



Année Académique 2000-2001

Travail de recherche en droit fiscal  
Professeur Xavier Oberson

# LES OPTIONS DE COLLABORATEURS

en Suisse et aux Etats-Unis d'Amérique

Elena Bartesaghi

Juin 2001



UNIVERSITÉ DE GENÈVE



UNIVERSITÉ  
DE  
LAUSANNE



# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>4</b>
<b>§ 1. GENERALITES</b> .....	<b>6</b>
<b>1. Définition de l’option en général</b> .....	<b>6</b>
1.1. Types d’options.....	6
1.2. Position sur les options .....	6
<b>2. Les options de collaborateurs</b> .....	<b>6</b>
2.1. Définition de l’ <i>option de collaborateurs</i> .....	6
2.2. Caractéristiques <i>des options de collaborateurs</i> .....	6
2.3. Contenu d’un plan d’options.....	7
2.3.1. Les clauses principales.....	7
2.3.2. Les clauses accessoires .....	8
2.3.3. Exemple d'autres clauses.....	8
<b>2.4. Droit applicable au plan d’option et tribunal compétent</b> .....	<b>8</b>
2.4.1. Droit applicable.....	8
2.4.2. Tribunal compétent .....	8
2.4.3. Dans les rapports internationaux.....	8
<b>2.5. Avantages et inconvénients</b> .....	<b>9</b>
2.5.1. Avantages pour la société .....	9
2.5.2. Inconvénients pour la société .....	10
2.5.3. Avantages pour les employés.....	11
2.5.4. Inconvénients pour les employés .....	11
<b>§ 2 TRAITEMENT FISCAL EN SUISSE</b> .....	<b>12</b>
<b>1. Absence de base légale</b> .....	<b>12</b>
<b>1.1. Limites juridiques des circulaires</b> .....	<b>12</b>
1.1.1. Limite quant à la nature juridique .....	12
1.1.2. Limite quant à l’objet.....	12
1.1.3. Limite quant au pouvoir impératif .....	13
1.1.4. Limite quant à la force dérogatoire du droit fédéral .....	13
<b>1.2. Les accords avec l’Administration</b> .....	<b>13</b>
<b>2. Circulaire N° 12, du 8 novembre 1973</b> .....	<b>14</b>
2.1 Type d’actions.....	14
<b>3. Circulaire N° 5, du 17 mai 1990</b> .....	<b>15</b>
3.1. Types d’actions .....	15
3.2. Le calcul et le taux de l’escompte des actions et des options bloquées .....	16
3.3. Les options de collaborateurs.....	16
<b>4. Circulaire N° 5 du 30 avril 1997 actuellement en vigueur</b> .....	<b>18</b>
4.1. Traitement fiscal pour les employés .....	18
4.1.1. Imposition sur le revenu.....	18
4.1.2. Imposition sur la fortune .....	23
4.1.3. Autres impôts .....	24
4.2. Traitement fiscal pour la société .....	25
4.2.1. Charge déductible .....	25
4.2.2. Les effets fiscaux dans le cadre du rachat d’actions propres .....	25
4.2.3. Les effets fiscaux dans le cadre d’une augmentation du capital social.....	26

<b>5. Perspectives futures .....</b>	<b>27</b>
5.1. Introduction d'un nouveau système d'imposition des options de collaborateurs .....	27
5.2. Introduction d'un impôt sur le gain en capital .....	30
5.3. Introduction d'un impôt sur les gains de participations .....	31
<b>§ 3 L'ASSUJETTISSEMENT AUX ASSURANCES SOCIALES .....</b>	<b>32</b>
<b>1. Base légale.....</b>	<b>32</b>
<b>2. Moment de la perception des cotisations et les différentes méthodes existantes .....</b>	<b>32</b>
<b>3. Obligations de l'employeur .....</b>	<b>33</b>
<b>4. Les taux des cotisations .....</b>	<b>33</b>
<b>5. Le traitement international.....</b>	<b>33</b>
<b>§ 4 TRAITEMENT FISCAL AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE .....</b>	<b>35</b>
<b>1. Brève introduction au système fiscal américain et comparaison avec la Suisse .....</b>	<b>35</b>
<b>2. L'imposition des stock options selon le droit fiscal des Etats-Unis d'Amérique .....</b>	<b>35</b>
2.1. En général .....	35
2.2. Base légale .....	36
2.3. Traitement fiscal pour les employés .....	36
2.3.1. Les qualified stock options .....	36
2.3.2. Les non qualified stock options .....	37
2.4. Traitement fiscal pour la société .....	38
<b>§ 5 TRAITEMENT FISCAL DANS LES RAPPORTS INTERNATIONAUX .....</b>	<b>39</b>
<b>1. Problèmes de la double imposition.....</b>	<b>40</b>
<b>2. Imposition des options de collaborateurs .....</b>	<b>41</b>
<b>3. Le cas particulier des expatriés américains.....</b>	<b>41</b>
3.1 Le problème de la qualification des <i>qualified stock options</i> .....	41
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>43</b>
<b>ABREVIATIONS.....</b>	<b>44</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>45</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>48</b>

# INTRODUCTION

« Nos collaborateurs constituent notre capital le plus précieux, mais, contrairement aux autres facteurs de production, on ne peut pas les acheter, il faut alors les conquérir ».

Le capital humain représente le moteur de croissance le plus important et le plus difficilement remplaçable de la chaîne de production d'une entreprise.

Dès lors, les sociétés ont compris qu'un des enjeux primordiaux était d'attirer les bons collaborateurs et de les garder afin d'accroître, grâce à leur valeur ajoutée, les bénéfices de l'entreprise et devancer ainsi la concurrence.

Elles ont donc commencé à prêter attention à la motivation et à la satisfaction personnelle de leurs employés afin d'éviter leur départ et d'accroître leurs performances personnelles.

Parmi les moyens possibles pour retenir les collaborateurs, il semble que le plus efficace soit d'ordre économique, mais cet élément à lui tout seul ne suffit pas. En effet, déjà au siècle dernier les sociétés se sont rendues compte que la simple augmentation du salaire devait être accompagnée par une implication des collaborateurs dans la croissance de la valeur de l'entreprise.

Pour ce faire, certaines sociétés ont commencé à permettre à leurs employés de participer aux bénéfices et au capital de l'entreprise par le biais de l'octroi d'actions de la société. C'est alors qu'est né le concept d'employé-*actionnaire*.

La première société connue en Suisse, à avoir introduit un modèle de participation des employés aux bénéfices, a été la société *Karl Weber AG*, à Winterthur en 1866.

En Suisse romande, c'est la société *Billon & Isaac* qui a introduit le système de participation au capital de la société en 1871.<sup>1</sup> Il ne s'agit donc pas, comme on pourrait le croire, d'une méthode de rémunération nouvelle.

Toutefois, ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt dix que l'attribution d'*options de collaborateurs* est entrée dans la pratique courante des sociétés<sup>2</sup> suisses. Cela a eu lieu principalement par l'influence exercée par l'implantation d'entreprises étrangères, en particulier de sociétés américaines, sur le sol suisse. C'est à partir de ce moment que les autorités fiscales ont ressenti la nécessité de réviser le système fiscal en vigueur depuis presque vingt ans et ont décidé, en outre, d'introduire expressément le concept d'options de collaborateurs.

Plus récemment, la constitution d'un nombre toujours plus important de sociétés de la Nouvelle Economie<sup>3</sup> a déclenché un processus d'une telle ampleur qu'une adaptation du régime fiscal suisse semble inévitable. Mais, comme nous le verrons, le projet de loi sème la discorde entre les autorités fiscales fédérales, les cantons et les milieux concernés.

<sup>1</sup> Pour plus de détails concernant le développement en Suisse du système de participation au capital de l'entreprise par ses employés cf. HELBLING, op. cit., p. 7 ss et p. 19 s.

<sup>2</sup> Pour des questions juridico-économiques, que nous n'allons pas approfondir, seules les sociétés exploitées sous la forme de sociétés de capitaux, telles que la société anonyme, ont la possibilité d'octroyer des options de collaborateurs à leurs employés.

<sup>3</sup> Dénommées aussi entreprises de « high tech » ou *start-ups*. Ces sociétés sont définies comme des entreprises constituées depuis moins de 5 ans, qui ne sont pas encore cotées en bourse et qui sont axées sur des technologies innovantes (cf. art. 3 de la Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les sociétés de capital-risque (abrégiée ci-après : LSCR, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2000). Pour en savoir plus cf. Buchs J.-P. *La Nouvelle Economie, c'est quoi ?*, in L'Hebdo, 3 février 2000.

Dans la première partie de ce texte nous traiterons du concept d'options de collaborateurs et de l'actuel traitement fiscal en Suisse. Nous étudierons, en particulier, les étapes qui ont amené, depuis trois décennies, à la solution applicable de nos jours. Nous analyserons ensuite les différents projets envisagés, sans pour autant prétendre proposer des solutions infaillibles.

Nous laissons cette tâche au Parlement suisse, lequel est appelé à proposer des solutions avant l'automne 2001.

Enfin, dans la deuxième partie de notre travail, nous analyserons le système de l'imposition des options de collaborateurs aux Etats-Unis d'Amérique et la problématique du traitement fiscal international.

## § 1. GENERALITES

### 1. Définition de l'option en général

Une opération sur option est une opération conditionnelle à terme et à la fois un contrat entre deux parties. L'acheteur d'une option achète contre paiement du prix de l'option (prime) le droit, mais pas l'obligation, d'acheter (*call*) ou de vendre (*put*) une quantité déterminée d'un certain bien à un prix convenu à un moment fixé ou jusqu'à un moment fixé<sup>4</sup>, selon que l'option soit de type européen ou américain.<sup>5</sup>

Une fois arrivée à échéance, l'option devient caduque et ne pourra plus jamais être exercée. Par contre, si elle est exercée, en échange du prix prévu, son détenteur obtient le droit formateur à la livraison des titres sous-jacents.

#### 1.1. Types d'options

Les options de *style américain* peuvent en principe être exercées en tout temps pendant la durée de l'option, cela à l'inverse des options de *style européen*, lesquelles ne peuvent être exercées qu'à l'échéance de l'option (jour de la liquidation). Enfin, il y a des options de *style bermude*, qui constituent un mélange des deux premières.

#### 1.2. Position sur les options

Selon que la société dispose ou pas, parmi ses actifs, des actions sous-jacentes, les options sont dites *options couvertes*<sup>6</sup> respectivement *options non couvertes*<sup>7</sup>.

## 2. Les options de collaborateurs

### 2.1. Définition de l'option de collaborateurs

L'option de collaborateurs est assimilable à une option d'achat (*call*)<sup>8</sup> par le biais de laquelle son détenteur reçoit la faculté d'acheter un droit de participation<sup>9</sup> de la société pour laquelle il travaille ou d'une société appartenant au même groupe de sociétés.

Mais, comme nous le verrons par la suite, elle a des caractéristiques qui lui sont propres.

### 2.2. Caractéristiques des options de collaborateurs

- a) Les options de collaborateurs sont strictement liées à une relation de travail entre les deux parties en cause et, sous réserve d'exceptions, cette relation doit être maintenue pour que les options soient exerçables.

C'est la raison pour laquelle les employés sont encouragés à rester au sein de l'entreprise. En effet, on prévoit souvent que si le contrat de travail est rompu, les options prennent fin de plein droit. Tel

<sup>4</sup> Cf. Circulaire n° 4 de l'Administration Fédérale des contributions, du 12 avril 1999 : Obligations et instruments financiers dérivés en tant qu'objet de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre, p. 5

<sup>5</sup> Cf. infra § 1.1.1. Types d'options.

<sup>6</sup> En anglais : *long position*.

<sup>7</sup> En anglais : *short position*.

<sup>8</sup> La remise d'un *put* à des collaborateurs est extrêmement rare, et comme nous le verrons par la suite elle serait contre-indiquée.

<sup>9</sup> En principe, une action. Bien qu'on puisse convenir de l'octroi d'autres titres de participation, ou bien le montant, en cash, correspondant à la valeur boursière du titre.

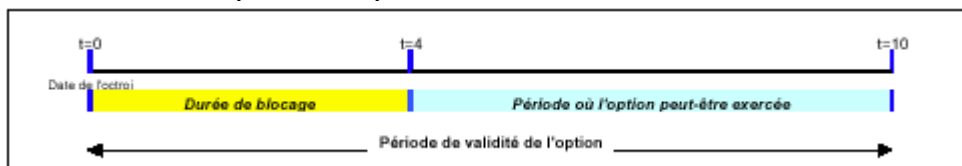
est notamment le cas du plan d'options de *Swissquote*, selon lequel, l'employé quittant la société perd le droit d'exercer l'option qu'il détient.<sup>10</sup>

Néanmoins, en cas de décès, d'invalidité ou de mise en retraite, en principe l'ancien collaborateur ou ses représentants gardent le droit de les exercer, bien que dans ce cas le plan prévoit souvent des délais d'exercice plus courts.

