

LIVRE 6 / THÈME 24

LE TRAITEMENT FISCAL DES PLUS-VALUES SUR ACTIONS RÉALISÉES PAR UNE PERSONNE PHYSIQUE FACE AUX LIMITES DE LA GESTION NORMALE DU PATRIMOINE PRIVÉ

Edouard-Jean NAVEZ

*Chercheur attaché à la Chaire PricewaterhouseCoopers
Doctorant à l'Université catholique de Louvain (CRIDES)*

INTRODUCTION

En règle générale, une plus-value est dite réalisée lorsque le bien sur lequel elle porte est cédé entre vifs, à titre onéreux⁸¹³. À l'occasion d'une telle cession, nous verrons qu'un impôt peut être perçu, dans les conditions examinées ci-après.

L'on enseigne traditionnellement que les plus-values sur actions ou parts sociales réalisées par des personnes physiques résidentes ne sont pas imposables lorsque celles-ci interviennent dans le cadre de la *gestion normale du patrimoine privé*, conformément à l'article 90, 9°, 1^{er} tiret, du Code des impôts sur les revenus (ci-après, C.I.R.)⁸¹⁴.

La détermination des contours précis de cette notion s'avère cependant délicate, en particulier du fait de son caractère évolutif au regard de techniques d'ingénierie patrimoniale sans cesse plus complexes. On ne s'étonnera donc pas que la doctrine et la juris-

⁸¹³ Lorsque des actions sont transmises à cause de mort, l'opération n'est, en principe, pas imposée sous l'angle de la fiscalité des revenus, mais bien aux droits de succession. Dès lors, conformément au principe énoncé à l'art. 19, al. 1^{er}, C. succ., les droits sur les titres mobiliers sont calculés sur base de leur valeur vénale arrêtée au jour du décès. Il existe cependant des dérogations à ce principe, en particulier lors de la transmission d'effets publics (voy. les art. 21 et s., C. succ.).

⁸¹⁴ M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, «Plus-values sur actions réalisées dans la sphère privée par des personnes physiques résidentes : de la tentative de l'administration fiscale de les taxer en dehors du cadre de la spéculation», *R.G.C.F.*, 2005/4, p. 220.

prudence s'échinent depuis de nombreuses années à dégager des critères permettant de distinguer les opérations relevant de la gestion normale du patrimoine privé de celles qui proviennent d'une spéculation excédant les limites d'une telle gestion.

Sous réserve du cas particulier de la cession d'une participation importante (*cf. infra*), le traitement fiscal des plus-values sur actions peut relever de l'une des trois catégories suivantes :

- (i) Soit la plus-value résulte de la gestion normale d'un patrimoine privé et le revenu qui en résulte n'est pas imposable. En ce cas, aucune obligation de déclaration à l'I.P.P. n'existe dans le chef du cédant.
- (ii) Soit la plus-value résulte de la cession d'actifs affectés à l'exercice de l'activité professionnelle du bénéficiaire ou d'une occupation lucrative. En ce cas, le revenu recevra une qualification professionnelle, conformément à l'article 37, C.I.R., et sera imposé comme tel au taux progressif de l'impôt des personnes physiques.
- (iii) Soit, enfin, la plus-value provient d'une occupation lucrative occasionnelle qui, conformément à l'article 90, 9^o, 1^{er} tiret, C.I.R., sera imposée au titre de revenu divers, au taux distinct de 33% (art. 171, 1^o, a, C.I.R.) majoré des additionnels communaux.

Sur le plan théorique, ces catégories représentent trois sphères distinctes. Pour autant, des frictions surgissent très fréquemment dans la pratique, qui rendent plus floues les frontières séparant leur champ respectif. Dans chaque cas, le traitement fiscal d'une plus-value sera fonction des circonstances de fait et de droit propres à l'espèce envisagée. À la suite de A. Haelterman, on peut toutefois se demander « où se situe la ligne de démarcation entre, d'une part, la personne privée bien informée et formée qui fait fructifier son patrimoine privé en exonération d'impôt et, d'autre part, la personne qui, par des interventions trop actives ou par des placements spéculatifs, se retrouve dans la sphère des résultats imposables? »⁸¹⁵.

Afin de répondre à cette interrogation, nous mettrons en évidence les principaux éléments qui peuvent être pris en considération pour défendre qu'une plus-value relève de la sphère de la

⁸¹⁵ A. HAELTERMAN, « Plus-values privées sur actions parfois imposables? », *Fiscologue*, n° 733, pp. 1 et s.

gestion normale du patrimoine privé (A). Sur cette base, nous apprécierons la mesure dans laquelle une plus-value peut être qualifiée de spéculative et faire l'objet d'une taxation au titre de revenus divers (B). Dans un troisième temps, l'on se penchera sur le cas particulier des plus-values réalisées lors de la cession d'actions ou parts d'une société belge faisant partie d'une participation importante à une société étrangère (C) avant d'examiner les particularités des plus-values résultant d'un échange d'actions (D). Enfin, nous passerons en revue les principes applicables à la détermination de la base imposable (E).

A. LA GESTION NORMALE DU PATRIMOINE PRIVÉ : NOTION ET DISTINCTIONS

L'article 90, 9^o, 1^{er} tiret, C.I.R., dispose qu'au nombre des revenus divers figurent les plus-values qui «sont réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux de ces actions ou parts, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé».

Une activité peut être qualifiée de professionnelle lorsque le contribuable réalise un ensemble d'opérations suffisamment fréquentes et liées entre elles pour constituer une occupation continue et habituelle qui, excédant les limites de la gestion normale du patrimoine privé, revêt alors un caractère professionnel⁸¹⁶. Par là, sont essentiellement visées les personnes physiques qui réalisent des opérations d'achat/vente de titres de manière à ce point récurrente qu'elles peuvent être qualifiées de «professionnels» de ce type d'opérations. Par contre, l'on considère généralement que les actions ou parts d'une société sont affectées au patrimoine privé de l'actionnaire/associé même si celui-ci exerce son activité professionnelle au sein de cette société⁸¹⁷.

