

## SOMMAIRE

- p. 1/ La cotisation sur les commissions secrètes en 2011
- p. 7/ Gestion du patrimoine privé et taxation des plus-values sur actions : quand le fisc accentue la pression.
- p. 10/ Les étudiants peuvent travailler 50 jours/an sans être assujettis

## La cotisation sur les commissions secrètes en 2011

### Une cotisation distincte à l'impôt des sociétés

#### Impôt des sociétés

La cotisation sur les commissions secrètes est une cotisation distincte spéciale à l'impôt des sociétés (art. 219, CIR 1992). Elle ne peut donc être appliquée qu'aux sociétés et jamais aux entreprises qui sont imposées à l'impôt des personnes physiques.

#### Taux

La cotisation est de 300 % (art. 219, al. 2 CIR 1992), mais ce taux peut encore être majoré de la contribution complémentaire de crise (art. 463bis, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> CIR 1992). La contribution complémentaire de crise s'élève à 3 centimes additionnels, de sorte que le taux effectif de la cotisation sur les commissions secrètes est de 309 % (300 % × 103 %).

Le taux est le même pour toutes les sociétés et aucune distinction n'est opérée entre grandes et petites entreprises.

#### Exercice d'imposition

La cotisation spéciale est rattachée à l'exercice d'imposition afférent à la période imposable déterminée au cours de laquelle la circonstance donnant ouverture à

ladite cotisation s'est produite (art. 206 AR/CIR 1992), c'est-à-dire l'exercice d'imposition pour l'exercice comptable au cours duquel les commissions secrètes ont été payées, les bénéfices dissimulés ont été réalisés ou les sommes dans le cadre d'une corruption ont été payées (voir *infra*, « Quand la cotisation est-elle appliquée? »).

#### Déduction au titre de frais professionnels

L'impôt des sociétés ordinaire ne constitue pas des frais professionnels déductibles pour une société. En d'autres termes, c'est une dépense non admise. La cotisation sur les commissions secrètes est en revanche déductible au titre de frais professionnels (art. 198, 1<sup>o</sup> CIR 1992). Il en va de même des commissions secrètes proprement dites, sur lesquelles la cotisation est établie (art. 197 CIR 1992).

#### La déduction des intérêts notionnels, les pertes, etc. ne sont pas déductibles de l'assiette

Il convient éventuellement de déduire du bénéfice imposable d'une société la déduction RDT, la déduction pour les revenus de brevets, la déduction des intérêts notionnels, les pertes antérieures et la déduction pour investissements. Si ces postes de déduction sont supérieurs au bénéfice imposable d'un exercice d'imposition déterminé, la société ne paie pas d'impôt des sociétés pour cette année.

Aucun de ces postes de déduction ne peut cependant être porté en déduction des montants soumis à la cotisation sur les commissions secrètes (art. 207, al. 2 CIR 1992).

### Exemple

Une société a, pour l'exercice d'imposition 2010, une perte fiscale de € 30.000 et pour l'exercice d'imposition 2011, un bénéfice fiscal (avant déduction des pertes) de € 25.000. La perte est déductible du bénéfice, de sorte qu'il n'y a pas de base imposable et que le solde de la perte, € 5.000, peut être reporté à l'exercice d'imposition 2012.

Lors d'un contrôle, il est constaté que le dirigeant d'entreprise a bénéficié d'avantages de toute nature à concurrence de € 1.500, lesquels ne sont pas mentionnés sur sa fiche de rémunération, et le contrôleur applique à cet avantage la cotisation sur les commissions secrètes. La société doit donc payer € 4.635 d'impôt ( $€ 1.500 \times 309\%$ ), même s'il lui reste un solde de pertes déductibles de € 5.000.

## Quand la cotisation peut-elle être appliquée ?

### Commissions secrètes

La cotisation peut, en premier lieu, être appliquée lorsqu'une société omet d'établir des fiches individuelles (281) et des relevés récapitulatifs (325) lorsque c'est légalement obligatoire. C'est notamment le cas pour les dépenses suivantes (art. 57 CIR 1992):

- 1° commissions, courtages, ristournes commerciales ou autres, vacations ou honoraires occasionnels ou non, gratifications, rétributions ou avantages de toute nature qui constituent pour les bénéficiaires des revenus professionnels imposables ou non en Belgique, à l'exclusion des rémunérations du conjoint aidant ;
- 2° rémunérations, pensions, rentes ou allocations en tenant lieu, payées aux membres du personnel, aux anciens membres du personnel ou à leurs ayants droit, à l'exclusion des avantages sociaux exonérés dans le chef des bénéficiaires ;
- 3° indemnités forfaitaires allouées aux membres du personnel en remboursement de frais effectifs propres à l'employeur.

Si ces commissions, honoraires, rémunérations, avantages, indemnités, etc. sont attribués mais ne sont pas mentionnés sur une fiche, ils peuvent être considérés comme des « commissions secrètes » et le fisc peut donc appliquer une cotisation de 309 % sur celles-ci.

Attention ! Du fait de la mention explicite, à l'article 219 du CIR 1992 des avantages de toute nature, il n'y a (plus) aucune discussion possible concernant le fait que la cotisation sur les commissions secrètes peut aussi être appliquée aux avantages qui ne constituent pas des frais pour la société, mais un manque à gagner. En pratique, l'exemple le plus fréquent d'un tel avantage est « l'intérêt débiteur fictif » sur un prêt gratuit (généralement en compte courant) qu'une société accorde à son ou ses dirigeants d'entreprise et/ou à des travailleurs (voir Com.IR 219/2-3).