- b) Elles sont généralement octroyées à titre gratuit ou à un prix préférentiel en tant que complément de salaire pour le travail effectué par les collaborateurs au sein de l'entreprise.<sup>11</sup>
- c) En général, elles sont soumises à une restriction du droit de disposer, qui empêche l'employé de transférer les options à un tiers (*pactum de non cedendo*) ; de plus, la société se réserve souvent le droit de les racheter ou de les reprendre sans compensation, notamment en cas de départ de l'employé.
- d) Enfin, elles sont souvent soumises à un délai de blocage<sup>12</sup> pendant lequel le collaborateur ne peut ni les exercer, ni les aliéner.

La figure suivante illustre le cas typique où la durée de validité, de blocage et d'exercice des options sont respectivement de 10, 4 et 6 ans :

**Figure 1 :** Schéma d'exemple d'une option de collaborateur



Source : Alexandre Michellod et Stefania Krüsi.<sup>13</sup>

## 2.3. Contenu d'un plan d'options

Conformément aux éléments que nous venons de citer, le plan des options de collaborateurs doit contenir les éléments suivants :

### 2.3.1. Les clauses principales

- Parties au contrat : la société et les employés bénéficiaires des options
- Objet du contrat: transfert de la propriété du droit sur l'option
- Nombre de droits transférés
- Prix de vente ou sa valeur
- Prix de l'exercice (strike price ou prix de levée) du bien sous-jacent (underlying)
- Modalité du paiement ou modalité de l'acceptation
- Durée de vie de l'option (échéance)
- Durée de blocage
- Restriction du droit de disposer<sup>14</sup>
- Conditions suspensives et/ou résolutoires de l'exercice de l'option

<sup>10</sup> "Cela permet d'éviter les danseuses, ces employés qui changent souvent d'emploi dans le seul but de faire augmenter leur salaire ", Lasar J. *Comment faire grimper votre revenu, profitez de la nouvelle donne*, in Bilan, novembre 2000.

<sup>11</sup> Bien que le contrat de travail, au sens de l'art. 319 CO, ne soit pas une condition *sine qua non*, cf. dans ce sens Michel T., *Payer son chasseur de têtes en stock-options*, La Tribune de Genève, 25 octobre 1999. Dès lors, une société pourrait très bien payer ses mandataires par le biais d'options de la société, à condition que ceux-ci ne soient pas tenus à un devoir d'indépendance, comme cela serait le cas, par exemple, des avocats.

<sup>12</sup> En anglais : *vesting period*.

<sup>13</sup> Cf. Travail de licence de Stefania KRÜSI et Alexandre MICHELLOD, *Les stock-options dans le cadre du capital-risque et de la création d'entreprises en Suisse-évolution récente-*, HEC Université de Genève, mars 2001, p. 21.

<sup>14</sup> Dans ce cas, le dépôt collectif auprès d'une fondation ou d'un trust est souvent prévu.

### 2.3.2. Les clauses accessoires

Afin d'éviter tout problème d'interprétation, le contrat prévoit généralement une liste définissant les termes utilisés.

Parfois la société se réserve le droit de racheter les options en prévoyant un droit de préemption ou l'obligation de restitution. L'employé peut alors les revendre à la société (cette clause est nécessaire dans tous les cas si l'action n'est pas cotée en bourse), ce qui permet d'éviter le problème lié à la détermination du prix des titres non cotés.

### 2.3.3. Exemple d'autres clauses

Comme nous le verrons par la suite, pour rendre les options de collaborateurs non évaluables et donc imposables uniquement lors de l'exercice, il suffit que la société prévoie dans le plan d'options que « le conseil d'administration se réserve le droit de limiter le droit d'exercice en cas de fortes chutes boursières » ou encore que la société prévoie des conditions de performances collectives ou individuelles selon lesquelles le collaborateur ne peut exercer l'option que si le cours de l'action de la société atteint un niveau donné<sup>15</sup> ou respectivement que l'employé ait atteint les objectifs convenus préalablement.<sup>16</sup>

## 2.4. Droit applicable au plan d'option et tribunal compétent

### 2.4.1. Droit applicable

Le plan d'option est un contrat entre l'employeur et les bénéficiaires des options étroitement lié à la relation existante entre ces deux parties. Il est donc soumis aux règles régissant le contrat de travail.

Par conséquent, les dispositions régissant la protection du travailleur sont également applicables au contrat relatif au plan d'options de collaborateurs.

### 2.4.2. Tribunal compétent

Les parties peuvent choisir entre le for de domicile du défendeur ou le for correspondant au lieu de l'exploitation ou du ménage pour lequel le travailleur accomplit son travail.<sup>17</sup>

Le caractère impératif de l'article 343 alinéa 1 du Code des Obligations, oblige les parties à choisir l'un ou l'autre de ces fors. Elles ne peuvent pas renoncer à ce choix.<sup>18</sup>

### 2.4.3. Dans les rapports internationaux

L'élection du droit est limitée par l'article 121 alinéa 3 de la Loi fédérale sur le droit international privé qui règle les cas de litige en matière de contrat de travail. Conformément à cette disposition, les parties peuvent décider de soumettre leur contrat de travail uniquement au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou éventuellement à celui de l'Etat dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> L'option ne pourrait plus être exercée si l'action dépassait un certain seuil « *knock-in* » ou bien si l'action tombait en dessous d'un certain barème « *knock-out* ».

<sup>16</sup> Cf. BUI, op. cit., p. 114.

<sup>17</sup> Cf. décision de la Juridiction des prud'hommes dans la cause n° C/10991/98 – 9 du 5 août 1998.

<sup>18</sup> Bien que le droit cantonal puisse prévoir une compétence exclusive de la juridiction des prud'hommes, sans pour autant violer le droit fédéral. Cf. Semaine Judiciaire 1989, p. 593.

<sup>19</sup> Cf. décision de la Juridiction des prud'hommes dans la cause n° C/10988/98 – 9 du 16 mars 1999 qui traita spécifiquement de l'attribution de gratifications, mais dont le principe est applicable par analogie aux plans d'options de collaborateurs.

## 2.5. Avantages et inconvénients

### 2.5.1. Avantages pour la société

#### Avantages économiques

En octroyant des options de collaborateurs, la société évite d'utiliser ses liquidités. Elle maximise ainsi son cash-flow et peut affecter l'argent, normalement utilisé pour payer les salaires, pour autofinancer ses activités ou le développement de nouveaux projets.

C'est pourquoi ce système de rémunération prend de plus en plus d'ampleur surtout dans le domaine de la Nouvelle Economie. En fait, les *start-ups*, tout en ayant un potentiel de croissance exponentiel, prévoient des projets très ambitieux qui nécessitent du personnel hautement qualifié. Or, faute de liquidités, il est difficile pour elles de rémunérer les collaborateurs les plus compétents.

L'octroi d'options de salariés constitue donc une excellente solution. Puisque, dans l'attente de l'essor économique, les collaborateurs qui détiennent des options sont prêts à renoncer à des salaires élevés contre une grande expectative de gains futurs.

De plus, la performance individuelle des collaborateurs s'en voit améliorée puisque, dans l'espoir de participer un jour à l'augmentation de la valeur de l'entreprise, ils travailleront avec efficacité à la recherche des bénéfices qui seront aussi les leurs.

Certaines sociétés ont même prévu des systèmes permettant de motiver leurs employés en prévoyant un prix d'exercice assez élevé. Dans cette situation, les employés ne pourront exercer leurs options tant que le cours boursier n'atteint pas le niveau prévu, stimulant ainsi les employés à produire plus et mieux pour que la société enregistre plus de bénéfices et que les actions de celles-ci augmentent de valeur.<sup>20</sup>

D'autre part, grâce à l'identification des intérêts des collaborateurs avec ceux des actionnaires, il y aura un certain renforcement dans l'adhésion des salariés aux objectifs sociaux de l'entreprise et ils auront donc tendance à rester fidèles à la société, évitant ainsi les coûts de remplacement du personnel qui s'avèrent souvent très importants. En effet, on estime que remplacer un employé coûte à l'entreprise entre une à deux fois et demi son salaire annuel.

En conclusion, l'octroi d'options de collaborateurs permet souvent à la société d'enregistrer une augmentation de ses bénéfices.

Un autre avantage économique est lié à l'influence que les sociétés cotées en bourse peuvent exercer sur le cours de leurs actions, en particulier par le biais du rachat des actions propres.<sup>21</sup> Les options de collaborateurs sont donc souvent utilisées pour augmenter la valeur du "*shareholder value*"<sup>22</sup>,

---

<sup>20</sup> Il faut absolument relativiser cet aspect car comme nous le verrons par la suite les employés tout en ayant la faculté d'augmenter les bénéfices de la société, n'ont pas du tout le pouvoir d'en faire augmenter la valeur boursière.

<sup>21</sup> Mais nous avons volontairement omis de traiter les conséquences économiques liées au rachat par la société de ses propres actions. Pour en savoir plus cf. en particulier JAEGER, *Economic aspects*, op. cit., p. 13.

<sup>22</sup> Pour approfondir cet argument cf. KLAHOLD, op. cit., p. 9 ss, TIMMERMANN/JAEGER, op. cit., p. 318. En Europe, l'importance de concept de "*shareholder value*" a été reconnu uniquement ces dernières années.

### Avantage fiscal

A chaque fois que la société octroie des options évaluables<sup>23</sup>, à un prix de faveur, elle comptabilise une charge qui peut être portée en déduction des bénéfices de la société. Cette opération permet donc à la société d'épargner des impôts.

En outre, l'octroi d'options évite la double imposition économique touchant les bénéfices de la société<sup>24</sup>. La limite de cette solution réside dans le fait qu'elle est envisageable uniquement si l'actionnaire travaille au sein de la société, dans ce cas on lui attribuera un salaire, sous forme d'options, plutôt que des dividendes.

### **2.5.2. Inconvénients pour la société**

#### Au niveau stratégique

Lorsque les collaborateurs exercent leurs options, la société doit leur remettre les actions correspondantes. Or, cette opération peut impliquer, pour la société, des désavantages qui pourraient l'amener à se trouver confrontée à des problèmes de rendement.

En effet, d'une part la société peut se procurer les actions promises par le biais d'un rachat de ses propres actions, cette stratégie pourrait s'avérer très coûteuse, surtout dans le domaine des *start-ups*, où les flambées en bourse sont très fréquentes. D'autre part, la société peut aussi procéder à une augmentation du capital social entraînant ainsi la dilution des droits économiques et sociaux des anciens actionnaires.<sup>25</sup>

#### Au niveau de l'évaluation

La technicité exigée dans l'évaluation des options<sup>26</sup> est si complexe qu'elle peut même s'avérer être un empêchement à la constitution et au développement des sociétés, en particulier des petites et moyennes entreprises<sup>27</sup>, lesquelles seront découragées à l'idée de constituer un plan d'options. Surtout si ceci implique l'obligation de demander l'onéreuse assistance de spécialistes financiers afin de pouvoir satisfaire leurs obligations fiscales en tant qu'employeur (établissement de certificats de salaire de leurs employés et l'éventuel prélèvement de l'impôt à la source).

---

<sup>23</sup> Il est important de remarquer que la détermination de la valeur de l'option est une condition *sine qua non* pour que cette charge puisse être comptabilisée dans le compte de pertes et profits.

<sup>24</sup> Les bénéfices des sociétés de capitaux sont imposés deux fois : une première fois auprès de la société et une deuxième fois lors de leur distribution auprès des actionnaires.

<sup>25</sup> Une solution qui a été adoptée pour éviter cet inconvénient est la remise de *phantom stock options*.

<sup>26</sup> Le Professeur OBERSON se réfère justement au terme de "*sophistication*" pour mieux rendre l'idée de l'inadéquation du système fiscal actuel, cf. OBERSON, *Droit fiscal suisse*, op. cit., p. 75.

<sup>27</sup> Bien que les sociétés qui en souffrent le plus soient les *start-ups*.

### 2.5.3. Avantages pour les employés

#### Avantages économiques

Les options de collaborateurs tiennent compte, non seulement, à l'instar du " *bonus*", des performances réalisées dans le passé, mais aussi, indirectement, des résultats futurs de la société, ce qui entraîne une motivation majeure vis-à-vis des rendements potentiels espérés.

#### Avantages fiscaux

Le gain en capital qui pourrait résulter suite à une augmentation de la valeur des actions sous-jacentes, est, en principe, intégralement exonéré de toute imposition. En d'autres termes, si lors de l'exercice de l'option, l'action vaut sur le marché plus que le prix d'acquisition fixé au salarié, ce dernier peut exercer ses options puis revendre les titres qu'il a obtenus, sans avoir à payer un seul centime d'impôt !