Il ressort d'une lecture *a contrario* de l'article 90, 9^o, 1^{er} tiret, C.I.R., que la plus-value réalisée à l'occasion d'une cession d'actions ou de parts sociales ne rentre pas dans le champ de l'impôt des personnes physiques si celle-ci est réalisée dans le cadre de la gestion normale du patrimoine privé.

⁸¹⁶ Cass., 6 mai 1969, *Bull. contr.*, 1970, n° 679, p. 115.

⁸¹⁷ S. VANHAELST, «Régime fiscal des cessions de titres», *Jurimpratique*, 2009, Liv. 1, p. 137.

Si le Code des impôts sur les revenus ne définit pas le contenu de la notion de gestion normale du patrimoine privé, les travaux préparatoires sont assez éclairants à cet égard, puisqu'ils précisent que «la gestion d'un patrimoine privé se distingue, en fait, de l'exercice d'une occupation lucrative ou de la spéculation, tant par la nature des biens – immeubles, valeurs de portefeuille, objets mobiliers – 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 épargne personnelle, ou encore en remploi de biens aliénés»⁸¹⁸.

Contrairement à une idée assez répandue, la spéculation au sens large du terme, entendue comme la matérialisation d'une intention lucrative, n'est pas fondamentalement incompatible avec la gestion normale d'un patrimoine privé, puisqu'en effet, la recherche d'un profit anime, en principe, tout bon père de famille, diligent et soigneux dans la gestion de ses affaires⁸¹⁹.

La référence au comportement du bon père de famille est traditionnellement présentée comme renvoyant à l'ensemble des actes (fussent-ils de disposition) accomplis habituellement pour gérer son patrimoine dans le but de l'accroître et de le faire fructifier⁸²⁰. À cet égard, un certain critère de prudence paraît déterminant pour départager les opérations qui sont normalement accomplies par un bon père de famille de celles qui ne pourraient l'être⁸²¹. La notion juridique de bon père de famille renvoie donc davantage au comportement de l'«homme normalement prudent» qu'à l'attitude de «Monsieur Tout-le-monde»⁸²².

⁸¹⁸ Rapport de la Commission des finances du Sénat, *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1961-1962*, n° 366, p. 147.

⁸¹⁹ M. MARLIÈRE, «Actualités en matière de plus-values privées réalisées par des personnes physiques», in *Droit fiscal et pratique notariale. Évolutions récentes et questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 152.

⁸²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, n° 175, p. 164.

⁸²¹ Dans le même sens, J. KIRKPATRICK, «La portée de l'article 90, 1°, du Code des impôts sur les revenus en matière de plus-values réalisées sur l'aliénation d'actions, spécialement en cas de "cession interne"», *J.D.F.*, 2004, p. 195. Voy. égal. Civ. Bruxelles, 20 octobre 2005, disponible sur Fiscalnet.be.

⁸²² J. KIRKPATRICK, «La portée de l'article 90, 1°, du Code des impôts sur les revenus en matière de plus-values réalisées sur l'aliénation d'actions, spécialement en cas de "cession interne"», *op. cit.*, p. 196.

À plusieurs reprises, la jurisprudence a mis en évidence la nécessité d'apprécier le comportement du bon père de famille *in concreto*, de manière dynamique, c'est-à-dire en tenant compte de l'importance et de la nature du patrimoine du contribuable, de sa situation financière et professionnelle. C'est ainsi qu'il faut, par exemple, considérer que le souci légitime de vouloir réduire au maximum sa charge fiscale, le cas échéant en recourant à l'ingénierie fiscale, n'est pas incompatible avec la notion de bon père de famille⁸²³.

Comme nous le verrons, la spéculation au sens strict, comprise comme l'intention spéculative ou le but spéculatif est, par contre, le critère décisif retenu pour exclure l'opération du champ de la gestion normale d'un patrimoine privé. En ce sens, le commentaire administratif précise qu'«il peut généralement être admis qu'il s'agit d'opérations de gestion normale d'un patrimoine privé lorsque ces opérations ne sont pas effectuées dans un but de spéculation et qu'elles n'acquiescent pas, par leur fréquence, le caractère d'une opération lucrative»⁸²⁴. Ce caractère lucratif renvoie précisément à «un ensemble d'opérations suffisamment fréquentes et liées entre elles pour constituer une occupation continue et habituelle qui présente un caractère professionnel»⁸²⁵.

Dans ce contexte, sont seuls visés par la taxation à titre de revenu divers, les revenus d'occupations lucratives occasionnelles ou fortuites (à savoir ceux réalisés en dehors d'une activité professionnelle), parmi lesquels figurent les plus-values spéculatives sur actions ou parts sociales.

B. LES PLUS-VALUES SPÉCULATIVES QUI EXCÈDENT LA GESTION NORMALE DU PATRIMOINE PRIVÉ

1. LES OPÉRATIONS SPÉCULATIVES OCCASIONNELLES

Jusqu'il y a peu, le régime fiscal des plus-values sur actions ou parts réalisées par une personne physique était régi par

⁸²³ Civ. Mons, 14 octobre 2003; Civ. Liège, 18 mai 2004, disponible sur Fiscalnet.be; Bruxelles, 31 janvier 2007, R.C.G.F., 2007/3, p. 187; voy. égal. Civ. Mons, 19 novembre 2003, F.J.F., 2005/10, p. 38.

⁸²⁴ Com.IR, 90/5.2.

⁸²⁵ Com.IR, 20/48.

l'article 90, 1^o, C.I.R., lequel établit une règle générale de répartition, en trois catégories, des revenus et produits d'une activité (cf. *supra*). Désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 décembre 2008, la matière est réglée par l'article 90, 9^o, 1^{er} tiret, C.I.R. Il ressort des travaux préparatoires de la loi, que cette disposition «a uniquement pour but de faciliter le renvoi à ce type de revenus divers potentiel en rassemblant toutes les règles qui s'y appliquent». Par conséquent, la nouvelle disposition légale «ne vise pas à rendre imposables des plus-values qui ne seraient pas déjà taxables le cas échéant sur base de l'article 90, 1^o, C.I.R.»⁸²⁶.