Remarque : depuis quelques années, les fiches 281 doivent être introduites électroniquement, de sorte que l'établissement d'un relevé 325 est devenu superflu.

### Bénéfices dissimulés

La cotisation sur les commissions secrètes s'applique aussi aux « bénéfices dissimulés ». Ce sont les bénéfices qui ont été constatés par le fisc mais qui ne figurent pas dans le résultat comptable de la société et ne se retrouvent donc pas davantage dans les éléments du patrimoine de la société. Il s'agit en particulier du chiffre d'affaires réalisé en noir par une société (*Q. et R.*, Chambre 2002-2003, n° 16, 31 janvier 2000, 1772 – *Q.* n° 15 de Mme Van de Castele du 1<sup>er</sup> septembre 1999).

La cotisation sur les commissions secrètes est appliquée aux bénéfices dissimulés, parce qu'il est présumé que ces bénéfices ont quitté la société pour rejoindre celui du ou des dirigeants d'entreprise. Par le passé, le fisc devait le prouver, mais comme ce n'était souvent pas possible sans une accumulation non autorisée de présomptions (avec pour conséquence que les cotisations étaient annulées par le tribunal), la loi a été adaptée en ce sens que cette preuve n'est désormais plus nécessaire. Il suffit que le fisc prouve qu'il existe des bénéfices dissimulés.

Les réserves occultes qui correspondent à des sous-estimations d'éléments de l'actif (p. ex. la sous-estimation du stock) ou à des surestimations d'éléments du passif (p. ex. une dette payée qui n'a pas

été contre-passée) ne constituent cependant pas des bénéfices dissimulés (art. 219, al. 3 CIR 1992). La cotisation sur les commissions secrètes ne peut dès lors pas leur être appliquée.

## Sommes liées à une corruption

Enfin, la cotisation distincte trouve également à s'appliquer aux avantages financiers ou de toute nature visés à l'article 53, 24° du CIR 1992. Il s'agit des commissions, courtages, ristournes commerciales ou autres, vacations ou honoraires occasionnels ou non, gratifications, rétributions ou avantages de toute nature qui sont accordés, directement ou indirectement, à une personne dans le cadre d'une corruption.

## La cotisation est-elle une sanction pénale?

### Le caractère indemnitaire de la cotisation

Selon le fisc, le taux élevé de la cotisation spéciale doit faire en sorte que les contribuables n'aient pratiquement jamais plus intérêt à s'abstenir de fournir les justifications requises (Com.IR 219/15). Selon la Cour de cassation, la cotisation n'a pas un caractère pénal, dans la mesure où elle tend à indemniser la perte de l'impôt et des cotisations sociales (sur les commissions secrètes) (Cass., 10 septembre 2010, [www.cass.be](http://www.cass.be)). Précédemment, les Cours d'appel de Bruxelles et d'Anvers avaient déjà aussi statué en ce sens (Bruxelles, 20 septembre 2007 et Anvers, 15 septembre 2009). Cela signifie que la cotisation, « dans la mesure où » elle a un caractère indemnitaire, n'est pas une sanction pénale au sens de l'article 6 de la C.E.D.H. et que le juge ne peut pas modérer la cotisation.

### Nuance

D'aucuns considèrent que la formulation de la Cour de cassation (« dans la mesure où ») laisse encore la possibilité que la cotisation soit quand même dans une certaine mesure une sanction pénale et pourrait donc être modérée par le juge (voir p. ex. *Fisco-log*, n° 1223, 6). La cotisation fait en effet plus que seulement compenser la perte d'impôts et de cotisations sociales.

### Exemple

Une société attribue une rémunération à un dirigeant d'entreprise sur laquelle ce dernier devra payer au total 60 % en impôt des personnes phy-

siques et en cotisations sociales et mentionne cette rémunération sur une fiche. Si le dirigeant d'entreprise souhaite conserver € 1.000 de cette rémunération, la société doit payer € 2.500 ( $1.000 / (100 - 60) \times 100$ ). La rémunération constitue cependant des frais professionnels déductibles. Si la société est soumise au taux ordinaire de l'impôt des sociétés, la rémunération lui coûte donc en net € 1.650,25 ( $2.500 \times (100 - 33,99)$ ).

Si la rémunération n'est pas mentionnée sur une fiche 281.20, elle coûte à la société € 4.090 brut, à savoir € 1.000 de rémunération nette, plus € 3.090 de cotisation sur les commissions secrètes ( $\text{€ } 1.000 \times 309 \%$ ). La rémunération proprement dite et la cotisation sur les commissions secrètes constituent cependant des frais professionnels déductibles. Si la société est soumise au taux ordinaire de l'impôt des sociétés, la rémunération lui coûte donc en net € 2.699,81 ( $\text{€ } 4.090 \times (100 - 33,99)$ ). C'est donc nettement plus que si la rémunération avait bel et bien été mentionnée sur la fiche.