### 2.5.4. Inconvénients pour les employés

#### Au niveau fiscal

Selon le système fiscal ainsi que les principes inhérents à la LAVS actuellement en vigueur,<sup>28</sup> sauf exceptions, l'octroi d'options à un employé provoque une augmentation de sa base imposable. C'est pourquoi il sera tenu de régler immédiatement sa charge fiscale ainsi que sa part de cotisation aux assurances sociales, bien que, lors de l'octroi, les options ne constituent qu'une rémunération potentielle, un gain aléatoire qui ne pourra se concrétiser que dans le cas où le détenteur les exerce un jour.

#### Au niveau économique

Les collaborateurs qui acceptent de se faire rémunérer par des options prennent des risques financiers.

D'une part, tout en étant poussés à être plus productifs et à influencer favorablement les bénéfices de la société, les employés n'ont aucune emprise sur la valeur boursière de la société, l'évolution du cours du titre sous-jacent reste liée aux lois du marché. Par conséquent, ne suivant pas forcément la courbe exponentielle attendue, les employés pourraient se retrouver avec de la monnaie de singe.

D'autre part, le risque est encore majeur si la société devait tomber en faillite, car dans ce cas les employés perdraient non seulement leur travail mais aussi leur argent : le manque à gagner de leur travail, le coût des options, au cas où elles n'auraient pas été attribuées d'une façon totalement gratuite et, dans l'éventualité qu'ils aient exercé leurs options, le capital investi dans la société pour l'achat des actions sous-jacentes.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Cf. infra § 2 point 4.1.1. let. b) Moment de l'imposition, p. 19 i.f. ainsi que §3 L'assujettissement aux assurances sociales, point 2, p. 32.

<sup>29</sup> Ce problème touche en particulier les collaborateurs de sociétés de la Nouvelle Economie.

## § 2 TRAITEMENT FISCAL EN SUISSE

### 1. Absence de base légale

En Suisse, l'imposition des options de collaborateurs, n'est pas réglementée sous la forme d'une loi au sens formel. Jusqu'à nos jours, les seuls documents traitant de l'imposition des options de collaborateurs ont été les trois circulaires émises par l'Administration fédérale des contributions, respectivement en 1973, en 1990 et en 1997.

La faculté de rédiger ces textes découle de l'article 102 alinéa 2 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct,<sup>30</sup> lequel stipule que:

*« L'Administration fédérale des contributions veille à l'application uniforme de la LIFD. Elle arrête les dispositions d'exécution propres à assurer une taxation et une perception correctes et uniformes de l'impôt fédéral direct. Elle peut prescrire l'utilisation de formules déterminées ».*

L'Administration fédérale des contributions n'a pourtant pas reçu le pouvoir législatif qui reste dans les mains du Parlement et du Département fédéral des finances.<sup>31</sup>

Elle se limite à donner des instructions afin d'accomplir les tâches que l'article susmentionné lui attribue. Pour ce faire elle édicte des textes sous la forme de circulaires, lesquelles sont adressées à toutes les administrations cantonales pour qu'elles appliquent d'une façon uniforme la loi sur l'impôt fédéral direct.

#### 1.1. Limites juridiques des circulaires

##### 1.1.1. Limite quant à la nature juridique

La forme juridique des lettres circulaires est celle d'un ensemble de règles qui *n'ont pas force de loi*. Leur seul but est celui de s'adresser aux autorités cantonales pour que ces dernières adoptent une pratique uniforme dans l'application du droit fédéral.

Cela ne signifie cependant pas qu'elles n'aient pas d'effet juridique ; bien au contraire, le Tribunal fédéral en apprécie leur but d'uniformisation au niveau national.

Cependant, elles ne sont pas destinées à attribuer des droits ou des obligations aux contribuables et en particulier elles ne lient pas le juge<sup>32</sup>, lequel, comme nous le verrons par la suite, peut non seulement ne pas les appliquer mais, peut même ordonner aux autorités de les modifier.<sup>33</sup>

##### 1.1.2. Limite quant à l'objet

Les circulaires se réfèrent uniquement à l'*impôt fédéral direct*, ce qui n'implique pas une unité absolue dans les systèmes d'imposition cantonaux et communaux.

En fait, au niveau cantonal, la Suisse étant instituée conformément au principe du fédéralisme, chaque canton garde la souveraineté pour légiférer, plus ou moins librement, dans le domaine des impôts cantonaux et communaux qu'il perçoit.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Par la suite LIFD (RS 642.11).

<sup>31</sup> Le Département fédéral des finances peut exercer le pouvoir législatif par voie ordonnance.

<sup>32</sup> Cf. dans le même sens RISI, op. cit., p. 391, PATRY, op. cit., p. 23 à 29 et HAEFELIN/MUELLER, op. cit., n° 97.

<sup>33</sup> Cf. ATF du 6 novembre 1995 par lequel le TF ordonne l'AFC de modifier la circulaire de 1990.

<sup>34</sup> Bien que cette liberté soit limitée par l'application de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, (par la suite LHID). Les cantons ont disposé jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2001 pour adapter leur législation et prévoir une certaine unité nationale.

### 1.1.3. Limite quant au pouvoir impératif

La perception de l'impôt fédéral direct devrait être uniforme sur tout le territoire suisse. Pourtant, étant donné que la circulaire laisse une large marge de manœuvre, les cantons peuvent l'appliquer plus ou moins librement. Or, cela a comme conséquence qu'en Suisse, on peut être confronté à des résultats inégaux dans la perception de l'impôt fédéral. Ce qui pourrait même amener à une inégalité de traitement, surtout dans le cas où des accords sont conclus entre les employeurs et l'autorité fiscale cantonale.

### 1.1.4. Limite quant à la force dérogatoire du droit fédéral

Les circulaires de l'Administration fédérale des contributions, à l'instar de tout autre texte de rang inférieur, ne peuvent jamais violer ni la Constitution, ni la législation fédérale.<sup>35</sup>

Ainsi, comme nous l'étudierons plus en détails par la suite,<sup>36</sup> une éventuelle future imposition au moment de l'exercice ne pourrait pas être simplement prévue dans une quatrième lettre circulaire, car cela impliquerait indirectement une imposition du gain en capital, ce qui serait contraire à la loi. En définitive, afin d'introduire une telle innovation il faudrait donc le faire sous forme d'une loi au sens formel.

Au niveau cantonal, ce principe constitutionnel s'applique dans le même sens. Les cantons sont libres de prévoir une pratique d'imposition qui peut différer d'un canton à l'autre, mais celle-ci ne peut jamais violer ni les lois fédérales, ni cantonales.

Donc, si les travaux législatifs en cours devaient aboutir à la rédaction d'une loi prévoyant dans les détails le traitement fiscal des options de collaborateurs, les autorités fiscales cantonales n'auraient plus la possibilité d'y déroger. En particulier, les accords fiscaux ne seraient plus admissibles.

## 1.2. Les accords avec l'Administration

Actuellement, il est encore possible pour les sociétés qui envisagent une distribution d'options de collaborateurs de conclure un accord avec l'autorité fiscale afin d'obtenir un mode d'imposition qui soit le plus idoine possible à leur plan d'options. Par le biais de ces accords, les entreprises peuvent notamment requérir, avec des bons arguments, une imposition à l'exercice plutôt qu'à l'octroi ou prévoir des critères d'évaluation plus conformes aux exigences de la société<sup>37</sup>.

La taille de l'entreprise qui fait la requête ne joue, en théorie, pas de rôle, donc une *start-up* devrait vraisemblablement obtenir les mêmes privilèges qu'une multinationale, étant donné que l'administration cantonale se base sur des critères objectifs tels que la durée du plan, les restrictions personnelles, le nombre de personnes impliquées dans la distribution des options et encore l'évaluation des titres sous-jacents.

Par exemple, l'autorité fiscale genevoise, dans deux cas tout à fait particuliers, a accordé la faculté aux collaborateurs d'être imposés uniquement si les options étaient effectivement exercées. Cependant, l'impôt était calculé au moment de l'octroi.

Ce traitement privilégié était justifié par le fait que la capacité contributive des personnes en question était très limitée et sans rapport avec le montant de l'impôt dû lors de l'octroi des options.

<sup>35</sup> Cf. art. 46 al. 1 de la nouvelle Constitution fédérale, du 18 décembre 1999.

<sup>36</sup> Cf. infra § 2.5. Perspectives futures, p. 27 ss.

<sup>37</sup> Par exemple, pour des raisons pratiques, la société peut demander à ce que les options soient évaluées selon un pourcentage fixé à l'avance et calculé sur la valeur boursière de l'action sous-jacente.

## 2. Circulaire N° 12, du 8 novembre 1973<sup>38</sup>

La circulaire n° 12 est le premier texte officiel traitant de l'intéressement des collaborateurs. Pourtant, elle ne se réfère qu'aux *actions de salariés*, sans nullement traiter des *options de salariés*. Toutefois, cette circulaire leur était appliquée par analogie.

A cette époque on distinguait entre trois types d'actions des collaborateurs :

### 2.1 Type d'actions

**a) L'action librement transférable (action libre).**

Elle était imposée, dès la date fixée par l'entreprise à laquelle le collaborateur pouvait l'acquérir. L'assiette de l'impôt correspondait à la différence entre la valeur vénale du titre et le prix auquel il avait été remis.

**b) L'action bloquée<sup>39</sup>**

Ce deuxième type d'action, était imposé, à l'instar des actions libres, au moment où le salarié pouvait exercer son droit d'acquisition. Cependant, l'assiette était calculée en tenant compte de la diminution que la valeur vénale de l'action subissait à cause de la durée de blocage. Par conséquent, un escompte de 10% par année (mais au maximum de 50%) était appliquée au montant correspondant à la valeur vénale.

La circulaire précisait déjà qu'il n'était pas possible de revenir par la suite, sur la taxation si les titres subissaient une diminution de valeur pendant la période de blocage. Une correction ne pouvait pas non plus être effectuée lors de taxations ultérieures.<sup>40</sup>

**c) L'action de mise en retraite**

Le troisième type d'action représentait, selon cette circulaire, une prestation versée pour des buts de prévoyance en faveur du personnel. Si un certain délai était prévu avant que les employés puissent en disposer librement, le moment de l'imposition était alors différé jusqu'au déblocage du titre ; le cas échéant jusqu'à la survenance d'un cas de prévoyance<sup>41</sup>, tels que la mise en retraite, le décès, l'invalidité ou en cas de libre passage.<sup>42</sup>

L'assiette de l'impôt était calculée sur la différence entre la valeur vénale des actions au moment de leur remise et le prix d'acquisition des titres, plus - le cas échéant - les dividendes et les intérêts accumulés.

En 1985, suite à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité,<sup>43</sup> la circulaire de 1973 présentait une incompatibilité avec les dispositions de cette loi.

Premièrement, elle s'arrogea le droit de définir l'octroi d'action de mise en retraite en tant que prestation versée pour des buts de prévoyance, sans tenir compte de l'application des dispositions de la LPP. Or, le texte de la LPP établit, d'une façon claire, quelles sont les conditions à respecter pour que ces versements soient effectivement considérés en tant que prestations de prévoyance professionnelle. Dès lors, c'est à l'autorité de surveillance de la LPP, et à elle seule, de décider si la remise des actions de salariés est conforme à ces dispositions et par conséquent, si la prestation reçue lors de la

<sup>38</sup> In Arch. 42, p. 249 (citée par la suite : Circulaire de 1973).

<sup>39</sup> Action qui ne peut être ni transmise ni exercée pendant la durée du blocage. Cette définition reste valable encore aujourd'hui.

<sup>40</sup> Comme nous le verrons par la suite, ce principe est encore appliqué par les autorités fiscales genevoises, alors que dans d'autres cantons on admet des rectifications. Cf. infra § 2.4.1.1. lettre d, La rectification..., p. 21.

<sup>41</sup> Conformément aux art. 13 et 22 à 24 LPP.

<sup>42</sup> Cf. ZUPPINGER, op. cit., p. 225 et ATF du 22 mars 1978 in Arch. 48, p. 136.

<sup>43</sup> Abrégée par la suite LPP (RS 831.40).

survenance d'un cas de prévoyance peut être imposée séparément et en raison uniquement d'un cinquième du taux.<sup>44</sup>

En outre, selon la doctrine de l'époque,<sup>45</sup> la circulaire de 1973 ne respectait pas non plus l'article 81 alinéa 2 de la LPP, lequel prévoit que, si les conditions légales sont remplies, le collaborateur doit pouvoir déduire de son salaire les cotisations qu'il paie à titre de deuxième pilier<sup>46</sup>. Alors qu'en application de la circulaire de 1973, la différence entre le prix d'achat et la valeur vénale de l'action n'était pas du tout considérée comme une contribution de prévoyance déductible, mais, bien au contraire, en tant que revenu imposable.

