surgir. Il s'agit notamment des espèces où une personne exerce des mandats à la fois au sein d'une société belge et au sein d'une société étrangère d'un même groupe et où les options ont été attribuées en raison du double mandat. Dans une telle hypothèse, il est raisonnable de répartir la dévolution du pouvoir d'imposition entre les deux Etats concernés au prorata de l'activité exercée par le bénéficiaire de l'option au profit de chacune des deux sociétés.

Certaines conventions préventives de la double imposition conclues par la Belgique adoptent, pour une partie de la rémunération des dirigeants de sociétés, un critère de rattachement similaire à celui retenu pour les salariés par l'article 15 de la convention modèle de l'OCDE, à savoir l'exercice de fonctions réelles et permanentes dans un établissement stable situé dans l'Etat autre que celui dont la société est résidente.⁴⁸ Dans ces traités, le critère de la résidence de la société ne cède toutefois généralement le pas au critère de l'exercice de l'activité dans un établissement stable situé sur le territoire de l'autre Etat qu'à la condition que les rémunérations de l'espèce aient été supportées par cet établissement stable.

On a vu (*supra*, section 2.3) qu'en pratique, en matière d'option sur actions ou d'attribution gratuite ou à prix réduits d'actions, les seuls frais qui puissent comptablement être mis à charge d'un établissement sont, d'une part, les frais connexes liés à l'attribution des options ou des actions (frais d'administration, ...) et, d'autre part, la moins-value réalisée par celui qui attribue les avantages à l'occasion de la cession des actions.

Comme les faits connexes qui peuvent en pratique être supportés par l'établissement ne constituent pas l'avantage rémunérateur imposable dans le chef du membre de l'organe d'administration, le critère de l'activité exercée au service de l'établissement ne pourra jouer.

Par ailleurs, un établissement belge d'une société étrangère, ne peut *fiscalement* supporter la moins-value réalisée à l'occasion de la cession ou de l'attribution des actions (*supra*, section 2.3). Dans l'hypothèse où un établissement belge supporterait comptablement une telle moins-value, le critère de l'exercice de fonctions réelles dans un établissement stable belge ne sera pas non plus amené à jouer.

⁴⁸ Cf. notamment l'art. 16, §3, du traité belgo-néerlandais; article 16, §3, du traité belgo-allemand; art. 16, §2, du traité belgo-autrichien; art. 16, §3, du traité belgo-danois.

On aperçoit immédiatement que le critère de rattachement de l'article 16 de la convention modèle élimine considérablement, dans le cas des membres de l'organe d'administration d'une société, le risque de double imposition.

Ce risque subsiste toutefois notamment dans l'hypothèse des mandats multiples (*supra*) ou dans le cas des traités renvoyant aux règles applicables aux salariés pour les rémunérations reçues, par un administrateur en raison de l'exercice d'une activité journalière de direction ou de caractère technique,⁴⁹ lorsqu'un dirigeant est imposé, en Belgique, sur la valeur d'une option qui lui a été attribuée ou sur l'avantage résultant d'une attribution gratuite ou avec décote et que l'intéressé émigre ensuite dans un Etat qui impose l'avantage obtenu lors de l'exercice de l'option ou lors de la revente des actions (sur pied des articles 13, §4 ou 21 de la convention modèle) sans tenir compte de l'imposition belge antérieure.

Le même risque n'existe pas en cas d'immigration en Belgique dès lors que cet Etat n'impose pas la plus-value résultant de cession d'actions faisant partie du patrimoine privé,⁵⁰ ni l'avantage résultant de l'exercice d'une option non affectée à une activité professionnelle (*supra*, section 2.2.1).

4. Evaluation

La nouveauté des dispositions relatives au régime fiscal des options sur actions, leur originalité par rapport au régime précédemment en vigueur, l'absence de toute expérience judiciaire en ce qui les concerne et encore, au moment où ces lignes sont écrites, l'absence de toute interprétation administrative n'autorisent pas une évaluation suffisamment nuancée.