## La cotisation est-elle contraire au principe d'égalité?

La Cour constitutionnelle s'est déjà vu poser à plusieurs reprises la question de savoir si l'article 219 du CIR 1992 ne violait pas le principe constitutionnel d'égalité, du fait qu'il n'opère aucune distinction entre les sociétés dont certains frais n'ont été qualifiés qu'ultérieurement d'avantage de toute nature imposable dans le chef d'un gérant (alors que toutes les données, comme le nom du bénéficiaire et le montant, avaient cependant été reprises intégralement dans la comptabilité, en sorte que ce gérant avait été ou avait pu être imposé sur ces montants) et les sociétés ayant fait des frais dont le caractère d'avantage professionnel de toute nature imposable était établi dans le chef du gérant, mais qui ont délibérément omis de respecter l'obligation de justification particulière.

Selon la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité n'est pas violé. Le fait de ne pas produire de fiches individuelles ni de relevé récapitulatif constitue, selon la loi, une indication suffisante pour que la cotisation spéciale soit établie. La loi ne fait aucun lien entre la déduction des frais professionnels et leur imposition ou non dans le chef des bénéficiaires. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il y ait intention frauduleuse (Cour constitutionnelle, arrêt n° 28/2003 du 19 février 2003 et arrêt n° 72/2004 du 5 mai 2004, [www.const-court.be](http://www.const-court.be)).

## Quand la cotisation n'est-elle pas appliquée ?

### Exception légale

La loi prévoit une seule exception à la cotisation sur les commissions secrètes. Lorsqu'il s'agit de commission secrètes (donc pas de bénéfices dissimulés ou de sommes liées à une corruption), la cotisation ne doit quand même pas être appliquée, si le bénéficiaire peut démontrer qu'il a inscrit ces revenus dans une déclaration à l'impôt des personnes physiques correcte et déposée dans les délais (art. 219, al. 4 CIR).

Selon les prescriptions administratives, le fisc est tenu, si le contribuable est de bonne foi, de collaborer en vue de retrouver la déclaration du bénéficiaire concerné, notamment dans le cas où les relations entre la société et le bénéficiaire se seraient détériorées (Com.IR 219/10).

Attention! Pour les indemnités qu'une société paie à ses travailleurs et/ou à ses dirigeants d'entreprise en remboursement de frais propres à l'employeur (ou à la société), il n'est pas possible d'éviter la cotisation sur les commissions secrètes de cette manière. La société doit certes mentionner ces indemnités sur les fiches 281, mais le travailleur ou le dirigeant d'entreprise ne doit pas les mentionner dans sa déclaration à l'impôt des personnes physiques (en effet, ces indemnités ne sont en principe pas imposables dans le chef du bénéficiaire). La Cour constitutionnelle n'y voit cependant pas une inégalité de traitement entre, d'une part, les sociétés qui omettent de mentionner des rémunérations imposables sur une fiche et, d'autre part, les sociétés qui omettent de mentionner des remboursements de frais propres à l'employeur ou à la société sur une fiche (Cour constitutionnelle, arrêt n° 132/2010 du 25 novembre 2010, [www.const-court.be](http://www.const-court.be)).

### Traitement comptable dans les délais

La cotisation sur les commissions secrètes ne peut pas trouver à s'appliquer lorsque la société a traité correctement et dans les délais les rémunérations, honoraires, indemnités, etc. attribués ou le chiffre d'affaire réalisé dans sa comptabilité. Si tel a été le cas, il n'est en effet plus question de commissions secrètes ou de bénéfices dissimulés.

Attention! Par le passé, la plupart des contrôleurs, de même que le ministre des Finances, acceptaient que, pour éviter la cotisation sur les commissions

secrètes, vous puissiez encore effectuer cette comptabilisation ultérieurement, à savoir seulement après la constatation des avantages ou des bénéfices dissimulés lors d'un contrôle. Ce type de régularisation comptable tardive n'est désormais plus autorisé (voir *infra*, « Tolérance administrative actuelle »).

Selon le point de vue récent, la cotisation sur les commissions secrètes ne peut plus être évitée par un traitement comptable que si la comptabilisation intervient avant l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale. Une rectification ultérieure dans la comptabilité, assortie du dépôt de comptes annuels modifiés, ne serait plus possible. Quoique... Le commentaire administratif laisse entrevoir que ce serait cependant encore possible dans le cas de bénéfices dissimulés (voir ci-après).

### Commission secrète

Le traitement d'une commission secrète dans la comptabilité est surtout utilisé pour les avantages de toute nature qu'une société a fournis à son ou ses dirigeants d'entreprise. L'avantage est comptabilisé par le débit du compte courant du dirigeant d'entreprise concerné et le crédit d'un compte de produits (ou d'un compte de charges négatif).

Il ne faut plus établir de fiche et une cotisation sur les commissions secrètes ne peut être appliquée, étant donné qu'il n'y a plus d'avantage imposable dans le chef du dirigeant d'entreprise. Ce dernier devra cependant rembourser cet avantage ultérieurement à sa société, au plus tard au moment de la dissolution de cette dernière.

Par la comptabilisation, les avantages sont par ailleurs sortis des charges de la société, de sorte que cette dernière a un bénéfice imposable plus élevé, à concurrence du montant des avantages comptabilisés, et devra donc payer un impôt des sociétés plus élevé (même si ce n'est éventuellement que plus tard, s'il n'y a actuellement pas de base imposable, p. ex. à la suite de la déduction des pertes reportées de la société).