Afin de résoudre cette incompatibilité juridique, lors de la rédaction de la circulaire de 1990, l'Administration fédérale des contributions tint compte du texte de la LPP et afin de respecter sa conformité, elle précisa que les actions de mise en retraite n'étaient plus considérées comme une prestation versée à des fins de prévoyance en faveur du personnel, mais plutôt comme un revenu ordinaire immédiatement imposable.

### 3. Circulaire N° 5, du 17 mai 1990<sup>47</sup>

#### 3.1. Types d'actions

Les types d'actions de collaborateurs sont restés au nombre de trois:

- a) Les actions libres ;
- b) Les actions bloquées pour lesquelles une nouvelle distinction a été introduite :

##### Les actions bloquées avec délai de blocage

Ces actions étaient ultérieurement différenciées entre les actions détenues directement par le salarié et les actions gardées en dépôt en raison du fait que la société gardait le droit de les racheter dans l'éventualité d'un départ anticipé du salarié. Les deux types d'actions étaient soumis à l'impôt immédiatement, dès leur attribution. Elles étaient tout de même escomptées afin de tenir compte du délai de blocage.

##### Les actions bloquées assorties non seulement d'un délai de blocage mais encore d'un droit de rachat illimité dans le temps de la part de l'employeur

Ce type d'action n'était pas considéré comme une prestation appréciable en argent. Elles n'étaient donc imposées qu'au moment de la restitution des actions ou, au plus tard, lors du départ de l'employé. L'assiette était calculée sur la différence entre le prix de rachat et le prix d'acquisition.

- c) les actions de mise en retraite.

Une autre distinction importante par rapport à la circulaire de 1973 concerne la qualification de ce troisième type d'action.

En effet, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, à cause de l'entrée en vigueur de la LPP en 1985, la circulaire de 1990 affirma que ce genre d'actions constituait un revenu ordinaire immédiatement imposable et non plus une prestation versée à des fins de prévoyance en faveur du personnel.

On notera que ce type d'option ne figurera plus dans la circulaire de 1997.

<sup>44</sup> Dans le même sens, voir Jean Lampert, Directeur adjoint à la Division juridique de l'impôt fédéral direct, *Traitement fiscal des revenus de remplacement*, Séminaire OREF sur l'impôt fédéral direct Montreaux 25 et 26 mars 1996, cas n° 4.

<sup>45</sup> Cf. ZWAHLEN, op. cit., p. 413 ss, 427s.

<sup>46</sup> A ce sujet, voir Glady Laffey, *Problèmes d'application des dispositions fiscales de la LPP*, in StR 41, p. 57 ss, spéc. 63 à 65 et G. Steinman, *Traitement fiscal de la prévoyance professionnelle dans le cadre de l'impôt fédéral direct*, in RDAF 1990, p. 93 ss, en particulier p. 100 à 103.

<sup>47</sup> In Arch. 59, p. 176, citée par la suite : Circulaire de 1990.

### 3.2. Le calcul et le taux de l'escompte des actions bloquées

Pour évaluer les actions bloquées, le taux d'escompte de 10 % par année resta inchangé pour être réduit à 6 % avec la circulaire de 1997.

A l'instar de ce qui a été dit pour la circulaire de 1973, l'escompte était prévu pour tenir compte de la durée du blocage et diminuer ainsi la valeur vénale du titre soumis à une durée de blocage. Pourtant, avec l'application de la circulaire de 1990, l'escompte n'était plus calculé sur la valeur vénale de l'action, mais uniquement sur la prestation appréciable en argent, c'est-à-dire sur la différence entre la valeur vénale et le prix d'acquisition.<sup>48</sup>

Toutefois, en date du 6 novembre 1995, le Tribunal Fédéral<sup>49</sup> jugea cette méthode d'escompte contraire au droit fédéral. Le motif de sa décision était que l'escompte doit être calculé, comme c'était d'ailleurs le cas lors de l'application de la circulaire de 1973, sur la valeur vénale des actions et non pas, comme le prescrivait la circulaire de 1990, sur la différence entre la valeur vénale et le prix d'acquisition des actions. La circulaire de 1997 fut donc rédigée conformément à ces considérations.

**Figure 2A :** Schéma de calcul du revenu du travail imposable relatif aux actions bloquées

<b>Circulaire 1990</b>	<b>Circulaire 1973 et 1997</b>
Valeur vénale de l'action - Prix d'achat de l'action	Valeur vénale de l'action* <b>taux d'escompte</b> - Prix d'achat de l'action
= Différence avant l'escompte* <b>taux d'escompte</b>	
= Revenu du travail imposable	= Revenu du travail imposable

**Figure 2B :** Exemple chiffré

<b>Circulaire</b>	<b>1973</b>	<b>1990</b>	<b>1997</b>
<b>Valeur vénale de l'action</b>	3'000	3'000	3'000
<b>Prix d'achat</b>	2'000	2'000	2'000
<b>Délai de blocage en années</b>	5	5	5
<b>Taux d'escompte</b>	62.092 %	62.092 %	74.726 %
<b>Calculs</b>	$(3'000 * 0.62092) - 2'000 = -137.25$	$(3'000 - 2'000) * 0.62092 = 620.90$	$(3'000 * 0.74726) - 2'000 = 241.80$
<b>REVENU DU TRAVAIL IMPOSABLE</b>	<b>néant</b>	<b>CHF 620.90</b>	<b>CHF 241.80</b>

<sup>48</sup> Cf. paragraphe introductif de la circulaire n° 5 du 17 mai 1990, in Arch. 59, p. 176. La méthode de calcul de l'escompte n'était pas fondée sur des critères objectifs et raisonnables, bien que dans la circulaire de 1990 on affirma le contraire.

<sup>49</sup> Cf. StE 1996 B. 22.2 N° 12. La décision du TF se réfère aux actions de collaborateurs et non pas aux options de collaborateurs. Les considérations qui ont été faites par le TF peuvent pourtant s'appliquer aux deux titres indistinctement.

### 3.3. Les options de collaborateurs

La différence majeure entre la circulaire de 1973 et cette deuxième circulaire de 1990 est la référence expresse aux options de salariés.

Les options de collaborateurs étaient distinguées entre les options négociables et celles non négociables :

- a) Les options négociables qui étaient imposées, dès leur acquisition, sur leur valeur vénale ;
- b) Les options non négociables par contre, étaient imposées seulement au moment de leur exercice sur la différence entre le prix d'achat des actions (prix d'exercice ou strike price) et leur valeur vénale plus élevée.<sup>50</sup>

Cette qualification fut largement critiquée par la doctrine<sup>51</sup> n'étant pas suffisamment précise.<sup>52</sup> Mais, ce ne fut que par la décision rendue le 4 juillet 1995 par le Tribunal administratif de Zurich<sup>53</sup> que cette différence dans le moment de l'imposition fut annulée. Dès lors, le tribunal affirma que l'évaluation de tout type d'option de collaborateurs devait pouvoir être faite au moment de l'octroi.

Par la suite, le 6 novembre de la même année, le Tribunal Fédéral arriva à la même conclusion en confirmant le principe selon lequel l'octroi d'actions de collaborateurs doit être imposé au moment de leur transfert aux employés et cela même si celles-ci sont liées à une prohibition de transfert, ou si elles sont bloquées pendant une certaine période. Ces éléments doivent être considérés uniquement pour calculer l'escompte qui en dérive et non pas pour définir le titre comme *non évaluable*.

Depuis ces deux arrêts,<sup>54</sup> la question de savoir si l'option est négociable ou pas, ne correspond plus à un critère pour établir le moment de l'imposition. En fait, cet élément n'a qu'une influence au niveau de l'évaluation de l'option. Donc, le fait que l'option ne soit pas cotée sur le marché ne signifie pas qu'elle ne soit pas évaluable. Eventuellement, dans le cas où l'évaluation ne peut pas être établie par le biais des cours boursiers, on utilisera les *Instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'impôt sur la fortune, édictée par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat et l'AFC*<sup>55</sup> et éventuellement, dans les cas les plus délicats on fera appel à des experts. Si par contre, une évaluation n'est objectivement pas possible, l'imposition sera alors reportée à la date de l'exercice. De telle sorte que, désormais, conformément à la circulaire n° 5 de 1997 - actuellement en vigueur - l'imposition a lieu, en principe, au moment de l'acceptation de l'octroi des options, à moins qu'il ne s'agisse que de simples droits d'expectatives.

Pendant la période transitoire comprise entre les jugements datés de 1995 et la lettre circulaire n° 12, du 30 avril 1997, on adopta la pratique suivante : les employés n'ayant pas encore exercé les options reçues et qui n'avaient pas encore été imposée, pouvaient demander à l'autorité fiscale de leur appliquer le principe jurisprudentiel selon lequel l'imposition aurait dû avoir lieu rétroactivement et calculée sur la valeur des options au moment de leur octroi.

Dès lors, cette taxation rétroactive était fondée sur le principe général de la loi administrative selon lequel, le fait que l'administration ait changé de pratique ne peut pas causer de préjudice aux contribuables, par conséquent, aucun paiement d'intérêts de retard ou d'amendes ne peuvent être demandés.

<sup>50</sup> Cf. point IV de la circulaire 1990.

<sup>51</sup> Cf. CEREGHETTI, op. cit., p. 140 ss, BRAENDLI, op. cit., p. 19 et HELBLING, op. cit., p. 13.

<sup>52</sup> En particulier, comment on aurait dû qualifier une option si elle ne pouvait être acquise que par un autre employé ou par la société ? S'agissait-il d'une option négociable ou pas ? Pour l'étude d'autres questions cf. BRAENDLI, op. cit., p. 21.

<sup>53</sup> In StE 1996 ZH; B 22.2 n° 11. Cf. en outre, dans le même sens l'ATF 114 Ia 225 et CEREGHETTI, op. cit., p. 34 ss ainsi que THALMANN, op. cit., p. 58 et 62.

<sup>54</sup> C'est intéressant de souligner que les deux sentences, tout en arrivant à la même conclusion se réfèrent à deux bases légales différentes. D'une part, le Tribunal administratif du canton de Zurich se base sur l'art. 19 de Loi cantonale zurichoise et de l'autre côté le Tribunal fédéral se fonde sur la Loi sur l'impôt fédéral direct.

<sup>55</sup> En prévoyant une réduction de la valeur de 35% accordée pour les titres bloqués de collaborateurs, cf. p. 11, n° 63, édition 1995.

## 4. Circulaire N° 5 du 30 avril 1997<sup>56</sup> actuellement en vigueur

### 4.1. Traitement fiscal pour les employés

#### 4.1.1. Imposition sur le revenu

##### a) La notion de revenu de l'activité lucrative dépendante

Toute prestation attribuée sur la base d'une relation de travail, est considérée comme un revenu imposable provenant d'une activité lucrative dépendante<sup>57</sup> aux sens de l'article 17 de la LIFD<sup>58</sup> ainsi que des articles 7 LHID et 2 LIPP-IV. Et cela indépendamment du fait de savoir s'il s'agit du salaire proprement dit, d'indemnités pour ancienneté, commissions, allocations, gratifications, pourboires, tantièmes ou autres avantages appréciables en argent ou indemnités en nature.<sup>59</sup> Le Tribunal Fédéral a établi qu'au sens du droit fiscal exerce une activité dépendante « celui qui s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée à fournir des prestations contre rémunération en se soumettant aux instructions de son employeur ».<sup>60</sup>

Le critère décisif de qualification d'un revenu comme produit de travail réside donc dans la relation qui doit exister entre l'avantage matériel dont bénéficie le contribuable<sup>61</sup> et l'activité à but lucratif qu'il exerce, de telle sorte que l'un n'aurait pas été acquis sans l'autre.<sup>62</sup> Dès lors, même si l'employeur n'est pas tenu de verser la prestation, celle-ci doit toujours être qualifiée de revenu de travail.<sup>63</sup> C'est ainsi que la loi déclare imposable les cadeaux, les gratifications et toute autre prestation en nature.<sup>64</sup>

C'est pourquoi, dans la mesure où des options de collaborateurs sont octroyées à titre gratuit ou à un prix préférentiel,<sup>65</sup> celles-ci sont considérées en tant que revenu de travail.

Par contre, si par la suite, lors de l'exercice des options, le collaborateur réalise un gain en capital, celui-ci ne serait pas considéré comme un revenu d'activité lucrative à cause de l'absence de lien entre la relation de travail et l'activité de gestion du capital privé.<sup>66</sup>

La question de savoir si la relation de travail existe encore ou pas n'est ici qu'académique puisque, le gain en capital sur la fortune mobilière privée est de toute façon exempt d'impôts.