A la suite de M. MARLIÈRE, on peut sans doute penser que si ce déplacement n'emporte pas un changement de régime, en ce sens que la taxation intervient toujours uniquement si les plus-values résultent de la gestion anormale du patrimoine privé, il s'accompagne cependant d'une modification importante des règles applicables à la détermination du «bénéfice» taxable⁸²⁷.

Sur cette base, il est encore permis d'affirmer que, sauf à présenter un caractère professionnel, la plus-value générée par une cession d'actions ou parts ne sera, en principe, soumise à l'imposition qu'à condition que l'administration fiscale établisse l'existence d'une intention spéculative dans le chef du cédant. Il ressort, en effet, de l'article 90, 1^o, C.I.R., que sont taxés au titre de revenus divers, «les bénéfices ou profits, quelle que soit leur qualification, qui résultent [...] [d'] opérations ou spéculations quelconques». En pratique, nous verrons toutefois qu'il est devenu relativement fréquent qu'une plus-value soit considérée comme un revenu divers et taxé comme tel, alors même qu'aucune intention spéculative n'a été établie.

Dans la mesure où son identification justifie l'application d'un régime spécifique de taxation, la notion de «spéculation» doit être identifiée avec un maximum de précision. À défaut de définition légale, l'on retient généralement qu'est considérée spéculative la «transaction comportant de nombreux risques et pour

⁸²⁶ *Doc. parl.*, Ch, 52^e sess., DOC n° 1398/001, p. 27.

⁸²⁷ M. MARLIÈRE, «Plus-values privées réalisées par une personne physique sur des actions : actualités», in *La taxation du patrimoine privé*, coll. De l'E.S.S.F., Limal, Anthémis, 2011, p. 21. Voy. aussi l'avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch, 52^e sess., DOC n° 1398/001, pp. 82-84.

laquelle il existe une possibilité de réaliser un bénéfice important ou, le cas échéant, une lourde perte, en raison de hausses ou de baisses survenues»⁸²⁸. Pour sa part, la Cour de cassation a défini la spéculation comme étant «un achat intentionnel en vue de revendre avec bénéfice, dans un délai plus ou moins long»⁸²⁹.

L'on a déjà observé qu'en soi, la sphère de la gestion normale du patrimoine privé n'est pas exclusive d'une certaine intention lucrative. En effet, la recherche d'un profit est le caractère essentiel d'une sage gestion du patrimoine par le bon père de famille qui «désire bien placer, voire même accroître son patrimoine dans les meilleures conditions»⁸³⁰. *A contrario*, l'acte intentionnellement spéculatif, qui trouve son mobile dans les fluctuations escomptées d'un marché, est réalisé dans un esprit de lucre incompatible avec les motivations qui animent le père de famille prudent et diligent⁸³¹.

Dans ce contexte, la sécurité juridique doit être préservée, laquelle commande que puisse être identifiée la frontière entre la gestion normale d'un bon père de famille (qui fait l'objet d'une exonération pure et simple) et les transactions spéculatives occasionnelles (qui engendrent une taxation à titre de revenus divers).

Il ressort des décisions rendues en la matière que l'appréciation du comportement du contribuable repose sur une série d'indices qui ont été mis en exergue par les cours et tribunaux afin de confirmer ou d'infirmer l'existence d'une intention spéculative⁸³². Concrètement, c'est à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause que doit être identifiée la nature de l'élément moral⁸³³.

⁸²⁸ Com.IR, n° 90/5.6.

⁸²⁹ Cass., 18 mai 1977, *Pas.*, I, 1977, p. 957. Voy. aussi Cass., 6 mai 1988, *Pas.*, I, 1988, p. 1092, qui définit la spéculation comme «l'achat de biens comportant un risque de perte, mais effectué dans l'espoir de réaliser, par la revente, un bénéfice à la faveur de la hausse du prix du marché».

⁸³⁰ Gand, 15 juin 1973, cité par M. ANDRÉ, «Les limites fiscales de la gestion normale d'un patrimoine privé», *Bull. contr.*, 1992, n° 719, p. 2303.

⁸³¹ Bruxelles, 12 mai 1975, *J.D.F.*, 1975, p. 287; Liège, 14 mai 1980, *J.D.F.*, 1980, p. 265, cités par M. MARLIÈRE, «Actualités en matière de plus-values privées réalisées par des personnes physiques», *op. cit.*, p. 154.

⁸³² Il apparaît que les critères révélateurs de l'intention spéculative se sont essentiellement développés dans la jurisprudence consacrée aux transactions immobilières. Ces critères peuvent, néanmoins, être transposés à la matière des plus-values sur actions. Voy. M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, «Plus-values sur actions réalisées dans la sphère privée par des personnes physiques résidentes : de la tentative de l'administration fiscale de les taxer en dehors du cadre de la spéculation», *op. cit.*, p. 225.

⁸³³ Civ. Mons, 19 novembre 2003, *F.J.F.*, 2005/10, p. 38; Civ. Hasselt, 11 février 2004, R.G. n° 00/1935/1; Civ. Namur, 27 février 2004, *F.J.F.*, 2004/280, p. 968.

L'on a admis qu'en règle, ces critères ne peuvent suffire isolément à établir la spéculation⁸³⁴. Il est donc essentiel pour l'administration de démontrer, dans chaque cas d'espèce, la présence de plusieurs éléments pertinents.

Nous exposons brièvement ci-après les principaux d'entre eux⁸³⁵ :

a) *Le nombre et la rapidité des opérations*

L'écoulement d'un court laps de temps entre l'acquisition de titres, ou la constitution d'une société, et la revente de ces actions ou parts peut être révélateur de l'existence d'une intention spéculative. En effet, la revente de titres à bref délai implique souvent que, dès l'acquisition, une intention de revendre avec bénéfice existait déjà⁸³⁶.