Remarque: le montant qui doit être comptabilisé en compte courant est celui de l'avantage, et non celui des frais que la société a faits. Cela signifie, pour les avantages évalués de manière forfaitaire (p. ex. les avantages auto, habitation, PC, etc.), que le produit pour la société sera généralement inférieur aux frais qu'elle a faits pour offrir l'avantage au dirigeant d'entreprise.



## Bénéfices dissimulés

Selon le ministre des Finances, vous pouvez réintégrer les bénéfices dissimulés dans le patrimoine de la société après adaptation, si le droit comptable le permet, des comptes annuels de l'exercice comptable pendant lequel ils ont été réalisés par la société. Cette correction doit bien entendu avoir lieu dans les délais légaux d'imposition des revenus de la période imposable en question (voir *Q. et R.*, Chambre 2008-2009, n° 47, 2 février 2009, 9 – *Q.* n° 20 de M<sup>me</sup> Claes du 14 janvier 2009, citée dans le Com.IR 219/12). Les bénéfices dissimulés sont dans ce cas comptabilisés dans les produits, normalement avec un débit du compte courant du dirigeant d'entreprise en contrepartie.

Il est à remarquer que cette réponse laisse entendre que pour les bénéfices dissimulés, une comptabilisation de régularisation après l'approbation des comptes annuels (mais avant le contrôle) serait quand même possible, «si le droit comptable le permet». Dans ce cas, la société devra cependant faire approuver et déposer des comptes annuels modifiés.

## Sommes liées à une corruption

En ce qui concerne les sommes payées dans le cadre d'une corruption, la cotisation sur les commissions secrètes ne peut être évitée par une comptabilisation en résultat de ces sommes.

## Tolérance administrative par le passé

Jusqu'il y a peu, la cotisation sur les commissions secrètes n'était que rarement appliquée en pratique. La plupart des contrôleurs étaient disposés à clôturer un contrôle fiscal sur une solution pragmatique.

Récemment, le fisc a cependant fait savoir que cette complaisance appartenait définitivement au passé, tout d'abord dans une circulaire du 1<sup>er</sup> décembre 2010 (cir. n° Ci.RH. 421/605.074, qui a remplacé intégralement le commentaire administratif de l'art. 219 CIR 1992), ensuite, dans la réponse à une question orale posée par un député (*Q. orale* n° 2132 de M. Van der Maelen, commission des Finances de la Chambre, Criv 53, Com 098, 52) et, enfin, dans une «instruction interne» non publiée du 27 juillet 2011.

Les solutions pragmatiques utilisées précédemment étaient l'inscription des commissions secrètes comme dépenses non admises de la société, la déclara-

tion (tardive) à l'impôt des personnes physiques et la comptabilisation (tardive) dans le résultat de l'entreprise.

## L'inscription des commissions secrètes comme dépenses non admises de la société

Par le passé, il était parfois encore possible, p. ex. pour les avantages de toute nature constatés lors d'un contrôle, d'éviter la cotisation sur les commissions secrètes en inscrivant les avantages (éventuellement majorés fictivement de l'impôt des personnes physiques et des cotisations pour l'ONSS ou le statut social dûs) dans les dépenses non admises de la société.

Cette pratique n'a cependant plus guère été utilisée ces dix dernières années. Le ministre des Finances a en effet indiqué plusieurs fois clairement au parlement que cette façon de procéder n'était pas acceptée (*Q. et R.*, Chambre 1993-94, n° 102, 18 avril 1994, 10463 – *Q.* n° 948 de M. Ghesquière du 8 mars 1994).

## Déclaration à l'impôt des personnes physiques après un contrôle

Une autre solution, encore utilisée régulièrement jusqu'il y a peu pour éviter la cotisation sur les commissions secrètes, consistait à faire accepter aux dirigeants d'entreprise, au moment du contrôle de la société, de faire imposer dans leur chef les commissions secrètes ou, éventuellement, les bénéfices dissimulés.

Selon le texte de la loi, la déclaration à l'impôt des personnes physique ne permet d'échapper à la cotisation sur les commissions secrètes que lorsque la déclaration a été déposée «conformément à l'article 305 du CIR 1992». La déclaration doit donc s'effectuer dans les délais légaux, ce qui, par définition, n'est pas le cas si la déclaration est effectuée à la suite d'un contrôle de la société. Le fisc refuse désormais d'être plus tolérant que la loi.

Selon l'instruction interne, le fisc appliquera désormais aussi la cotisation sur les commissions secrètes dans les cas où le bénéficiaire a certes déclaré un avantage de toute nature, mais pour un montant insuffisant. Il est important de ne pas perdre de vue que s'il appartient au contribuable d'apporter la preuve que des frais sont déductibles, c'est le fisc qui supporte en principe la charge de la preuve de l'imposabilité d'un revenu.

## Exemple

Un dirigeant d'entreprise habite gratuitement dans un immeuble de la société et déclare un avantage calculé sur la base d'une occupation privée de l'immeuble de 40 %. Le contrôleur des contributions estime que l'avantage est trop peu élevé. Les espaces utilisés à titre privé couvrent, selon lui, 60 % de l'immeuble. S'il souhaite appliquer la cotisation sur les commissions secrètes, il devra d'abord prouver ce fait. Ce ne sera pas évident si le fisc n'a jamais remis en question précédemment l'estimation des espaces utilisés à des fins privées.