Une autre question que l'on pourrait se poser est celle de savoir si la remise d'options de collaborateurs peut être considérée non pas comme un revenu, mais en tant que donation de la part de la société ou de ses actionnaires.<sup>67</sup>

Mais, pour que l'on puisse parler de donation, il faudrait que la seule cause juridique de l'octroi d'options soit l'intention de faire des libéralités. Or, cette hypothèse doit être forcément exclue dans

<sup>56</sup> In Arch. 66, p. 540.

<sup>57</sup> Cf. Arch. 48, p. 136, RDAF 1980, 193 et Arch. 60, p. 245. Cf. en outre dans le même sens, la doctrine unanime: BLUMENSTEIN/LOCHER, *System des Steuerrechte*, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich 1992, p.145 ; KAENZIG, *Die Eidgenössische Wehrsteuer*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 1982, n° 26 ad art. 21 AIFD.

<sup>58</sup> Art. 17 al. 1 de la LIFD affirme que: "Sont imposables tous les revenus provenant d'une activité exercée dans le cadre d'un rapport de travail, qu'elle soit régie par le droit privé ou par le droit public, y compris les revenus accessoires tels que les indemnités pour prestations spéciales, les commissions, les allocations, les primes pour ancienneté de services, les gratifications, les pourboires, les tantièmes et les autres avantages appréciables en argent." Cf. CEREGHETTI, op. cit., p. 42.

<sup>59</sup> Une qualification plus précise du revenu n'est importante qu'en cas d'application d'une convention contre la double imposition. En effet, selon qu'il s'agisse d'un revenu d'activité dépendante plutôt que d'un tantième ou d'un gain en capital, ou encore d'une pension, l'Etat qui aurait le droit d'imposer pourrait varier. Cf. infra § 5 Le traitement fiscal dans les rapports internationaux, p. 36.

<sup>60</sup> ATF 121 I 259.

<sup>61</sup> L'avantage matériel correspond à une augmentation de la capacité économique du contribuable, Cf. CEREGHETTI, op. cit., p. 143 ss, BRAENDLI, op. cit., p. 21; FRAUENFELDER, op. cit., p. 7 et MUELLER-MOEHL, op. cit., p. 270.

<sup>62</sup> In Arch. 48, p. 136 et WYSS, op. cit., p. 59, BRACK, op. cit., p. 109 ss et OBERSON, *Droit fiscal suisse*, op. cit., p. 73 i.f.

<sup>63</sup> Cf. Arch. ibidem, n° 3b.

<sup>64</sup> Art. 17 LIFD. Cf. les commentaires de l'ancienne loi in KAENZIG *Wehrsteuern*, n. 35 ad art. 21 AIN ainsi que MASSHARDT/GENDRE, *Commentaire IDN*, n.13, ad art. 21 al. 1 let. a AIN.

<sup>65</sup> C'est-à-dire au-dessous de la valeur vénale, cf. Arch. 48, 136; StE 1996 B 22.2, n° 12.

<sup>66</sup> BOSSHARDT, op. cit., p. 82

<sup>67</sup> Pour en savoir plus cf. RISI, op. cit., p. 391 ss.

une relation de travail, du moment où les options sont par principe octroyées en contre-prestation d'un travail exercé ou à exercer.

Donc, l'octroi d'option de collaborateurs doit, à l'instar de tout autre revenu de l'activité dépendante, faire partie du salaire brut et donc figurer dans le certificat de salaire. L'obligation de procéder à ces enregistrements incombe à l'employeur. Il doit notamment indiquer dans une annexe au certificat de travail le nombre des options remises, ainsi que leur valeur et la date de leur octroi. En outre, il est soumis au devoir de collaborer avec les autorités aussi bien lors de la remise de l'option que durant la période de blocage. En particulier, pour les titres non cotés en bourse, il devra faire évaluer les options par des spécialistes rompus au commerce de ces titres et qui disposent de méthodes d'évaluation mathématiques reconnues dans la pratique. Il devra ensuite communiquer les bases de calcul relatives à l'évaluation des options ainsi que les méthodes utilisées pour la déterminer. Enfin, il est recommandé, en pratique, de soumettre par avance ce calcul aux autorités compétentes pour accord.

Dans le cas où les options ne seraient pas évaluables lors de l'octroi, l'employeur doit satisfaire à des conditions formelles ultérieures. Il devra mentionner dans le certificat de salaire la particularité qui justifie le sursis de l'imposition et au début de chaque période fiscale il devra présenter une liste indiquant le nom des collaborateurs concernés avec l'indication de leur domicile et du nombre d'options qui leur ont été distribuées et qu'ils n'ont pas encore exercées. En cas d'exercice de l'option ou de départ de l'employé à l'étranger, le certificat de salaire indiquera le revenu imposable qui en résulte. Ceci permettra à l'autorité fiscale de procéder à l'imposition de ces options.

Enfin, l'employeur doit payer les contributions aux assurances sociales, conformément aux pourcentages indiqués dans le prochain chapitre.<sup>68</sup>

Par contre, en ce qui concerne l'obligation de déclarer la remise des options à l'autorité fiscale et de payer l'impôt dû, ces tâches incombent, en général, à l'employé, exception faite des cas où l'employeur est tenu, de par la loi, de prélever l'impôt à la source.

Il est important de remarquer que, si ni l'octroi, ni l'exercice des options ne sont déclarés, les éléments constitutifs d'une soustraction fiscale sont réunis. De ce fait, une procédure de rappel d'impôt avec amende sera ouverte à l'encontre du contribuable concerné.

## b) Moment de l'imposition

En principe, en Suisse, l'instant à partir duquel on considère qu'il y a eu réalisation du revenu est le moment de l'octroi des options<sup>69</sup>.

D'après la doctrine<sup>70</sup> et la jurisprudence<sup>71</sup>, ce moment n'est réalisé que dès qu'il y a eu acceptation de l'offre de l'octroi des options de la part du collaborateur<sup>72</sup>. En effet, ce n'est qu'à partir de cet instant

<sup>68</sup> Cf. infra § 3 L'assujettissement aux assurances sociales, point 4. Les taux des cotisations, p. 33.

<sup>69</sup> Cf. point n° 1.1. de la circulaire 97.

<sup>70</sup> Sauf CEREGHETTI, op. cit. 1995, p. 83, qui proposa comme moment de l'imposition la déclaration de la part de l'employeur de la volonté d'octroyer des options. Cette théorie aurait pu être valable uniquement si cette déclaration unilatérale était suffisante à elle seule pour qu'elle représente l'exercice contractuel d'un droit et au surplus qu'elle n'ait requis aucune action de la part des employés pour qu'ils acquièrent le droit sur les options. (cf. à ce sujet GAUCH/SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil*, vol. I, 5<sup>ème</sup> édition, Zurich 1991, n. 65 s.) Or, cette déclaration n'implique aucun effet ni au niveau juridique, ni, à plus forte raison, au niveau fiscal. En effet, ce n'est que par l'acceptation de cette offre que le collaborateur acquiert un droit ferme sur les options offertes (cf. ibidem, n. 395 ss) et ce n'est donc qu'à ce moment là que l'imposition se justifie.

<sup>71</sup> ATF du 6 novembre 1995, in Arch. 65, 733 = StE 1996, B 22.2 n° 12 = RDAF 1997, 564 « En acceptant l'offre d'achat, le salarié acquiert le droit au transfert de la propriété des titres ; par leur transfert, il en acquiert la propriété, même si celle-ci est frappée d'une limitation du droit d'en disposer sous forme de blocage ou d'un droit de rachat de durée limitée ».

<sup>72</sup> Avant d'arriver à l'instauration de ce principe, plusieurs solutions avaient été proposées, par exemple, conformément à l'ancienne jurisprudence (cf. en particulier RB 1977, n° 42) le moment de l'imposition avait lieu uniquement lorsque les options étaient exercées, c'est-à-dire lors de l'acquisition des actions sous-jacentes. La cour administrative basa cette décision uniquement sur la sentence précédente (RB 1973 n° 24) et sur la doctrine dominante à ce jour<sup>72</sup> et cela, sans justifier plus précisément son opinion.

que l'employé acquiert un droit ferme à la prétention de la cession de la propriété<sup>73</sup> sur les options et cela même si ces options sont soumises à un délai de blocage de leur jouissance et/ou sont assorties d'une prohibition de transfert assortie d'une obligation de restitution.<sup>74</sup>

Cependant, pour que les options soient imposables lors de l'octroi il faut qu'elles aient une valeur objectivement quantifiable au moment de leur attribution. En ce qui concerne les **options libres**, ainsi que les **options bloquées**, l'imposition aura donc lieu au moment de l'acceptation de l'offre d'octroi de la part du collaborateur.

Par contre, si les options ne sont pas techniquement évaluables lors de leur attribution à cause du fait que leur durée de vie excède 10 ans, ou bien que leur délai de blocage<sup>75</sup> est supérieur à 5 ans, ou encore si elles sont soumises à de nombreuses conditions personnelles qui restreignent leur exercice, elles seront assimilées à de **simples expectatives** et leur imposition sera alors différée au moment de leur exercice.

### c) Raison d'être de l'imposition immédiate

Le motif justifiant l'imposition au moment de l'octroi de l'option, se fonde sur le principe établi en Suisse selon lequel le gain en capital de la fortune privée mobilière est exempté de tout impôt. Alors que si l'imposition était faite systématiquement au moment de l'exercice des options, cela impliquerait indirectement une imposition sur un élément du revenu qui serait assimilable à un gain en capital.<sup>76</sup>

Pourtant, pour une partie de la doctrine, l'imposition immédiate violerait d'une part, le *principe constitutionnel d'égalité*<sup>77</sup> dont découle le principe fiscal exigeant que tout contribuable soit imposé uniquement sur sa réelle capacité contributive, et d'autre part, le fait d'imposer des options avant de savoir si elles seront effectivement exercées viole le *principe fiscal dit de la réalisation du revenu*.

Ces assertions doivent toutefois être nuancées, du moment où, comme l'affirment l'Administration fédérale des contributions ainsi que les autorités fiscales cantonales, le salarié réalise une augmentation de son patrimoine réel, par la simple acceptation des options. Et cela même s'il n'a pas encore touché des sommes en argent et même si par la suite il ne pourra jamais bénéficier des expectatives de gains liées aux options qu'il a reçues.

En particulier, nous pensons aux cas où la personne n'exercera pas ses options pour les motifs suivants :

- le travailleur ne dispose pas de la somme nécessaire à l'achat des actions sous-jacentes ;
- tout en disposant du montant le détenteur décide de ne pas les acheter, car la valeur des actions sous-jacentes serait "out of the money", donc il ne serait pas convenable d'exercer l'option du fait que le prix des actions sur le marché est inférieur au *strike-price* ;
- la valeur de l'action est nulle du fait que la société tombe en faillite ou ;

<sup>73</sup> Conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 juin 1974, in Arch. 44, p 341, selon lequel, le revenu est réalisé lorsque le contribuable peut effectivement en disposer, c'est-à-dire lorsque la prestation a passé en sa possession ou lorsqu'il a acquis un droit ferme à la prestation.

<sup>74</sup> Contrairement à l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 mai 1993, in ASA 62, 705 (7b) : « Nur unbedingte Leistungsansprüche können als realisiertes Einkommen betrachtet werden » et à l'arrêt de la Commission de recours bernoise in StE 1985 B 22.2 N° 2 qui proclamait le principe de la réalité du revenu selon lequel si le revenu est assorti d'une condition résolutoire il n'y a pas de réalisation au moment de la souscription. A l'inverse, la jurisprudence plus récente a admis le principe de la praticabilité selon lequel l'imposition devait avoir lieu au moment de la souscription. Cf. StE 1994, B 22.2, n° 9 et ATF, in RDAF 1997, p. 564.

<sup>75</sup> Le blocage implique l'interdiction d'exercer l'option, de l'aliéner ou de la transmettre.

<sup>76</sup> Cf. Arch. 48 p. 142 i.f. qui dit que le « système de l'imposition *immédiate* permet de ne pas se préoccuper des fluctuations ultérieures de la valeur ainsi que des éventuels gain en capital réalisés par la suite ».

<sup>77</sup> Art. 8 de la nouvelle Constitution suisse, du 18 avril 1999. Ce principe veut que toute personne soit traitée de la même façon dans des circonstances égales.

- le détenteur de l'option a rompu son contrat de travail. En effet, comme nous l'avons vu, l'existence de cette relation est souvent une condition *sine qua non* liée non seulement au moment de leur octroi, mais aussi lors de l'exercice des options.

La question qui se pose maintenant est celle de savoir comment les autorités fiscales réagissent si l'employé a payé pour un revenu qu'il n'a pas effectivement réalisé ultérieurement.