A l'exception de certains points mineurs (*supra*, section 2.2.4), le caractère clair et précis des dispositions de la loi du 26 mars 1999 devrait éviter des difficultés d'application.

On regrettera toutefois que le législateur, en réglementant les options sur actions, se soit abstenu d'aborder les opérations pourtant fort proches d'attributions gratuites ou à prix réduits de titres, opérations pour lesquelles subsistent de nombreuses incertitudes quant au régime fiscal applicable.

A l'exception de certains points mineurs encore les solutions retenues par le législateur belge sont conformes aux traités préventifs de la double imposition et ne devraient, sur le plan international, pas engendrer de cas de double imposition choquants ou, à tout le moins, sans remède.

⁴⁹ Cf. notamment art. 16 de la convention belgo-irlandaise.

⁵⁰ A l'exception des plus-values réalisées à l'occasion de cession à des sociétés non résidentes de participations importantes dans des sociétés belges (art. 90, 9°, du Code des impôts sur les revenus).

Summary

It has always been the case in Belgium, except for some rare exceptions, that gains obtained by individuals on stocks and shares held among their private assets, are not subject to tax. Within a tax regime which ignores such gains but which, in contrast, considers as professional income the benefits of any kind obtained by reason of or on the occasion of exercising one's professional activity, logic imposed the adoption of a tax regime of options on shares or free allocations or at a reduced price by likening the taxable basis to the estimated value of the benefit at the time of its grant and by permitting, furthermore, a flat-rate determination of the value of such a benefit in the event of the non-existence of any market quotation or reference market. A law of 27 December 1984, clumsily worded, and some less than happy administrative circulars, had adopted, with regard to share options, the inverse solution: the taxable benefit was constituted by the excess that the value of the shares or portions represents to employees when the share option is raised compared to the price of the option.

By the law of 26 March 1999, the Belgian tax regime reincorporated the comfort of logic: the benefit obtained because of or on the occasion of the professional activity of the beneficiary in the form of an option, is taxable at the time of the allocation of that option (even if it is subject to suspensive or resolutive conditions) and in the absence of any reference market rate, the valuation of that benefit is determined by means of the flat-rate evaluation rules.

Within such a regime, there is normally no adjournment of the taxable event and the tax. The granting of the option coincides with the granting of the taxable benefit and with the actual tax debt (to the extent that the latter is as a rule collected by means of a deduction, by the company, from other remuneration paid in cash to the beneficiary).

The Belgian internal tax regime recently adopted does not eliminate the double-taxation risks on the international plane. Hence, the employee normally taxed in Belgium on the value of an option which has been allocated to him for the exercise of his activity in that state, and then emigrating to another country which taxes him on the benefit obtained on exercising the option, will suffer double taxation of the economic value of the option at the time of its grant. In the case of conditional options, the risk of double taxation will be greater because Belgian law anticipates taxing the benefit resulting from the grant of the option by neglecting to take into account the conditions attaching to such options. An employee can therefore be taxed in Belgium on the value of a conditional option which has been allocated to him for the exercise of his salaried activity in that state and then emigrating to another country which taxes the benefit on the occasion of exercising the option, he will suffer double taxation.

In the case of the grant of an option, by reason of a long, earlier professional career, abroad and in Belgium, a constant position of Belgian jurisprudence, based on article 15 of the OECD model convention, considerably attenuates the risk of double taxation. According to the Belgian courts, the date of payment of the remuneration is a negligible element compared to the link existing between the granting of the remuneration and the employment exercised: the power of allocation of the taxation is regulated as a function of the activity to which such remuneration relates. It is however impossible to derive from the decisions given in Belgium precise criteria attaching to deferred remuneration (the time spent or the importance of the duties or the size of the remuneration).

The new tax regime introduced by the law of 26 March 1999 is obviously not mature in the absence of any judicial experience and in the absence of any administrative directive. This lack of experience obviously makes it difficult to formulate a description of the regime or any conclusion about it.