## Traitement dans la comptabilité après un contrôle

Une dernière possibilité, acceptée jusqu'il y a peu par la plupart des contrôleurs pour éviter la cotisation sur les commissions secrètes, consistait à encore traiter les avantages de toute nature ou les bénéfices dissimulés dans la comptabilité après un contrôle (le contrôleur ayant cependant généralement majoré l'avantage ou le bénéfice dissimulé d'intérêts débiteurs à partir de l'octroi du bénéfice ou de l'avantage ou de la réalisation du bénéfice dissimulé jusqu'au moment du contrôle). Une telle rectification tardive par le débit du compte courant ne peut désormais plus « jamais » être opérée selon l'instruction interne du 27 juillet 2011.

## Tolérance administrative actuelle

La tolérance administrative est désormais très restreinte. Selon le commentaire administratif de l'article 219 du CIR 1992, tel qu'il a été remplacé par la circulaire précitée du 1<sup>er</sup> décembre 2010, le fisc sera « naturellement » disposé à faire preuve d'une certaine souplesse en cas de rentrée tardive des fiches lorsque le contribuable n'a pas été en mesure, pour des raisons indépendantes de sa volonté, de respecter les délais impartis (Com.IR 219/11).

A cet égard, un retard de courte durée pour le dépôt des documents sera admis et n'aura pas pour effet d'entraîner l'application de la cotisation sur les commissions secrètes, pour autant que ce retard :

- ne revête pas un caractère systématique ou volontaire ;
- ne traduise pas une intention de soustraire une matière imposable ;

- n'empêche pas l'administration de procéder, dans le contexte d'impératifs notamment techniques, à la taxation de ces revenus dans le chef des bénéficiaires (il doit être possible d'imposer ces revenus dans les délais légaux) ;
- ou ne rende pas cette taxation plus compliquée sans que des circonstances particulières le justifient sur le plan des faits.

## Exemple

Une SPRL a déposé la fiche 281.20 en février 2011 au nom de son gérant pour l'année de revenus 2010. Le comptable, qui dépose la déclaration à l'impôt des sociétés début novembre, attire l'attention du gérant sur le fait que parmi les frais de la société figurent quelques factures qui représentent en fait des frais privés de celui-ci et que le fisc peut appliquer la cotisation sur les commissions secrètes à ces frais. Le gérant décide à ce moment d'encre encore faire établir une fiche 281.20 complémentaire, même si la date de dépôt des fiches a déjà expiré. Dans ce cas, le fisc n'appliquera pas la cotisation sur les commissions secrètes. Il va sans dire que l'avantage sera dès lors imposé dans le chef du dirigeant d'entreprise par le contrôleur de l'impôt des personnes physiques qui recevra la fiche complémentaire du centre de documentation du précompte professionnel. Une déclaration distincte, auprès du bureau de contrôle de l'impôt des personnes physiques, du revenu imposable supplémentaire n'est pas nécessaire, mais ne fera naturellement aucun mal. Une telle initiative mettra en effet encore davantage en évidence le fait que l'absence de mention sur la fiche initiale ne résulte pas d'une intention de soustraire une matière imposable.

## Conclusion

La cotisation sur les commissions secrètes est une sanction très lourde, ce qui explique que la plupart des contrôleurs des contributions ne l'appliquaient que rarement par le passé. La cotisation était plutôt utilisée comme moyen de pression pour inciter le contribuable à accepter une imposition plus clémente p. ex. d'avantages non déclarés, par une comptabilisation en compte courant p. ex.

Désormais, les contrôleurs ne peuvent plus adopter cette attitude pragmatique, quand bien même ils le voudraient. Dans l'instruction du 27 juillet 2011 précitée, il est en effet mentionné annoncé que les

contrôleurs locaux seront eux-mêmes contrôlés sur la stricte application de l'instruction.

La seule consolation pour le contribuable, c'est qu'il n'est pas certain que le point de vue plus strict de l'administration puisse aussi s'appliquer au passé et, en particulier, puisse révoquer purement et simplement les accords fiscaux conclus pour les exercices d'imposition antérieurs (voir B. Coopman et K. Bollen, « Wat is houdbaarheidsdatum van verstrengd standpunt fiscus over geheime commissielonen? », *Fisc. Act.*, 2011, n° 35, 1-4). Hélas, il y a déjà eu par le passé des causes dans lesquelles le juge a considéré qu'en matière de cotisation sur les commissions secrètes, le principe de légalité primait le principe de confiance et que le contribuable ne pouvait pas invoquer les tolérances administratives *contra legem* (voir p. ex. Anvers, 26 septembre 2000 et Tr. Louvain, 20 janvier 2006). À la suite de l'attitude plus stricte adoptée par le fisc, ce débat reviendra très certainement dans la jurisprudence au cours des prochaines années. Ce qui est certain, c'est que le dernier mot n'a pas encore été dit sur la question.

Pour les métiers comptables et fiscaux, le message pour l'avenir est en tout cas on ne peut plus clair. Étant donné que vous ne devez plus compter sur votre contrôleur pour se laisser attendrir lors d'un contrôle dans la perspective d'une application de la cotisation sur les commissions secrètes, il est plus que jamais important que les fiches 281 de vos clients sociétés soient établies correctement. À cet

égard, soyez particulièrement attentif aux éventuels frais privés dans la société et aux indemnités qui compensent des frais propres à l'employeur ou à la société.