#### **d) La rectification de l'impôt si les options ne sont pas exercées est-elle envisageable ?**

Il semble que les autorités fiscales des cantons de Zurich, de Bâle et de Zoug, admettent la rectification de l'imposition pour le montant que le contribuable a payé lors de l'octroi si par la suite les options n'ont pas été exercées.<sup>78</sup> Elles parlent du concept dit du «revenu négatif».

Par contre, les autorités fiscales des cantons de Vaud et de Genève<sup>79</sup> n'admettent pas ce genre d'opération en argumentant que le contribuable, au moment de l'acceptation des options, connaissait le risque encouru et l'a accepté. Il devra donc assumer cette situation en acceptant d'avoir payé pour un bien qui n'a plus aucune valeur. Bien que dans des cas exceptionnels les autorités soient prêtes à accorder la révision de la taxation, notamment si le contribuable ne pouvait disposer des liquidités nécessaires ou si le maintien de l'imposition était incompatible avec la situation économique réelle du contribuable.

Ce problème aurait pu être évité si à l'époque de la rédaction de la circulaire de 1997, on avait compris le concept de délai de blocage.<sup>80</sup> En effet, en prévoyant l'abattement, qu'on applique pour déduire la valeur de l'option, on tient compte uniquement de la période d'attente, sans pour autant tenir compte des risques qui lui sont liés.

Dès lors, pour considérer ces risques, l'imposition devrait avoir lieu uniquement à la fin de la période de blocage, c'est-à-dire, une fois l'exercabilité de l'option connue. Or, en procédant de cette manière, si les options ne sont pas exerçables à cause des chutes boursières subies par les actions sous-jacentes ou à cause de la faillite de la société, cela aurait pour effet que les options ne seraient pas imposables. Par contre, si la durée de blocage était assortie d'autres conditions, telles que l'existence d'un rapport de travail, la fin de celui-ci serait un risque qui resterait à la charge de l'employé et il serait donc imposable lors de l'octroi.

#### **e) L'assiette de l'impôt**

##### Options librement transférables

L'assiette de l'impôt correspond à la valeur effective des options lors de leur octroi, déduction faite du prix que le collaborateur a éventuellement payé pour les avoir.

##### Options bloquées

La restriction du pouvoir de disposition est prise en compte en déduisant de 6% par année<sup>81</sup> la valeur fiscale calculée sur un maximum de 5 ans.

<sup>78</sup> Concernant les autres conditions nécessaires pour requérir la rectification de l'imposition, cf. BUI, op. cit., p. 115.

<sup>79</sup> Entretien eu le 22 mai avec Monsieur Léchaire, de l'Administration fiscale cantonale de Genève.

<sup>80</sup> Affirmation de Monsieur Digeronimo lors de l'entretien téléphonique du 14 mai 2001.

<sup>81</sup> Il est intéressant de remarquer que les fractions d'année ne sont pas reconnues.

**Figure 3** : valeur résiduelle en % du paramètre « cours boursier actuel » des options bloquées.

Délai de blocage	Abattement	Valeur résiduelle
1 année	5.6600 %	94.340 %
2 ans	11.000 %	89.000 %
3 ans	16.038 %	83.962 %
4 ans	20.791 %	79.209 %
5 ans	25.274 %	74.726 %

Source : Circulaire N°5 imposition des actions et options de collaborateurs

En cas d'exercice anticipé de l'option, notamment si le plan prévoit cette faculté en cas de transfert à l'étranger du collaborateur, il faudrait revenir sur l'escompte qui avait été accordé. En effet, le sens de l'escompte sur la valeur de l'option repose sur le fait que la valeur vénale subit une perte à cause du délai de blocage. Toutefois, si le blocage tombe, la valeur imposée ne correspondra plus à la perte de valeur déterminée par le délai de blocage. En conclusion, si le plan d'intéressement prévoit que la durée de blocage peut être écourtée, aucun escompte ne devrait être admis sur la valeur de l'option.<sup>82</sup>

#### Simplex expectatives

Il s'agit d'options qui ne sont pas évaluables au moment de leur octroi dû au fait que leur délai de blocage est supérieur à 5 ans ou que leur durée de vie est supérieure à 10 ans. En outre, il peut s'agir aussi d'options pour lesquelles les éléments nécessaires pour l'application de formules mathématique font défaut, c'est le cas notamment si la volatilité ne peut pas être déterminée ou encore si des restrictions personnelles ont pour effet de créer des conditions suspensives ou résolutoires au droit de disposer des options. Toutes ces circonstances ont pour effet d'empêcher toute évaluation. L'imposition dans ces cas est alors reportée au moment de l'exercice de ce genre d'option.

La taxation à l'exercice sera alors effectuée sur la différence entre la valeur vénale de l'action sous-jacente et le prix d'exercice de l'option.<sup>83</sup>

#### **f) L'évaluation de l'assiette fiscale**

L'évaluation de la valeur fiscale des options remises aux collaborateurs n'est pas toujours facile, surtout en ce qui concerne les titres qui ne sont pas cotés. Or, si nécessaire, l'employeur devra se faire aider par des spécialistes « rompus au commerce des options et qui disposent de méthodes d'évaluation reconnues dans la pratique ».<sup>84</sup>

Il existe plusieurs formules mathématiques qui permettent l'évaluation. Bien que les résultats obtenus soient plus ou moins équivalents, le modèle d'évaluation le plus utilisé par les cantons reste celui de *Black & Scholes*<sup>85</sup>, découvert dans les années septante par les deux financiers : Fisher Black et Myron Scholes, qui leur a valu le prix nobel.<sup>86</sup>

Ce système a été revu par la suite par les analystes Roll et Geske<sup>87</sup>. Il s'agit d'une technique qui a été prévue pour l'évaluation des titres des grandes entreprises mais qui n'est pas toujours idoine pour l'évaluation des *start-ups*.

<sup>82</sup> Cf. Pierre Dériaz, de l'administration fiscale du canton de Vaud lors du Séminaire sur les options de collaborateurs de la Chambre fiduciaire, du 18 mars 1999, cas n° 5.

<sup>83</sup> Cf. BUI, op. cit., p. 114.

<sup>84</sup> Circulaire de 1997, point 4.1.

<sup>85</sup> Cf. infra Annexe n° 5.

<sup>86</sup> Fisher Black and Myron Scholes, "The Pricing of options and corporate liabilities," in Journal of Political economy 81, n° 2, mai-juin 1973, p. 637 à 654.

<sup>87</sup> John C. Cox, Stephen A. Ross, and Mark Rubenstein, "Option Pricing: A simplified approach", in Journal of Economics 7, n° 3, septembre 1979, p. 229 à 264.

D'autres méthodes existent, particulièrement pour l'évaluation des options de type américain.

Il s'agit des modèles dénommés : *Binomial Option Pricing Model* (BOPM) lequel est un des modèles les plus recommandés pour l'évaluation des options dites américaines et surtout, pour l'évaluation des *start-ups*. Bien que de toutes manières il n'y ait pas une méthode absolument fiable pour évaluer les options des *start-ups*. Enfin, il y a le modèle dit de *Cos-Ros-Rubinstein*.

L'évaluation de l'option établie par le biais du modèle *Black & Scholes*, nécessite la prise en compte d'au moins six éléments. Il s'agit de:

1. **Spot price (S)**: Correspond au prix de l'action sous-jacente. Pour les actions des sociétés non cotées il faudra déterminer cette valeur. Par contre, pour les actions des sociétés cotées en bourse cette valeur sera le prix boursier. Quand le *spot price* augmente, la valeur de l'option augmente à son tour ;
2. **Strike price ou prix à l'exercice (X)** : C'est le prix déterminé à l'avance auquel le détenteur de l'option pourra acheter l'action sous-jacente ;
3. **Date d'expiration (Maturity)** : C'est la date limite d'exercice de l'option. Pour les options européennes, il s'agit du jour d'exercice. Plus longue est la durée de cette période plus haute est la valeur de l'option. Cela peut être facilement compris si on considère que le détenteur de l'option aura plus d'opportunités pour profiter des fluctuations du marché ;
4. **Volatilité (lettre grecque «  $\sigma$  » *Sigma*, qui dénote la déviation standard)** : Ce paramètre, qui ne peut pas être observé directement, représente l'intensité des mouvements du prix de l'action sous-jacente. Il peut être estimé en considérant les données historiques du prix du sous-jacent, sur une période égale à la durée de vie de l'option. Plus le sigma est grand plus les fluctuations du prix de l'action sous-jacente sont amples ;
5. **Taux d'intérêt exempt de risque (r)** : Il correspond au taux d'escompte qu'on applique aux cash-flows futurs estimés. Les taux qu'on utilise normalement sont les taux à court ou long terme des obligations d'Etat.<sup>88</sup> ;
6. **Dividendes (d)** : Les dividendes ont pour effet de diminuer la valeur du sous-jacent, donc la distribution d'un dividende provoque la diminution du prix de l'option call.

S'agissant d'un travail orienté vers la problématique fiscale, nous ne traiterons pas les aspects purement économiques et techniques liés à ces notions en laissant le soin de l'évaluation des options de collaborateurs aux experts en la matière.<sup>89</sup>

#### 4.1.2. Imposition sur la fortune

Les options attribuées au collaborateur sont soumises à l'impôt cantonal et communal sur la fortune<sup>90</sup>.

Les **options libres** doivent, en principe,<sup>91</sup> être déclarées à la valeur vénale telle qu'elle a été déterminée au moment de l'octroi. Par mesure de simplification, cette valeur est conservée telle quelle aussi longtemps que les options ne sont pas exercées ou annulées<sup>92</sup>.

En ce qui concerne les **options bloquées**, leur valeur devra être diminuée conformément à la pratique cantonale. Par exemple, dans la plupart des cantons on admet un abattement forfaitaire de 35 % conformément à la circulaire de l'Administration fédérale des contributions sur l'évaluation des titres

<sup>88</sup> Le court terme correspond à 3 mois et respectivement le long à 10 ans.

<sup>89</sup> Pour le calcul de la valeur fiscale cf. infra annexe n° 5 et pour un approfondissement du concept d'évaluation cf. RISI, op. cit., p. 183 ss ainsi que John Hull, *Introduction to futures and options markets*, Prentice Hall International Editions, 1995.

<sup>90</sup> L'impôt sur la fortune n'existe pas au niveau fédéral. C'est la raison pour la quelle dans les circulaires de l'Administration fédérale des contributions on n'en fait pas référence.

<sup>91</sup> Exception faite du cas où elles ne seraient pas évaluables.

<sup>92</sup> En d'autres termes, on ne procédera pas pour chaque période fiscale à une réévaluation du titre, à moins que le contribuable le demande à cause d'une dévaluation justifiée des titres.

sans cours.<sup>93</sup> En effet, pour ce qui a trait aux titres qui ne sont pas cotés, d'après le Tribunal fédéral<sup>94</sup>, les directives de l'AFC concernant l'impôt sur la fortune contiennent des règles que l'on peut appliquer par analogie aux options de collaborateurs.<sup>95</sup>

Par contre, les **simples expectatives**, ne seront pas imposables. Mais elles devront tout de même être reportées dans l'état des titres avec la mention « pour mémoire » et cela aussi longtemps qu'elles ne sont pas exercées ou annulées.

### 4.1.3. Autres impôts

#### a) Impôt sur le gain en capital

En général, en Suisse, les gains en capital ne sont pas imposés ni au niveau cantonal<sup>96</sup> ni au niveau fédéral<sup>97</sup>.

Il y a tout de même deux exceptions :

1. la première concerne l'impôt cantonal sur les gains immobiliers, qui frappe la plus-value lors de la vente d'immeubles<sup>98</sup> ;
2. la deuxième touche au gain en capital réalisé sur la fortune commerciale, lequel est toujours imposé,<sup>99</sup> à condition qu'il s'agisse effectivement d'une activité commerciale, même accessoire, et non pas d'une simple gestion du capital privé.

La jurisprudence a largement traité de cette distinction afin de déterminer quels sont les indices permettant de qualifier l'activité professionnelle imposable.

Dans le cas d'attribution d'options de collaborateurs, le gain en capital qui pourrait en découler serait imposable uniquement si, compte tenu d'une analyse globale, un des indices suivants devait se réaliser<sup>100</sup>:

1. l'activité professionnelle du contribuable serait en relation avec la gestion des options,
2. il y aurait un caractère systématique des opérations,
3. le mode de gestion serait semblable à celui d'un professionnel de la branche,
4. on utiliserait des connaissances techniques particulières,
5. on aurait recours à des fonds tiers afin de financer les activités,
6. il y aurait une communauté de personnes pour exercer les activités,
7. l'activité exercée serait axée sur l'obtention d'un gain.