Zusammenfassung

Bis auf ganz wenige Ausnahmen sind Wertsteigerungen, die natürliche Personen mit Wertpapieren in ihrem Privatvermögen erzielen, in Belgien seit jeher steuerfrei. Bei einem Steuersystem, das diese Wertsteigerungen unberücksichtigt lässt, dagegen Vorteile jeder Art, die aufgrund oder im Zusammenhang mit der Ausübung einer Berufstätigkeit erwachsen, als Berufseinkünfte betrachtet, hätte logischerweise eine Steuerregelung für Aktienbezugsrechte oder Gratisaktien oder Aktien zu Vorzugskursen erfolgen müssen, nach der die Bemessungsgrundlage dem geschätzten Wert des Vorteils zum Zeitpunkt seiner Gewährung entspricht und die im übrigen eine pauschale Bewertung eines solchen Vorteils ermöglicht, wenn kein Kurs oder Marktpreis vorliegt. Mit einem unglücklich formulierten Gesetz vom 27. Dezember 1984 und ebenso unglücklichen Verwaltungsverordnungen ist jedoch in bezug auf *stock options* genau die gegenteilige Lösung gewählt worden: Als steuerpflichtiger Vorteil galt die Differenz zwischen dem Wert der Aktien oder Anteile zum Zeitpunkt der Ausübung der Option durch den Arbeitnehmer und dem Optionspreis.

Mit Gesetz vom 26. März 1999 wurde jedoch die Steuerlogik wiederhergestellt: Der aufgrund oder im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit verbundene Vorteil in Form einer Option ist zum Zeitpunkt der Gewährung dieser Option steuerpflichtig (selbst wenn die Ausübung der Option an Fristen oder Bedingungen gebunden ist), und falls ein Referenzkurs nicht vorliegt, wird der Wert dieses Vorteils pauschal festgelegt.

Nach diesem System gibt es normalerweise keinen Aufschub der Besteuerung und der Steuerfälligkeit. Die Gewährung der Option ist gleichbedeutend mit der Gewährung des steuerpflichtigen Vorteils und der Besteuerung desselben (soweit die Steuer normalerweise vom Unternehmen von der übrigen Entlohnung einbehalten wird).

Diese neue belgische Steuerregelung bedeutet nicht, dass die Gefahr einer Doppelbesteuerung auf internationaler Ebene beseitigt worden ist. So erfolgt bei einem Arbeitnehmer, der normalerweise in Belgien in bezug auf den Wert einer ihm für eine Tätigkeit in diesem Land gewährten Option besteuert wird und der anschliessend in ein anderes Land auswandert, das den bei der Ausübung der Option realisierten Vorteil besteuert, eine Doppelbesteuerung des Wertes der Option zum Zeitpunkt ihrer Gewährung. Im Fall von bedingten Optionen ist das Risiko einer Doppelbesteuerung noch grösser, da nach belgischem Recht der sich aus der Gewährung der Option ergebene Vorteil besteuert wird, während die an diese Option geknüpften Bedingungen unberücksichtigt bleiben. Somit kann ein Arbeitnehmer in Belgien in bezug auf den Wert einer bedingten Option, die ihm für seine unselbständige Tätigkeit in diesem Land gewährt wird, besteuert werden und wird doppelt besteuert, wenn er anschliessend in ein Land auswandert, das den ihm bei der Ausübung der Option entstehenden Vorteil besteuert.

Im Fall der Gewährung einer Option aufgrund einer langen beruflichen Tätigkeit im Ausland und in Belgien wird die Gefahr einer Doppelbesteuerung durch eine einheitliche belgische Rechtsprechung, die sich auf Artikel 15 des Musterabkommens der OECD stützt, beträchtlich gemindert. Nach Auffassung der belgischen Gerichte ist der Zeitpunkt der Zahlung der Vergütung angesichts des Zusammenhangs zwischen ihrer Gewährung und der ausgeübten Tätigkeit bedeutungslos. Das Besteuerungsrecht richtet sich vielmehr nach der Tätigkeit, für die diese Vergütung geleistet wurde. Allerdings ist es nicht möglich, anhand der in Belgien ergangenen Gerichtsentscheidungen genaue Kriterien für die Behandlung einer Gehaltsumwandlung festzustellen (Zeitdauer der Tätigkeit oder Bedeutung der Aufgaben oder Umfang der Vergütung).