## Information de dernière minute

Juste avant de clôturer la rédaction de cet article, nous avons appris que le Ministre des Finances avait tout récemment (questions orales n° 6590 et 6767, D. Clarinval et V. Wouters, 9 novembre 2011, Commission des Finances et du Budget de la Chambre, Criv 53 Com. 333,13) nuancé le durcissement de la position administrative concernant la cotisation pour commissions secrètes. Selon le Ministre, l'application aveugle de la cotisation peut avoir des conséquences excessives dans certains cas et provoquer un accroissement du contentieux administratif et judiciaire. Pour le Ministre, il semble raisonnable que le contrôleur fiscal tienne compte de la bonne foi d'une société qui aurait commis un manquement ou une erreur, du caractère exceptionnel du défaut de déclaration, de l'importance relative du manquement du contribuable par rapport aux autres obligations fiscales qu'il a bel et bien respectées, etc. C'est pourquoi il chargera son administration d'établir un addendum à la circulaire précitée du 1<sup>er</sup> décembre 2010 avec effet rétroactif. A suivre donc...

Felix VANDEN HEEDE  
Juriste fiscaliste

# Gestion du patrimoine privé et taxation des plus-values sur actions : quand le fisc accentue la pression

Avant que ne sorte prochainement une probable disposition fiscale prévoyant de manière définitive le principe d'une taxation des plus-values sur actions qui résulterait de la vente de celles-ci dans un certain délai (voir à ce propos la note de Monsieur Di Rupo de juillet dernier, qui proposait une taxation à hauteur de 50 % de la plus-value en cas de vente dans un délai d'un an, et de 25 % en cas de vente dans un délai de un à huit ans), il nous paraît intéressant de relever un processus, entamé ces dernières

années, qui conduit l'administration à remettre en question le principe de gestion du patrimoine privé pour les opérations sur actions accomplies par un contribuable. Pour le fisc sont devenues suspectes et donc taxables (en tant que revenus divers), toutes les opérations sur actions qui ne se limiteraient pas à la seule détention, pour une période déterminée, d'actions suivie d'une vente à des tiers. Une telle position administrative est bien souvent contraire à l'esprit de l'article 90, 1<sup>o</sup> du CIR. Rappelons que

cette disposition range parmi les revenus divers les bénéfices ou les profits, quelle que soit leur qualification, qui résultent, même occasionnellement ou fortuitement, de prestations, opérations ou spéculations quelconques ou de services rendus à des tiers, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé consistant en biens immobiliers, valeurs de portefeuille et objets mobiliers.

Pour qu'il y ait intention spéculative qui permet la taxation en revenus divers, il faut deux critères essentiels: il faut, d'une part, l'existence d'une prise importante de risque et il faut, d'autre part l'espoir d'un bénéfice important. On citera à ce propos la formule très juste du professeur ELOY, «*Lorsque l'intention spéculative n'apparaît qu'au moment de la réalisation du bien ou longtemps après son acquisition, la jurisprudence admet que l'opération s'inscrit dans le cadre de la gestion normale d'un patrimoine privé*»<sup>1</sup>.

Ces deux critères ont été complétés au fil du temps par d'autres critères bien connus, tels la rapidité des opérations réalisées, le recours à un emprunt ou encore la répétition des opérations

Après une longue période au cours de laquelle la question de la limite à la gestion du patrimoine privé fut examinée dans le seul contexte des achats et ventes d'immeubles, le fisc a choisi de se pencher sur les opérations d'apports et de cessions d'actions et parts de sociétés, considérées comme spéculatives par le fisc.

C'est dans le domaine des plus-values internes (plus-values dégagées lors de ventes ou d'apports de participations à une société holding propre)<sup>2</sup> que le fisc fut le plus virulent. La technique des cessions internes consiste en la vente par un dirigeant d'entreprises actionnaires à sa holding des actions qu'il détient dans la dans leur société d'exploitation. La holding ne pouvant immédiatement payer le prix de cession, il faudra donc attendre que les dividendes lui soient versés ultérieurement par la société opérationnelle ou prévoir un emprunt souscrit par la holding auprès du dirigeant (qui aura de la sorte l'opportunité de percevoir des revenus mobiliers taxés au taux favorable de 15 %). Pour le fisc une telle succession d'opérations ne fait pas partie de ce qu'un bon père de famille doit faire dans le cadre de la gestion du patrimoine privé. Dès lors, la plus-va-

lue réalisée lors de l'échange des actions est qualifiée par elle de revenus divers, taxable au taux de 33 %. L'administration considère que l'objectif est exclusivement l'évitement de l'impôt sur les dividendes et les distributions de liquidation. En réalité, à y regarder de près, les différents critères caractérisant une spéculation et évoqués ci-avant ne sont pas présents lors d'un apport de titres à une société holding propre. L'origine des biens cédés est loin d'être suspecte, sauf à considérer que la manière dont s'est faite l'acquisition ou la création de titres suite à l'achat ou la constitution d'une société d'exploitation s'avère suspecte, ce qui est dénué de sens. De plus, entre le moment de l'acquisition d'actions ou de la constitution de la société familiale et le moment où ces titres sont revendus ou apportés à une société holding, il s'est généralement écoulé de très nombreuses années. Il paraît évident qu'au moment de l'acquisition des titres, l'actionnaire n'avait nullement à l'esprit qu'il allait les revendre à court ou moyen terme. Le critère de la période limitée des opérations ne peut être retenu. De plus, le contribuable ne réalise pas de nombreuses opérations sur ses actions, mais n'en accomplit qu'une seule, à savoir la vente ou l'apport à une société holding. Or, l'on sait que la rapidité des acquisitions et des reventes est souvent un critère déterminant pour nos tribunaux