Il pourrait s'agir, par exemple, des cas dans lesquels l'employé s'endette pour acheter les actions sous-jacentes qu'il revendrait par la suite<sup>101</sup>. Un autre exemple pourrait se réaliser si, en cas de *management*

<sup>93</sup> Cf. OBERSON, in *Les plans d'intéressement*, op. cit. p.110.

<sup>94</sup> StE 1997 B 22.2 n° 13.

<sup>95</sup> Par contre, dans le canton de Zurich on applique un escompte forfaitaire, cf. la décision de la Commission de recours III de Zurich, du 18 mai 1995, in StE 1996, B 52.42, n° 3.

<sup>96</sup> Art. 7 al. 4 let. b LHID et art. 10 let. i, de la Loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques. Impôt sur le revenu (revenu imposable) (LITPP-IV). C'est intéressant de noter que dans le passé certains cantons avaient prévu, dans leur législation fiscale, ce type d'impôt, c'est le cas notamment du Canton des Grisons, bien qu'il ait abrogé en 1996.

<sup>97</sup> Art. 16 al. 3 LIFD.

<sup>98</sup> Art. 12 LHID.

<sup>99</sup> Art. 18 al. 2 LIFD.

<sup>100</sup> Une analyse pragmatique est tout de même nécessaire pour déterminer les situations où le gain en capital sur la fortune privée mobilière serait imposable.

<sup>101</sup> En effet, d'après la jurisprudence, le recours à des fonds étrangers, dans le cadre de commerce de titres, dénote déjà une activité professionnelle particulièrement importante, cf. BGE du 9.7.99, p. 652 à 657. Cette situation est conçue différemment dans le cadre du commerce d'immeubles, où prendre une hypothèque est une procédure assez usuelle. Dès lors, l'indice numéro 5 de notre liste à lui tout seul ne suffirait pas.

*buy out* les cadres constituaient une société simple afin de prendre le contrôle de la société dont ils vendraient les actions par la suite réalisant un gain en capital qui serait ainsi imposé. D'après le caractère spécial de ces exemples, nous pouvons conclure qu'il n'y aura que très rarement une qualification d'activité professionnelle dont le gain en capital serait imposable.

## b) Droit de timbre d'émission et de négociation

Les options ne sont pas des titres imposables au sens de la Loi fédérale sur les droits de timbre.<sup>102</sup> Leur émission et leur commerce ne sont par conséquent pas soumis au droit de timbre d'émission, ni au droit de timbre de négociation.

Par contre, dans l'éventualité où les options seront exercées, une fois la remise de l'action sous-jacente effectuée, le droit de timbre de négociation de 1.5 % sera dû, si les conditions des articles 13 ss LT sont remplies.<sup>103</sup>

## 4.2. Traitement fiscal pour la société

### 4.2.1. Charge déductible

La remise d'options de collaborateur, à l'instar des salaires, a un caractère de charge déductible, à condition qu'elle soit justifiée par l'usage commercial<sup>104</sup> et que les options soient effectivement évaluables.

Ensuite, au moment de l'exercice, il pourrait y avoir une charge ultérieure déductible.<sup>105</sup>

En effet, si lors du rachat des actions la société a payé un prix supérieur au prix qu'elle demande à ses collaborateurs (prix d'exercice des options)<sup>106</sup>, la différence qui en découle peut être comptabilisée en tant que charge déductible reconnue par l'usage commercial.<sup>107</sup>

Par contre, si pour remettre les actions, une augmentation du capital a été nécessaire, il y aura un cas de dilution du capital et non pas une charge déductible.<sup>108</sup>

Nous analyserons maintenant quels sont les effets fiscaux qui découlent des différentes stratégies mises en place par la société pour que celle-ci, au moment de l'exercice des options par ses collaborateurs, puisse délivrer le nombre d'actions nécessaires.

Les stratégies pour que la société puisse avoir à disposition les actions sous-jacentes sont au nombre de deux :<sup>109</sup> Le rachat de ses propres actions et l'augmentation du capital social.

### 4.2.2. Les effets fiscaux dans le cadre du rachat d'actions propres

#### a) Liquidation partielle directe

Le fait pour une société d'acquérir ses propres actions peut entraîner le risque que l'opération soit traitée fiscalement comme une *liquidation partielle directe*. Cette situation se vérifie si la société ne respecte pas le cadre fixé à l'articles 659 du Code des obligations ou à l'article 4a LIA.

Ces violations peuvent être d'ordre quantitatif ou temporel.<sup>110</sup>

<sup>102</sup> Par la suite LT, (RS 641.10)

<sup>103</sup> Cf. infra sous chapitre suivant concernant le traitement fiscal pour la société.

<sup>104</sup> Art. 58 al. 1 LIFD.

<sup>105</sup> C'est intéressant de remarquer qu'en contre partie, pour le salarié aucun impôt ultérieur sera exigé du moment que le gain en capital, comme nous l'avons vu, est exempt d'impôt.

<sup>106</sup> Bien que dans la réalité cette situation ne se présente que très rarement, exception faite du domaine des *start-up* où les fluctuations boursières sont très élevées.

<sup>107</sup> Circulaire de 1997, point n° 2.4.

<sup>108</sup> C'est en fait comme si l'émission des actions avait été financée par les anciens actionnaires.

<sup>109</sup> Bien qu'il ne faudrait quand même pas oublier l'éventualité dans laquelle la société remettrait de l'argent cash au lieu de l'action. C'est surtout les cas dans lesquels la société n'est pas cotée et elle ne procède pas à une nouvelle émission ou encore si la société fait l'objet d'une fusion (exemple des options de collaborateurs liées aux actions NABISCO).

<sup>110</sup> Afin d'éviter cette situation, certains auteurs proposent de réaliser le rachat par le biais d'une fondation ou d'une société sœur de la société. Cf. par exemple CEREGHETTI, op. cit., p. 131.

### Limites quantitatives

D'après l'article 659 CO et les règles de l'Administration fédérale des contributions,<sup>111</sup> la société peut acquérir uniquement jusqu'à 10 % de son capital-action, pour autant qu'elle dispose de réserves librement disponibles<sup>112</sup> et de l'argent nécessaire au rachat.

Cette limite peut atteindre 20 % si la société acquiert des actions nominatives en relation avec une restriction de la transmissibilité, bien que la part des actions dépassant 10 pour cent doit être aliénée dans un délai de deux ans.

### Limite temporelle

En général, les actions ne peuvent pas être détenues pour une période supérieure à six ans. Cependant, si les actions sont acquises dans le cadre d'un plan d'option de salariés, le délai de revente des actions est suspendu pendant six ans au maximum, de telle sorte que la durée de détention peut atteindre une période de 12 ans au total.<sup>113</sup>

Donc, si la société conserve ses actions dans son bilan pendant plus de douze ans, ou si leur pourcentage dépasse la limite prévue, l'autorité fiscale, en considérant cette situation comme une liquidation partielle, procédera à l'imposition des réserves de la société<sup>114</sup> et prélèvera le 35 % sur la différence entre la valeur de rachat des options et leur valeur nominale en tant qu'impôt anticipé.<sup>115</sup>

## **b) Droit de timbre de négociation**

Le rachat des titres, comme toute autre opération ayant pour objet leur transfert par l'intermédiaire d'un commerçant de titres, tel qu'indiqué à l'article 13 de la Loi fédérale sur les droits de timbre, est soumis au droit de timbre de négociation.<sup>116</sup> Le taux s'élève à 1,5 pour mille pour les titres suisses (0,75 o/oo pour chaque contractant).<sup>117</sup>

## **4.2.3. Les effets fiscaux dans le cadre d'une augmentation du capital social**

### **a) Droit de timbre d'émission**

Pour procéder à l'augmentation de son capital social, la société doit effectuer une émission de nouvelles actions.<sup>118</sup> opération qui est soumise au droit de timbre d'émission de 1 %, si les articles 5 et suivants LT sont applicables.

<sup>111</sup> Cf. la Circulaire n° 5 : *Réforme 1997 de l'imposition des sociétés – Nouvelle réglementation de l'acquisition des propres droits de participation*, du 19 août 1999, in *ASA 66*, p. 305 ss.

<sup>112</sup> Les deux opérations comptables nécessaires sont les suivantes : 1) Actions propres à Caisse et 2) Réserves librement disponibles à Réserve pour action propres. Par la suite, la société pourra éventuellement diminuer la valeur des actions si celles-ci valent moins. Par contre, le montant de la réserve ne peut pas varier et elle ne pourra pas être dissoute, sauf lors de l'aliénation des titres. Cf. art. 671 let. a CO.

<sup>113</sup> Remarque : il doit exister, dès le rachat des titres par la société, un engagement de sa part en vertu du plan de participation.

<sup>114</sup> Conformément à l'art. 20 let. c LIFD.

<sup>115</sup> Conformément à l'art. 4 a LIA.

<sup>116</sup> En d'autres termes, l'opération sera soumise à l'impôt, à moins que le rachat n'ait lieu par des contractants qui ne sont pas qualifiés en tant que commerçants de titres au sens de l'article 13 de la Loi fédérale sur les droits de timbre (abrégé LT, RS 641.10) ou encore que le rachat ne soit pas effectué en vue d'un remboursement. (Pour d'autres exceptions cf. Art. 14 LT et cf. aussi *Directives sur le Droit de négociation* de l'Administration fédérale des contributions, éd. 2001).

<sup>117</sup> Si les titres sont émis par une personne domiciliée à l'étranger, ce taux correspond à 3 pour mille, art. 16 LT.

<sup>118</sup> En respectant les dispositions du Code des obligations : art. 650 CO pour l'augmentation ordinaire, 651 CO pour l'augmentation autorisée et art. 653 CO pour l'augmentation conditionnelle.

## 5. Perspectives futures

### 5.1. Introduction d'un nouveau système d'imposition des options de collaborateurs

Les étapes qui sont en train d'amener le parlement suisse à modifier l'imposition des options de collaborateurs sont les suivantes :

#### En septembre 2000

Le 9 septembre la **Motion N° 99.3460** ainsi que le **Postulat N° 99.3461** sur l'encouragement de la création de nouvelles entreprises I, ont été déposés au Conseil des Etats par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil National (CER-N).

Par la suite, le **Rapport du Conseil fédéral** du 18 septembre 2000,<sup>119</sup> concernant l'encouragement de la création de nouvelles entreprises, a admis que les six mesures proposées dans la motion et le postulat doivent être prises en considération<sup>120</sup>.

Il s'agit des domaines suivants :

1. L'imposition des options de collaborateurs.
2. La réduction de la valeur minimale des actions de CHF 10.-- à 1 centime<sup>121</sup>.
3. La nouvelle forme juridique du « *Limited partnership* »<sup>122</sup>
4. Les allègements fiscaux des « *Business Angels* »
5. L'assouplissement des dispositions de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP) accordant aux caisses de pension le droit d'investir dans le domaine des nouvelles entreprises en Suisse et à l'étranger
6. La facilité pour la création d'entreprises en éliminant les entraves administratives et en permettant notamment l'inscription au Registre du Commerce via Internet.

Concernant l'imposition des options de collaborateurs (point n° 1), le rapport du Conseil fédéral proposa trois variantes :

#### Variante A (Exonération)

Maintien de l'imposition au moment de l'attribution avec une exonération pour les collaborateurs des nouvelles entreprises. Ces sociétés sont définies en tant que sociétés suisses, indépendantes, non cotées à une bourse principale, âgées de moins de 5 ans et porteuses de projets innovateurs à vocation internationale dans le domaine des biens et des services.<sup>123</sup>

Cette solution présente plusieurs inconvénients. Premièrement, les cantons sont d'avis qu'elle viole le principe de l'égalité de traitement entre les différents types d'entreprises. Dès lors, le gouvernement n'a pas soutenu cette possibilité et l'administration craignait, en plus, les abus que cette solution pourrait entraîner. Deuxièmement, elle pose des problèmes de délimitation. En effet, il n'est pas évident de déterminer l'élément *innovateur* qui est exigé de par la loi, afin de distinguer les *start-ups* des entreprises « normales ».

Troisièmement, cette proposition ne serait pas immédiatement applicable car elle exigerait l'introduction d'une loi au sens formel ; ce qui requerrait du temps, étant donné qu'une simple modification de la circulaire ne donnerait pas une base suffisante.

<sup>119</sup> Cf. FF 2000, p. 5127 ss.

<sup>120</sup> Les trois premières mesures étaient proposées par la motion et les trois autres par le postulat.

<sup>121</sup> Nouvel art. 622 al. 4 du Code des Obligations, modification du 15 décembre 2000, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2001.

<sup>122</sup> Projet de loi actuellement à l'étude par la Commission « OBERSON » dirigée par le Professeur Xavier Oberson.

<sup>123</sup> Art. 3 de la Loi fédérale sur les sociétés de capital risque, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2000. (abrégée par la suite : LSCR).