Die neue durch das Gesetz vom 26. März 1999 in Kraft getretene Steuerregelung ist offensichtlich noch nicht ausgereift, da es bisher weder einschlägige Gerichtsentscheidungen noch Verwaltungsvorschriften gibt. Aufgrund dieser fehlenden Erfahrungen ist es natür-

BELGIUM

lich schwierig, das geltende System eingehend zu beschreiben und gültige Schlussfolgerungen zu ziehen.

Resumen

Salvo raras excepciones, no están sujetas a gravamen las plusvalías de títulos y valores del patrimonio privado de las personas físicas realizadas en Bélgica. En un régimen fiscal que ignora estas plusvalías pero que, por contra, considera rentas profesionales los beneficios de cualquier naturaleza obtenidos en razón o por el ejercicio de una actividad profesional, la lógica imponía la adopción de un sistema tributario de opciones sobre acciones o de entregas gratuitas o a precio reducido, asimilando la base imponible al valor estimado del beneficio en el momento de su concesión, y permitiendo, por otra parte, fijar un valor estimado del beneficio cuando no exista cambio/precio o mercado de referencia. Una Ley de 27 de diciembre de 1984, de redacción poco afortunada, así como varias circulares administrativas poco felices adoptaron, en materia de opciones sobre acciones, la solución inversa: el beneficio imponible se constituye por la diferencia entre el valor de cotización de las acciones o participaciones entregadas a los trabajadores al realizar el derecho de opción y el precio de la opción.

Con la Ley de 26 de marzo de 1999, el régimen fiscal belga ha reinstaurado la lógica: el beneficio en forma de opción, obtenido en razón o por el ejercicio de una actividad profesional, se grava en el momento de su atribución (aunque esté sujeta a condiciones suspensivas o resolutorias). A falta de cambio/precio de referencia, el valor del beneficio viene determinado por una serie de reglas de evaluación estimada.

En este régimen no existe, normalmente, diferimiento del hecho imponible y de la imposición. La entrega de la opción coincide con la del beneficio gravable y con la percepción del propio impuesto (la empresa aplica una retención sobre el resto de retribuciones dinerarias del beneficiario).

El sistema tributario interno belga adoptado recientemente no elimina el riesgo de la doble imposición internacional. El trabajador, normalmente gravado sobre el valor de una opción atribuida por el ejercicio de su actividad en Bélgica, que seguidamente emigra a otro país que grava el beneficio obtenido al ejercitar la opción, sufrirá una doble imposición del valor económico de la opción en el momento de su concesión. En las opciones condicionales el riesgo de doble imposición es mayor al anticipar la ley la imposición del beneficio resultante de su entrega, haciendo caso omiso de las condiciones de las mismas. En consecuencia, un trabajador que ve gravado el valor de una opción condicional atribuida por el ejercicio de su actividad en Bélgica, sufrirá una doble imposición si emigra a otro país que grave el beneficio al ejercitar la opción.

En los casos de entrega de opciones por una dilatada carrera profesional, realizada en el extranjero y en Bélgica, la jurisprudencia belga ha adoptado una posición constante, basada en el artículo 15 del convenio modelo de la OCDE, que reduce el riesgo de doble imposición. Según los tribunales belgas, la fecha de pago de la remuneración no es un dato determinante respecto del vínculo existente entre la concesión de la remuneración y el empleo ejercido: la potestad de imposición viene determinada por la actividad a que se refieren las remuneraciones. No cabe separar las resoluciones emitidas en Bélgica de los criterios de conexión de una remuneración diferida (el tiempo dedicado, la importancia de las funciones o la importancia de la remuneración).

Dada la reciente instauración del nuevo régimen fiscal incorporado por la Ley de 26 de marzo de 1999, aún no existe jurisprudencia ni se han publicado directrices administrativas. Esta falta de experiencia hace que sea difícil formular una exposición descriptiva del régimen, así como establecer las pertinentes conclusiones.