Il faut aussi garder à l'esprit que le caractère spéculatif d'une opération sortant du champ du patrimoine privé doit toujours s'apprécier au moment de l'acquisition du bien. En d'autres termes, il faut qu'il y ait, dès l'achat d'un bien, une intention de le revendre avec une plus-value. Dès lors, la question à se poser est la suivante: lors de la constitution d'une société d'exploitation, l'intention de créer une société holding était-elle déjà présente? La réponse semble évidente. La seule intention que l'on peut supposer d'un fondateur de société est de créer une activité en société et générer des bénéfices d'exploitation, et non de céder à terme ses titres à une société holding quelconque.

En revanche, une vente ou un apport des titres d'une société opérationnelle, peu de temps après la constitution de cette société, à une holding constituée pour la cause pourrait constituer l'indice d'une spéculation et donner lieu à taxation des plus-values réalisées à cette occasion.

La qualification de gestion de patrimoine privée est aussi contestée par le fisc de différentes autres manières. L'administration estime ainsi quelquefois

1 M. ELOY, «Gérer son patrimoine en bon père de famille», *RGF*, 2003, n° 1, 5.

2 Notamment: Civ. Mons, 14 octobre 2003, *T.F.R.*, 2004/42, 26, mai 2004 et note S. DE CEULAER; Mons, 18 juin 2008; Civ. Anvers, 29 septembre 2006, *F.J.F.*, 2007/160, 513



qu'une opération sur actions qui présente des éléments de complexité est d'emblée suspecte. Ainsi, dans le cadre d'une réorganisation du patrimoine d'un contribuable ayant recours à des sociétés étrangères et utilisant des warrants, l'administration considéra que cette complexité était un indice de spéculation. Le tribunal<sup>3</sup>, rappelle fort opportunément les principes en la matière : « *L'analyse d'une gestion normale de patrimoine privé ne doit pas se faire au regard du concept de « simplicité », mais bien au regard de celui du « bon père de famille ». En effet, d'après le rapport fait par M. Van Houtte au nom de la Commission des finances du Sénat au cours des travaux préparatoires de la loi du 20 novembre 1962, « la gestion du patrimoine se distingue, en fait, de l'exercice d'une occupation lucrative ou de la spéculation tant par la nature des biens - c'est-à-dire immeubles, valeurs de portefeuille, objets mobiliers (tous biens dont se compose normalement un patrimoine privé) - que par la nature des actes accomplis relativement à ces biens : ce sont les actes qu'un bon père de famille accomplit, non seulement pour la gestion courante, mais aussi pour la mise à fruit, la réalisation et le remploi d'éléments d'un patrimoine, c'est-à-dire des biens qu'il a acquis par succession, donation ou par épargne personnelle, ou encore, en remploi de biens aliénés » (Pasin., 1962, 1702, col. 1).*

Un autre angle d'attaque quelquefois adopté par le fisc consiste à opérer une distinction entre les actionnaires passifs (ceux qui ne possèdent que quelques parts d'une société) et les actionnaires actifs (qui ont une influence notoire sur la gestion de la société ou possède une participation majoritaire). L'actionnaire actif réalisant une plus-value lors de la vente d'actions de la société effectuerait des opérations sortant du champ de la gestion du patrimoine privé. Cette position avait été défendue par l'administration dans un cas d'espèce<sup>4</sup> où un actionnaire d'une compagnie d'assurance avait vendu les titres de sa société, avec une plus-value substantielle, après l'avoir dépouillé de ses actifs (fonds de commerce et immeuble). Le tribunal ne fit pas droit à cette position et rejeta catégoriquement l'argument, selon lequel un « gros actionnaire » est plus aisément susceptible d'avoir un comportement s'écartant de la gestion du patrimoine privé. On observera qu'un parlementaire inquiet de cette tendance nouvelle avait saisi en 2009 le Ministre des Finances à ce

propos. Le Ministre s'est vu contraint de rassurer ce dernier en précisant qu'il n'avait nulle connaissance d'une pratique administrative nouvelle consistant à distinguer actionnaires actifs et passifs<sup>5</sup>.

L'administration cherche aussi à disqualifier une vente d'actions en vente d'actifs incorporels ou tout simplement en revenus professionnels.

Parfois, c'est la nature même des actifs cédés qui se trouve requalifié par le fisc. Ainsi, devant la cour d'appel de Bruxelles, l'administration soutenait que les actions cédées n'étaient pas des « valeurs de portefeuille ». À la différence d'actions composant habituellement le patrimoine privé des contribuables, les actions cédées ne se résumaient pas, selon le fisc, à des parts de capital libéré et des réserves de la société émettrice, mais elles constitueraient, dans leur ensemble, « la clé d'accès au marché belge des cosmétiques et parfums de luxe » et engloberaient des droits intellectuels « consistant notamment en techniques agressives de marketing » (dont une ristourne systématique et directe de 20 %) et conduisant à une position dominante sur le marché concerné. La Cour rappelle toutefois que ce n'est toutefois pas parce que la valeur d'une société ne dépend pas uniquement de ses actifs comptabilisés (immobilisations, stocks, créances) mais aussi de valeurs immatérielles non valorisées dans ses comptes (fonds de commerce, savoir-faire, techniques de vente, etc.) que la vente des actions de cette société porterait sur autre chose que lesdites actions, en tant que titres négociables dans lesquels s'incorporent les droits de l'actionnaire<sup>6</sup>.