Par ailleurs, la fréquence des opérations, sans pour autant déboucher sur l'exercice d'une occupation lucrative relevant de la sphère professionnelle⁸³⁷, peut également constituer indice important⁸³⁸.

L'on notera que ce critère, comme les autres, ne peut, en principe, être retenu comme décisif qu'à l'occasion d'une cession de titres non cotés. Il ressort, en effet, d'une prise de position du ministre des Finances, que les plus-values boursières qui ont, par leur nature, un caractère spéculatif, échappent à toute imposition pour autant que la répétition des opérations ne soit pas excessive et révélatrice d'une activité professionnelle⁸³⁹. Comme on a pu lire, «ce n'est là, semble-t-il, que tenir compte des caractéris-

⁸³⁴ T. AFSCHRIFT et D. DANTHINE, «De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt», *J.D.F.*, 2000, p. 200, n° 10.

⁸³⁵ Pour un examen plus détaillé de ces critères voy. T. AFSCHRIFT et D. DANTHINE, «De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt», *op. cit.*, pp. 202 à 210; T. AFSCHRIFT et M. DAUBE, *Impôt des personnes physiques – Chronique de jurisprudence 2000-2008*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 789 à 792.

⁸³⁶ Bruxelles, 17 octobre 1997, *F.J.F.*, p. 554; Anvers, 2 février 1993, *Cour. fisc.*, 1993, p. 449; *F.J.F.*, 1993, n° 93/186; Bruxelles, 12 octobre 2000, R.G. 1997/FR/202, disponible sur Fiscalnet.be.

⁸³⁷ Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, I, 1974, p. 378; Cass., 7 décembre 2000, *F.J.F.*, 2001, n° 2001/215.

⁸³⁸ Liège, 26 mai 1999, *F.J.F.*, 2000, p. 100.

⁸³⁹ Com.IR n° 90/8, 4° : «les achats et ventes de valeurs mobilières, à terme comme au comptant, devaient être considérés comme des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé, à moins qu'ils n'acquiescent le caractère d'une occupation lucrative à cause de leur répétition»; voy. S. VANHAELST, «Régime fiscal des cessions de titres», *op. cit.*, p. 138.

tiques propres au marché financier organisé, sur lesquels on constate en général une rotation relativement rapide et qui a tendance à s'accroître avec le temps, des titres, et ce, jusqu'à plusieurs fois par an»⁸⁴⁰.

Compte tenu du développement de pratiques d'achats/ventes de valeurs mobilières par le biais d'Internet et de techniques d'investissement agressives comme le *day trading*, il est toutefois probable qu'à l'avenir, l'administration fiscale soit plus attentive à ces opérations.

b) *Le mode d'acquisition des titres*

Les méthodes utilisées pour l'acquisition des titres peuvent également être prises en considération pour l'appréciation du caractère spéculatif de l'opération⁸⁴¹. Pourrait ainsi être retenue la circonstance que l'opération a été financée au moyen de fonds dont l'importance est disproportionnée par rapport au patrimoine total du contribuable. De même, un recours important au crédit ou aux services de conseillers professionnels sera, le cas échéant, révélateur d'une intention spéculative⁸⁴².

À l'inverse, si des actions ont été acquises par succession, donation, épargne personnelle ou en remploi de biens aliénés, l'acquisition – qui porte sur un patrimoine préexistant – sera, en principe, considérée comme une opération de gestion normale d'un patrimoine privé⁸⁴³.

c) *La prise de risque et l'espoir corrélatif d'un bénéfice important*

La réalisation ou l'espérance d'un gain élevé constitue un élément parmi d'autres permettant au juge d'apprécier l'existence d'une intention spéculative⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ T. AFSCHRIFT et M. DAUBE, *Impôt des personnes physiques – Chronique de jurisprudence 2000-2008*, *op. cit.*, p. 203, n° 14.

⁸⁴¹ Anvers, 18 novembre 1997, *F.J.F.*, 1998, n° 98/42.

⁸⁴² Toutefois, la conclusion d'un emprunt ne constitue pas un élément décisif et peut souvent être considérée comme une opération de gestion normale d'un patrimoine. Voy. en ce sens Gand, 31 octobre 1996, *F.J.F.*, 1997, n° 97/41.

⁸⁴³ M. ANDRÉ, «Les limites fiscales de la gestion normale d'un patrimoine privé», *op. cit.*, p. 2349.

⁸⁴⁴ Liège, 19 décembre 1991, *Bull. contr.*, 1993, n° 723, p. 116; Civ. Gand, 5 novembre 2003, *F.J.F.*, 2004, n° 2004/221.

La détermination de l'intention spéculative nécessite que l'on se place, non pas au moment de la revente – où l'espoir d'un profit est naturel et évident – mais au moment de l'achat des actions ou parts sociales, c'est-à-dire de l'entrée des biens dans le patrimoine privé⁸⁴⁵.

Ainsi, lorsqu'un contribuable constitue une société et décide, par la suite, de revendre ses actions en réalisant une plus-value, celle-ci sera taxable s'il s'avère que, dès la constitution de cette société, le contribuable avait l'intention de réaliser un bénéfice⁸⁴⁶. Pour autant que l'intention spéculative soit ultérieure à l'acquisition, la circonstance que la cession ait été animée par un esprit spéculatif ne fait donc, en principe, pas obstacle à l'exonération du bénéfice⁸⁴⁷.

A contrario, on peut alors présumer que si l'intention de revendre avec bénéfice s'est manifestée dès l'acquisition, l'opération implique un risque que n'aurait pas accepté un bon père de famille. L'espérance d'un bénéfice substantiel se conjuguera donc fréquemment avec la prise en charge d'un risque significatif, susceptible de caractériser l'acte spéculatif. Celui-ci se déduira, par exemple, de la possibilité réelle de solder l'opération par une perte⁸⁴⁸.

d) *L'expérience ou la connaissance du contribuable*

La jurisprudence a tendance à se montrer plus pointilleuse à l'égard des placements de personnes qui ont des connaissances ou une expérience professionnelle en matière de transaction d'achat-vente d'actions. Dans la mesure où, sur le marché des

⁸⁴⁵ T. AFSCHRIFT et D. DANTHINE, «De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt», *op. cit.*, p. 201, n° 12. Voy. Gand, 21 janvier 2002, R.G. 1992/FR4140; Gand, 4 septembre 2004, R.G. 1992/FR/4140; Civ. Namur, 28 mars 2007, R.G. 2013/2002.

⁸⁴⁶ M. ÉLOY, «Gérer son patrimoine privé en bon père de famille», *R.G.F.*, 2003/1, p. 3.

⁸⁴⁷ La réalisation d'un bénéfice important ne prouve, en effet, pas, à elle seule, le caractère spéculatif d'une opération. Voy. en ce sens Liège, 14 mai 1980, *J.D.F.*, 1980, p. 265 : «ce ne serait pas se comporter en bon père de famille que de négliger le profit d'une opération patrimoniale; qu'il ne serait pas non plus d'une gestion normale d'un patrimoine privé que d'en refuser le plus grand bénéfice qu'elle peut donner». Voy. toutefois Bruxelles, 13 septembre 2007, disponible sur Fiscalnet.be.

⁸⁴⁸ Il a ainsi été jugé que l'acquisition d'actions pour un prix symbolique ne pouvait impliquer un risque financier et qu'en conséquence, en l'absence d'autres critères, la notion de spéculation devait être écartée. Voy. Bruxelles, 5 février 1999, *Cour. fisc.*, 1999, p. 263, note X.

actions, rares sont les personnes pourvues d'une expérience professionnelle, ce critère sera le plus souvent inopérant⁸⁴⁹.

e) *Complexité et chronologie des opérations*

La complexité des faits ainsi que l'agencement « inhabituel » des opérations peuvent permettre au juge de considérer que les limites d'une gestion normale du patrimoine privé ont été dépassées. Ont ainsi été reconnues comme spéculative, les plus-values réalisées sur la vente d'actions d'une société au sein de laquelle le dirigeant avait privilégié l'affectation de son bénéfice d'exploitation au sein de la société plutôt que par la perception de rémunérations imposables⁸⁵⁰.

Comme nous aurons l'occasion de le constater ci-après, ce critère prend une part de plus en plus importante pour considérer – à défaut même d'intention spéculative – que la gestion du patrimoine privé du cédant revêt un caractère anormal.

Dans un récent avis publié le 22 mars 2011, le service des décisions anticipées a rappelé que tant en cas de vente que d'apport d'actions ou de parts, son analyse reposerait sur les critères établis par la jurisprudence, en ayant égard aux opérations dans leur globalité, qu'il s'agisse d'opérations précédant ou suivant la cession des actions. A l'appui de sa position, l'avis du S.D.A. a, par ailleurs, mentionné une série de 9 critères (inspirés par la jurisprudence) qui lui permettront d'apprécier si une opération relève, ou non, d'une gestion normale d'un patrimoine privé. Ceux-ci sont (i) l'existence ou l'absence de motifs économiques, (ii) le caractère complexe ou ingénieux de l'opération, (iii) le fait que l'opération implique des sociétés récemment constituées (opérations ou holdings), (iv) l'importance de la plus-value, (v) le mode de financement et les éventuelles cautions, (vi) la capacité de financement de la société acquéreuse, (vii) la distribution de

⁸⁴⁹ Il en est autrement en matière immobilière où des opérations complexes sont fréquemment réalisées par des entrepreneurs, agents immobiliers, notaires ou autres professionnels de l'immobilier. Voy. T. AFSCHRIFT et D. DANTHINE, « De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt », *op. cit.*, p. 205, n° 16.

⁸⁵⁰ Civ. Louvain, 4 octobre 2002, disponible sur Fiscalnet.be; M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, « Plus-values sur actions réalisées dans la sphère privée par des personnes physiques résidentes : de la tentative de l'administration fiscale de les taxer en dehors du cadre de la spéculation », *op. cit.*, pp. 236 et 237.

dividendes entre le moment de l'acquisition des actions des sociétés concernées par l'opération et le moment de l'opération projetée, (viii) l'opération doit être appréciée dans sa globalité, qu'il soit fait usage ou non de sociétés contrôlées, ou qu'il soit recouru à des spécialistes, afin d'analyser la manière dont le patrimoine privé est géré, (ix) l'estimation des parts.

Opposée à un contribuable soutenant qu'une plus-value relève de la gestion normale du patrimoine privé, l'administration fiscale sera tenue de rapporter la preuve du caractère professionnel ou spéculatif du revenu qu'elle entend imposer (à titre de revenu professionnel ou de revenu divers)⁸⁵¹.

Lorsque les plus-values résultant de cessions d'actions répondent aux conditions de la spéculation, ces revenus seront, en principe, soumis à une taxation distincte au taux de 33%, conformément à l'article 171, 1^o, a), C.I.R.

2. EXTENSION DU CHAMP DES REVENUS DIVERS AUX OPÉRATIONS «ANORMALE» DE GESTION D'UN PATRIMOINE PRIVÉ

Depuis quelques années, l'on assiste à une tentative de tour de force de la part de l'administration fiscale visant à déplacer la ligne de démarcation entre les opérations qui relèvent de la gestion normale du patrimoine privé et celles qui excèdent les limites d'une telle gestion⁸⁵².