Il est permis de se demander si ce courant administratif ne constitue pas une forme de résurgence de la théorie la réalité économique qui, jadis, visait à invalider certaines opérations recourant à la liberté de la voie la moins imposée. Par le détour d'une nouvelle interprétation de la notion de gestion du patrimoine privé, l'on voit à présent poindre une réintégration de la théorie de la réalité économique, ou ce que nous pourrions appeler la « finalité économique ». Seule la démonstration d'objectifs économiques incontestables permet d'emporter la conviction du taxateur qu'une cession interne d'actions, une transformation d'une société en société de liquidités ou une vente d'actions par un contribuable à une société liée directement ou indirectement à ce dernier sont des actes résultant de la gestion normale du patrimoine privé.

3 Civ. Bruxelles, 13 février 2009, rôle n° 2007/14798/A, [www.fiscalnetfr.be](http://www.fiscalnetfr.be).

4 Anvers, 5 février 2008, Cour.fisc., 08/482.

5 Q. n° 609, Brotcorne, 4 août 2009, Q. et R., Chambre, 2008-2009, n° 78, 40.

6 Bruxelles, 24 novembre 2008, [www.fiscalnetfr.be](http://www.fiscalnetfr.be).

Il ne suffit plus, pour un bon père de famille, d'accroître son patrimoine, de le faire fructifier, et de mettre en position de payer le moins d'impôts possible. Sans raison d'être économique, l'opération est appelée ac-

complie par une personne physique-actionnaire et se voit désormais frappée du sceau de la suspicion.

Pierre-François COPPENS  
Conseil fiscal, Juriste

## Les étudiants peuvent travailler 50 jours/an sans être assujettis

*A partir du 1er janvier 2012, les étudiants occupés dans le cadre d'un contrat d'occupation étudiant pourront travailler 50 jours par an sans être assujettis au régime de sécurité sociale des travailleurs salariés. En cas de dépassement, l'étudiant sera assujetti soit pour la totalité soit pour une partie de la période d'occupation selon qu'il a travaillé chez un ou plusieurs employeurs.*

### Réforme du système

Chaque année, de nombreux étudiants travaillent pendant les congés scolaires. D'autres travaillent même pendant l'année pour payer leurs études. A la différence des travailleurs salariés, les étudiants qui remplissent certaines conditions ne sont pas assujettis à la sécurité sociale et ne doivent dès lors pas payer de cotisations sociales. Cependant, une petite cotisation de solidarité est due.

En pratique, les règles de sécurité sociale en vigueur compliquent sérieusement la vie des étudiants qui travaillent et celle des employeurs qui les embauchent. On reproche généralement au système d'être complexe, peu flexible et manquer de transparence. Face à ce constat, le législateur a décidé de le réformer par la loi du 28 juillet 2011.

Un arrêté royal du 12 septembre 2011 complète maintenant ce travail de simplification. Ainsi, il élargit les conditions existantes pour ne pas être assujetti à la sécurité sociale.

### 50 jours/an

Pour bénéficier du taux de cotisations réduit (cotisation de solidarité), la réglementation actuelle prévoit que les étudiants peuvent être occupés :

- pendant 23 jours durant les mois de juillet, août et septembre (3ème trimestre) ; et
- encore 23 jours durant les autres mois de l'année (1er, 2ème et 4ème trimestre).

A partir du 1er janvier 2012, les étudiants sous contrat d'occupation d'étudiants pourront être occupés durant 50 jours déclarés pendant les périodes de présence non obligatoire dans les établissements d'enseignement.

Lorsque le dépassement du nombre maximal de jours de travail survient au terme de différentes occupations chez plusieurs employeurs, l'étudiant et l'employeur qui l'occupe au moment du dépassement, sont assujettis à partir du 51e jour. A condition que l'employeur ait effectuée une déclaration correcte du travailleur étudiant à partir du 51e jour.

En revanche, lorsque le dépassement a lieu chez un seul et même employeur, l'assujettissement porte sur toute la période d'occupation.

### Entrée en vigueur

L'arrêté royal du 12 septembre 2011 et les dispositions prévues par la loi du 28 juillet 2011 entrent en vigueur le 1er janvier 2012.

Plus d'info: [www.studentatwork.be](http://www.studentatwork.be)

Aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un système de récupération ou transféré électroniquement, mécaniquement, au moyen de photocopies ou sous toute autre forme, sans autorisation préalable écrite de l'éditeur. La rédaction veille à la fiabilité des informations publiées, lesquelles ne pourraient toutefois engager sa responsabilité. **Editeur responsable** : Jean-Marie CONTER, IPCF - av. Legrand 45, 1050 Bruxelles, Tél. 02/626.03.80, Fax. 02/626.03.90 e-mail : [info@ipcf.be](mailto:info@ipcf.be), URL : <http://www.ipcf.be> **Rédaction** : Jean-Marie CONTER, Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Xavier SCHRAEPEN, Chantal DEMOOR. **Comité scientifique** : Professeur P. MICHEL, Professeur Emérite de Finance, Université de Liège, Professeur C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven.

Réalisée en collaboration avec **kluwer** - [www.kluwer.be](http://www.kluwer.be)