Selon l'administration, relayée en cela par une certaine jurisprudence, le critère de l'intention spéculative au sens strict (qui fonde traditionnellement la distinction entre ces deux catégories de revenus) serait progressivement remis en question à la faveur du critère de l'«anormalité» de l'opération. Dans cette perspective, une plus-value sur titres réalisée par une personne physique serait susceptible d'être imposée au titre de revenus divers, en dehors même de toute spéculation, du seul fait qu'elle résulterait d'une opération qualifiée d'anormale. Pour un exposé de la genèse de cette position administrative, relayée par une certaine jurisprudence, voy. M. MARLIÈRE, «Plus-values privées réalisées par

⁸⁵¹ Com.IR, 90/5.3. Voy. égal. Bruxelles, 28 avril 1976, *J.D.F.*, 1979, pp. 591 et s.

⁸⁵² M. MARLIÈRE et C. SCHOTTE, «Plus-values sur actions réalisées dans la sphère privée par des personnes physiques résidentes : de la tentative de l'administration fiscale de les taxer en dehors du cadre de la spéculation», *op. cit.*, pp. 219 et s.

une personne physique sur des actions : actualités», *op. cit.*, pp. 20 et s. et la jurisprudence citée. L'auteur met en avant la volonté de l'administration d'interpréter la notion de «gestion normale d'un patrimoine privé» plus restrictivement qu'auparavant. Dans la foulée de l'arrêt du 30 novembre 2006 rendu par la Cour de cassation, il ne pourrait plus être admis, sans plus, que la gestion d'un patrimoine privé serait normale lorsqu'elle ne consiste pas en une opération spéculative (voy. spéc., pp. 23-24).

Cette position plus restrictive adoptée par l'administration aboutit à exclure du champ de la gestion normale du patrimoine privé les cessions de titres présentant un caractère «inhabituel» ou «complexe», ou qui ne seraient pas motivées par des «besoins légitimes», c'est-à-dire des motifs non fiscaux (d'ordre financier, économique ou familial, par exemple).

Outre le fait qu'il constitue une atteinte au principe du libre choix de la voie la moins imposée⁸⁵³, le critère de l'«anormalité» d'une opération ne repose sur aucun fondement légal. Nous verrons, dans les lignes qui suivent, que c'est essentiellement à l'occasion de cessions d'actions de sociétés de liquidités et de cessions dites «internes», que se sont posés les problèmes de qualification les plus importants.

a) *Les sociétés de liquidités*

L'administration fiscale focalise depuis plusieurs années son attention sur les plus-values réalisées sur les titres de sociétés de liquidités. Celles-ci sont ainsi désignées parce que les actifs (en ce compris le fonds de commerce) qu'elles détenaient ont été préalablement cédés à une autre société, contrôlée par les mêmes personnes, contre des liquidités.

L'intérêt fiscal de l'opération résulte dans le fait que la base imposable de la société de liquidités (issue notamment de la plus-value réalisée lors de la cession des actifs), existant au moment de la vente de ses actions, va être neutralisée ou amoindrie par des opérations réalisées par ladite société, postérieurement au changement de contrôle de celle-ci (réalisation d'inves-

⁸⁵³ T. AFSCHRIFT et D. DANTHINE, «De la licéité de principe des ventes simultanées d'actifs et d'actions d'une société dans le but d'éviter l'impôt», *op. cit.*, p. 208.

tissements en actifs amortissables, conclusion d'un emprunt, etc.)⁸⁵⁴.

S'appuyant sur une interprétation stricte de l'article 90, 1° (ancien), C.I.R., l'administration considère presque systématiquement que la cession de titres d'une société de liquidités sort des limites de la gestion normale du patrimoine privé, compte tenu de la complexité et du caractère inhabituel d'une telle opération. Elle entend donc poursuivre l'imposition des plus-values réalisées dans ce contexte, à titre de revenus divers, au taux de 33% (art. 171, 1°, a CIR). S'appuyant sur la distinction à opérer entre les actes posés par le cédant (la personne physique qui, concrètement, ne réalise qu'une simple vente) et ceux posés par la société dont les titres sont cédés, la doctrine majoritaire s'est, quant à elle, élevée contre cette position administrative.

Si, dans un premier temps, le service des décisions anticipées refusait presque systématiquement qu'une cession des titres d'une société de liquidités puisse constituer un acte de gestion normale du patrimoine privé, il a consenti, depuis quelques années, à tenir compte des enseignements tirés de la jurisprudence lors de l'appréciation des opérations qui lui sont soumises (cf. les critères énumérés ci-dessus). Cette position a été confirmée dans le récent avis du S.D.A. publié le 22 mars 2011. Celui-ci mentionne cependant qu'il ressort fréquemment de la jurisprudence que la vente des actions d'une société de liquidités ne peut pas être considérée comme une opération de gestion normale du patrimoine privé, confirmant par là son attachement à la jurisprudence défavorable au contribuable. A cet égard, il apparaît pourtant que les décisions rendues par les cours et tribunaux sont relativement partagées et fortement dépendantes de considérations de fait propres à la cause examinée⁸⁵⁵.

Dans son nouvel avis de mars 2011, le S.D.A. annonce sans ambiguïté son intention d'apprécier les *constructions* relatives aux sociétés de liquidités à la lumière de l'ensemble des opérations

⁸⁵⁴ T. AFSCHRIFT et M. DAUBE, *Impôt des personnes physiques. Chronique de jurisprudence 2000-2008*, op. cit., pp. 821 et s.

⁸⁵⁵ En ce sens, voy. M. MARLIÈRE, «Plus-values privées réalisées par une personne physique sur des actions : actualités», op. cit., pp. 42 et s. et la jurisprudence citée par l'auteur, tantôt favorable, tantôt défavorable au contribuable.

qui sont mises en place par la (les) personne (s) physique (s) ou sous son (leur) autorité dans un laps de temps très court.

b) *La problématique des plus-values internes*

Dans certaines circonstances, il peut être intéressant pour un contribuable personne physique de céder (au moyen d'une vente et/ou d'un apport) une participation majoritaire qu'il possède à titre privé dans une société opérationnelle, à une société holding (souvent constituée pour l'occasion) qu'il contrôle. Ce type de mécanismes est ainsi fréquemment utilisé dans le cadre d'une planification successorale, d'une réorganisation du patrimoine familial, soit encore pour des raisons fiscales (évitement du pré-compte mobilier lors des distributions de dividendes, transfert de bénéfices via la mise en place d'une créance du contribuable sur «sa» holding, etc.).

La plus-value dite «interne» qui est réalisée dans ce contexte est analysée par l'administration comme un revenu divers, imposable à ce titre au taux de 33%, parce qu'elle considère généralement que l'opération mise en œuvre répond à des motifs essentiellement fiscaux.

L'on ne peut approuver l'attitude administrative qui consiste à exclure du champ de la gestion normale du patrimoine privé les actes inspirés par le souci de minimiser la charge fiscale. En premier lieu, parce que celle-ci est en contradiction avec le principe du choix licite de la voie la moins imposée, mais également parce qu'elle se fonde sur des critères arbitraires. Comme le souligne M. Marlière, «aucun des critères généralement pris en considération pour déceler l'existence d'une intention spéculative n'est présent dans les cessions internes»⁸⁵⁶.

Dans son avis récent de mars 2011, le S.D.A. ne soumet plus le bénéficiaire d'une décision positive au respect de certaines conditions mais énumère désormais différents engagements qui *peuvent éventuellement* être repris dans la demande de ruling afin de refléter l'intention de l'opération. Le respect de certaines conditions ne permet donc plus de préjuger automatiquement de

⁸⁵⁶ M. MARLIÈRE, «Actualités en matière de plus-values privées réalisées par des personnes physiques», *op. cit.*, p. 175 : M. ELOY, «Gérer son patrimoine privé en bon père de famille», *op. cit.*, n° 1, p. 7.

l'obtention d'une décision positive du S.D.A. Inversement, l'absence de l'un des engagements suggérés ne devrait pas, en soi, impliquer une décision négative. Quoi qu'il en soit, il apparaît qu'en principe, l'apport d'une participation majoritaire ou de contrôle à une holding propre ne devrait pas donner lieu à l'imposition de la plus-value réalisée, à titre de revenus divers, si les engagements suivants sont pris⁸⁵⁷ :

- (i) Aucune réduction de capital n'est effectuée par la société (holding) pendant une période de trois ans à compter de l'apport;
- (ii) Aucune réduction de capital n'est effectuée par la société opérationnelle pendant une période de trois ans à compter de l'apport, sauf si ces moyens sont utilisés par la société holding dans le cadre, par exemple, de nouveaux investissements ou du financement d'autres sociétés du groupe ou d'entreprises liées, sans que ces flux financiers puissent bénéficier aux actionnaires personnes physiques;
- (iii) Pendant une période de trois ans à compter de l'apport, la distribution de dividendes par la société opérationnelle n'est pas modifiée par rapport à précédemment (à savoir avant l'apport à la société holding). Des dividendes plus élevés peuvent toutefois être distribués s'il est démontré que ceux-ci sont utilisés dans le cadre, par exemple, de nouveaux investissements ou du financement d'autres sociétés du groupe ou d'entreprises liées. Les dividendes supplémentaires ne peuvent cependant pas être distribués aux actionnaires personnes physiques. Les dividendes supplémentaires peuvent également être utilisés pour le paiement d'actionnaires qui souhaitent se retirer et qui ne sont pas concernés par l'opération d'apport.
- (iv) Pendant une période de trois ans à compter de l'apport, les *management fees*, rémunérations de dirigeants d'entreprise, etc., payés par la société opérationnelle, correspondent aux rémunérations antérieures de dirigeants d'entreprise. Les flux financiers de la société opérationnelle vers la société holding peuvent être supérieurs aux rémunérations antérieures de dirigeants d'entreprise s'il apparaît qu'ils rémunèrent des prestations effectives (par exemple, comptabilité, personnel, etc.) qui

⁸⁵⁷ Voy. l'avis du S.D.A. du 22 mars 2011, disponible sur le site <http://www.ruling.be/Avis.htm>.

étaient effectuées auparavant au niveau de la société opérationnelle et qui sont dorénavant effectuées par la holding (éventuellement avec transfert du personnel concerné) et qui sont évaluées conformément au marché.

Dans la mesure où plusieurs actionnaires entendent apporter les titres de leur(s) société(s) opérationnelle(s) à leur holding propre respective, l'avis du S.D.A. suggère l'introduction, dans la demande, de l'engagement complémentaire suivant :

Si, durant une période de trois ans à la date de l'apport des actions aux sociétés holding, des réductions de capital et/ou des distributions de dividendes plus élevés sont nécessaires afin de permettre à l'une des sociétés holding de réaliser de nouveaux investissements, ces réductions de capital et/ou dividendes plus élevés seront limités au montant correspondant à « l'investissement le plus onéreux » qui sera fait par les sociétés holding. Chaque société holding recevra, par conséquent, un montant qui correspondra à « l'investissement le plus onéreux » que l'une des sociétés holding effectuera.

Comme indiqué, ces critères reflètent la position administrative qui, en tout état de cause, n'a pas formellement de portée contraignante. La jurisprudence des cours et tribunaux demeure, pour sa part, partagée, mais de nombreuses décisions ont admis que la création d'une société holding propre n'excédait pas les limites de la gestion normale du patrimoine privé⁸⁵⁸.

C. LES PLUS-VALUES SUR PARTICIPATIONS IMPORTANTES

Si, en règle générale, le régime fiscal d'une plus-value sur actions varie en fonction de l'existence ou de l'absence d'une intention spéculative (ou, selon certaines décisions, du caractère « anormal » de l'opération) lors de l'acquisition des titres, il est un cas où les plus-values sont néanmoins imposables, quand même la cession relèverait-elle de la gestion normale du patrimoine privé, dans les conditions prévues à l'article 90, 9^o, second tiret, C.I.R.⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ M. MARLIÈRE, « Actualités en matière de plus-values privées réalisées par des personnes physiques », *op. cit.*, p. 182; *idem*, « Plus-value privées réalisées par une personne physique sur des actions : actualités », *op. cit.*, pp. 62 et s.

⁸⁵⁹ Sur cette question, voy. la Circ. n^o Ci.RH.251/567.506 (AFER 8/2007) du 14 mars 2007.

Sont visées les plus values dites importante, à savoir celles qui sont réalisées sur une participation représentant au moins 25% des droits sociaux, que le cédant a détenue, seul ou avec un membre de sa famille proche, au cours des cinq années précédant la cession. Concrètement, doivent ainsi être taxées au taux distinct de 16,5% (majorés des additionnels) les plus-values qui résultent de la cession à titre onéreux d'actions ou parts sociales représentatives d'une participation importante dans une société résidente, en dehors d'une activité professionnelle, à une personne morale établie à l'extérieur de l'Espace économique européen (EEE)⁸⁶⁰ (art. 90, 9°, second tiret, et 171, 4°, e, C.I.R.).

On précisera enfin que, pour être imposable sur pied de l'article 90, 9°, second tiret, C.I.R., il n'est pas nécessaire que la cession de titres ait porté sur l'ensemble de la participation. Il suffit, au contraire, qu'à un moment donné au cours des cinq ans précédant l'opération, le cédant se soit retrouvé dans les prévisions de cette disposition légale⁸⁶¹.

D. LES PLUS-VALUES RÉSULTANT D'UN ÉCHANGE (APPORT) D' ACTIONS

Dans les hypothèses où un échange d'actions ou parts sociales résulte d'une fusion, d'une scission, d'une opération assimilée à fusion ou de l'apport de ces titres à une société résidente ou intra-européenne, le nouvel article 95, C.I.R., organise une exonération *temporaire* et *conditionnelle* de la plus-value sur actions réalisée dans ce contexte⁸⁶².

⁸⁶⁰ L'on soulignera l'insertion par le législateur d'une disposition anti-abus (art. 94, C.I.R.) permettant d'éviter qu'un contribuable ne cède des titres représentatifs d'une participation importante à un résident de l'EEE afin que ce dernier les transmette à son tour à une société étrangère. Sur cette question, voy. Civ. Bruxelles, 18 février 2004, *Cour. fisc.*, 2004, p. 357.

⁸⁶¹ S. VANHAELST, « Régime fiscal des cessions de titres », *op. cit.*, pp. 138-139.

⁸⁶² Sur l'origine de cette modification, voy. la loi du 11 décembre 2008 modifiant le C.I.R./92 en vue de le mettre en concordance avec la Dir. 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents ainsi qu'au transfert de siège statutaire d'une S.E. ou d'une S.C.E. d'un État membre à un autre, modifiée par la Dir. 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, *M.B.*, 12 janvier 2009, pp. 672-686.

Ainsi, l'exonération de la plus-value résultant d'un échange d'actions⁸⁶³ suppose que :

- (i) l'opération ne relève pas de la gestion normale d'un patrimoine privé, puisqu'en ce cas, l'exonération générale de l'article 90, 9°, 1^{er} tiret, C.I.R., aurait vocation à s'appliquer;
- (ii) les actions ou parts cédées soient échangées contre de nouvelles actions ou parts émises par la société bénéficiaire de l'apport avec, éventuellement, une soulte en espèces qui ne dépasse pas 10% de la valeur nominale (ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable) des actions ou parts nouvellement émises;
- (iii) la société bénéficiaire acquiert au total plus de 50% des droits de vote dans la société dont les actions ou parts sont apportés, ou que, si elle dispose déjà d'une majorité des droits de vote, elle accroisse sa participation;
- (iv) l'opération n'ait pas pour principal objectif la fraude ou l'évasion fiscale (cf. art. 183bis, C.I.R.).

L'exonération présente, en outre, un caractère temporaire, puisqu'il ressort du libellé de l'article 95, alinéa 3, C.I.R., que son maintien est subordonné à la condition que le contribuable fournisse la preuve qu'il est toujours en possession des actions ou parts reçues et que celles-ci n'ont pas fait l'objet d'une réduction de capital (remboursement total ou partiel), à l'appui de chacune de ses déclarations à l'impôt des personnes physiques, ultérieures à celle au cours de laquelle l'opération a eu lieu.

E. DÉTERMINATION DE LA BASE IMPOSABLE

Ces dernières années, la problématique de la détermination de la base imposable des plus-values sur titres excédant la gestion normale du patrimoine privé a fait couler beaucoup d'encre. L'on a pu croire que la Cour de cassation avait clos le débat, aux termes d'un arrêt désormais célèbre, rendu le 30 novembre 2006, dans lequel elle a posé le principe selon lequel «l'article 90, 1°, du Code des impôts sur les revenus ne soumet pas à l'impôt la

⁸⁶³ Voy. la définition issue de l'art. 2, d), de la Dir. 90/434/CEE, coordonnée au 17 février 2005.

plus-value réalisée à l'occasion d'une vente excédant les limites de la gestion normale d'un patrimoine privé, mais uniquement le bénéfice ou le profit qui résulte d'une telle opération». Dans la mesure où, selon cette thèse, seule la partie «anormale» de la plus-value devait être imposée (à savoir, la différence éventuelle entre le prix de vente et la valeur intrinsèque des titres), une déperdition fiscale importante en découlait pour l'administration.

Depuis le 12 janvier 2009, l'entièreté de la plus-value est imposable lors de la cession à titre onéreux d'actions ou de parts, en dehors de l'activité professionnelle et ne relevant pas de la gestion normale du patrimoine privé (art. 90, 9°, 1^{er} tiret, C.I.R.). Concrètement, cela vise la différence entre le prix de vente des titres et le prix de souscription, sans que les frais relatifs à la plus-value ne puissent être déduits de ce montant⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ M. MARLIÈRE, «Actualités en matière de plus-values privées réalisées par des personnes physiques», *op. cit.*, p. 195, qui rappelle que l'art. 97, C.I.R., n'a pas été étendu à l'art. 90, 9°, 1^{er} tiret, C.I.R.