### Variante B (Imposition proche de zéro)

Maintien de l'imposition au moment de l'attribution avec une imposition proche de zéro pour les options attribuées par de nouvelles entreprises<sup>124</sup>.

Pour ce faire, l'évaluation de la valeur imposable de ces options serait toujours effectuée sur le modèle *Black & Scholes*, mais avec des conditions particulières d'estimation concernant deux paramètres centraux nécessaires au calcul. D'une part, la valeur des actions sous-jacentes ne tiendrait plus compte des rendements escomptés,<sup>125</sup> mais elle serait calculée, au moment de l'attribution des options, sur la base de la valeur de substance comptable (calculée en additionnant aux fonds propres les réserves latentes tout en tenant compte des pertes). D'autre part, la volatilité serait plafonnée à 20 %, ce qui réduirait considérablement la valeur imposable. En effet, plus la volatilité est élevée, plus les chances de faire un gain sont importantes.

Cette proposition présente l'avantage de pouvoir être appliquée assez rapidement du fait qu'elle ne requiert qu'une adaptation de la circulaire actuellement en vigueur. Toutefois, elle présente l'inconvénient d'être relativement complexe et il n'est pas exclu que les cantons l'appliquent d'une façon différente. Ce qui pourrait être évité si elle contenait des règles claires et incontournables ne donnant pas lieu à interprétation.

### Variante C (méthode de Singapour<sup>126</sup>)

Passage de l'imposition au moment de l'exercice en prévoyant un abattement de 50 % sur le revenu réalisé. Dans cette hypothèse, contrairement aux autres variantes, un traitement fiscal privilégié en faveur des *start-ups* n'est pas prévu, toutes les sociétés seraient traitées de la même façon. Le principe de l'égalité de traitement serait respecté.

L'inconvénient lié à cette solution réside dans l'imposition indirecte du gain en capital, car tout en prévoyant l'abattement de 50 % pour éviter cette imposition, ce pourcentage ne serait que fictif car il ne tiendrait pas compte du montant précis correspondant au gain effectivement réalisé.

Le Conseil fédéral soutenait la variante B en admettant que les variantes A et C auraient pu inspirer une réforme plus profonde de la législation fiscale.

### Le 26 octobre 2000

Une circulaire confidentielle fut envoyée aux principaux intéressés, laquelle, d'une façon tout à fait anodine, modifia la variante B telle qu'elle avait été prévue initialement. Par cette modification, la valeur économique des nouvelles sociétés ne serait pas correctement établie. En fait, elle ne tiendrait pas compte des pertes cumulées par la société, car celles-ci ne pourraient plus être déduites. Cela constituerait un facteur extrêmement pénalisant pour les nouvelles entreprises.<sup>127</sup> Cette nouvelle réalité a eu pour effet que les personnes intéressées se soient manifestées en défaveur de cette modification. D'après elles, le gouvernement, "en optant pour le modèle *Black & Scholes* avec une modification des paramètres fondamentaux, cherche une solution de facilité qui correspond bien à son image : il n'aime pas les changements".<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Toujours définies conformément à l'art. 3 LSCR.

<sup>125</sup> Contrairement à ce qu'exigeraient les instructions concernant l'estimation des titres non cotés en vue de l'imposition sur la fortune, édité par la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat et de l'Administration fédérale des contributions.

<sup>126</sup> Cette variante a été inspirée de la nouvelle loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2000 à Singapour.

<sup>127</sup> Cette proposition ne serait pas utilisable pour les *start-ups*, lesquelles chercheront inévitablement à contourner la règle, cf. ROULET, C., *La fiscalité sur les stock-options sème la discorde*, in *Le Temps*, du 13 décembre 2000.

<sup>128</sup> Cf. Mémoire de licence de Stefania KRÜSI et Alexandre MICHELLOD, *Les stock-options dans le cadre du capital-risque et de la création d'entreprises en Suisse-évolution récente-*, HEC Université de Genève, mars 2001, p. 40.

### Le 14 décembre 2000

L'Administration fédérale des contributions a présenté aux représentants des administrations fiscales cantonales, lors d'une séance qui s'est tenue à Baden, son projet fiscal relatif aux *start-ups*. Malgré l'urgence, les cantons se sont opposés à celui-ci.

### Au cours de l'année 2001

La Conférence suisse des cantons a exigé qu'un groupe de travail mixte soit constitué afin de pouvoir reprendre la question dans son intégralité et de proposer des solutions acceptables.

Le Département fédéral des finances a alors créé un groupe de travail constitué par :<sup>129</sup>

- sept représentants des cantons (dont notamment les cantons de Zurich (représenté par Monsieur Muller), Vaud, Tessin, Berne, Bâle ville, Argovie et Nidwald)
- Monsieur Fredrick Heerde, partenaire de PricewaterhouseCoopers à Genève. Spécialiste du capital-risque en Suisse, représentant du « Réseau »<sup>130</sup> et soutenant les *start-ups*
- le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)<sup>131</sup>, représenté par Monsieur Philippe Jeanneret<sup>132</sup>
- Industrie Holding (représentant des multinationales suisses,<sup>133</sup> appuyée par un représentant d'Asea Braun Boveri : ABB)
- deux représentants de la banque Crédit Suisse
- Economiesuisse, fédération des entreprises suisses, représentée par Monsieur Walzer et enfin
- le spécialiste des options de collaborateur, Monsieur Hans-Joachim Jäger, ancien collaborateur de la fiduciaire Arthur Andersen, actuellement employé d'une banque privée.

A la tête du groupe de travail, Monsieur Digeronimo, qui a laissé sa place à l'actuel président, Monsieur Stebler.

Les premières séances ont eu lieu au cours des premiers jours du mois de mai 2001 et la tâche qui leur est attribuée n'est pas facile.

En effet, au moins deux propositions s'affrontent :

La première solution est celle proposée par les représentants des institutions privées qui voudraient que l'imposition ait lieu au moment de l'octroi.

Les inconvénients majeurs de cette proposition consistent, d'une part, dans la problématique de l'évaluation ; par conséquent, à moins de fixer dans la loi une simplification des méthodes utilisées

<sup>129</sup> D'autres personnes sont tout de même impliquées, il s'agit de personnalités privées telles que SECA : la Swiss Private Equity & Corporate Finance Association, Renaissance PME, fondation constituée de plusieurs institutions de prévoyance et dirigée par Christian Pühr ou encore Venture Partners, société de capital-risque fondée en 1997 par Massimo Lattmann et dirigée avec la collaboration d'Olivier Tavel (senior partner). Enfin, il ne faut pas oublier l'apport des représentants d'entités institutionnelles tels que Kaspar Villiger, Pascal Couchepin, David Syz, patron du SECO et Charles Kleiber secrétaire d'Etat à la Science et à l'Education ; lesquels, sans être véritablement ou directement impliqués dans le travail du groupe, ont fait valoir leurs avis lors des séances parlementaires.

Pour en savoir plus sur les participants à cet enjeu politique, cf. l'art. de Mohammad Farrokh, *Capital-risque : la valse des start-up et des Business Angels*, in CapGenève-le magazine de la Chambre de Commerce et de l'Industrie de Genève, n°6, novembre 2000, p. 21 ss, en particulier p. 25.

<sup>130</sup> Le *Reseau*, lobby de la Nouvelle Economie, est un groupement d'experts qui s'est structuré au mois de septembre 1998 autour de Markus Schriber et dont le but est de promouvoir des changements législatifs favorables à la création d'entreprises, il soutient donc la variante A.

<sup>131</sup> Au mois d'octobre 1998, le SECO a créé la société *Task Force PME*.

<sup>132</sup> M. Jeanneret s'occupe de la coordination des différentes politiques de la Confédération en faveur des petites et moyennes entreprises (PME). Il est en outre le rédacteur du Rapport du 18 septembre 2000, écrit sous l'égide du Conseil Fédéral et mandaté par le Conseiller fédéral Pascal Couchepin.

<sup>133</sup> Exception faite des banques.

jusqu'à présent,<sup>134</sup> ce problème resterait insurmontable. D'autre part, le fait d'imposer au moment de l'octroi ne permet pas d'imposer les détenteurs d'options provenant de l'étranger.<sup>135</sup>

La deuxième alternative, qui est celle conçue par les représentants de l'administration, serait celle de l'imposition au moment de l'exercice, c'est-à-dire, uniquement lors de l'achat des actions sous-jacentes ou éventuellement à la vente des options.

Ce principe, tout en évitant le problème lié à l'évaluation, implique tout de même deux désavantages. Le premier, d'ordre pratique, mais de facile résolution, est celui du départ pour l'étranger du détenteur d'options. Dans ce cas on aurait une imposition des options avant le départ pour l'étranger - comme s'il y avait eu exécution – ce qui pourrait entraîner des cas de double imposition.

Le deuxième problème relève d'un aspect bien plus délicat car il touche à un domaine politique. En effet, en prévoyant l'imposition des options au moment de leur exercice on aurait indirectement une imposition sur un élément du revenu qui serait assimilable à un gain en capital.

Pour rendre ce genre d'imposition légitime, il serait nécessaire d'introduire l'imposition sur les gains en capital.

Une troisième proposition qui a déjà été rejetée le 14 décembre par les cantons, était celle qui voulait accorder l'exonération de l'impôt aux options octroyées par les *start-ups*.

Actuellement, l'octroi d'options est fiscalement traité de la même façon, qu'il s'agisse d'entreprises bien consolidées – multinationales, petites et moyennes entreprises ou encore des *start-ups*.

D'après nous, ces entités ne présentent pas les mêmes caractéristiques, une différenciation de leur traitement fiscal pourrait donc se justifier, mais pour les cantons, en particulier Zurich, cela ne semble pas justifier une inégalité de traitement.

#### 15 août 2001

Date de la prochaine rencontre du groupe de travail.

#### Avant la fin de l'année 2001<sup>136</sup>

Présentation au Parlement des propositions visant à modifier la loi, si de simples adaptations de la circulaire n° 5 de l'AFD n'étaient pas suffisantes.

L'évolution est donc à suivre et elle est accompagnée par d'autres projets législatifs que nous analyserons dans les chapitres suivants.

## **5.2. Introduction d'un impôt sur le gain en capital**

Le gain en capital est généralement exempté de tout impôt.<sup>137</sup> Pour éventuellement introduire ce genre d'impôt il faudrait le prévoir dans une loi au sens formel ; ce qui à présent, semble fort improbable vu les rejets de son introduction.

Mais pour mieux comprendre l'évolution législative voilà les étapes qui se sont succédées.

<sup>134</sup> Nous nous référons aux méthodes d'évaluation telles que *Black & Scholes*, *BOMP (Binomial Option pricing model)* ou encore *Cos-ross-Rubinstein*.

<sup>135</sup> Cet aspect sera étudié dans le chapitre traitant du traitement fiscal dans les rapports internationaux. Cf. infra § 5 Arrivée en Suisse du détenteur d'options octroyées à l'étranger, p. 39.

<sup>136</sup> En ligne de principe pour l'automne 2001.

<sup>137</sup> Cf. art. 16 al. 3 LIFD.

Le 5 novembre 1999, l'*Union Syndicale Suisse* a déposé une initiative populaire avec 104'000 signatures, selon laquelle il fallait introduire, dans la législation suisse, un impôt de 20 à 25% sur les gains en capital. D'après son point de vue c'est injuste et contraire à l'équité fiscale que les travailleurs soient imposés sur le revenu de leur travail alors que les investisseurs (non professionnels)<sup>138</sup> ne le soient pas.

Les partisans de cette initiative ont essayé d'invoquer l'existence d'un impôt similaire dans la plupart des pays européens aussi qu'aux Etats-Unis. Mais cette comparaison n'est possible que si l'on considère l'ensemble de la fiscalité. Or, les pays qui imposent les gains en capital ne prélèvent pas d'impôt sur la fortune, impôt qui apporte dans les caisses cantonales plus de 3 milliards par an.<sup>139</sup>

Le 22 novembre 2000, le Conseil fédéral a rejeté cette proposition et l'a transmise au Conseil National, lequel le 13 mars 2001, l'a rejeté à son tour par 108 voix contre 74, sans contre projet, et rien n'indique qu'elle s'en sortira mieux devant le Conseil des Etats.

D'après nous, le prélèvement d'un impôt sur les gains en capital réalisés sur les éléments de la fortune privée ne serait pas le bienvenu car il n'apporterait que des inconvénients.

En fait, il ressort des expériences faites par certains cantons<sup>140</sup> où cet impôt a été mis en vigueur, que ce dernier nécessite un lourd travail administratif et une importante méthode de contrôle qui ne sont nullement compensés par le rendement qu'il apporte. Sans compter le fait que les pertes pourront être déduites, ce qui diminuerait davantage le rendement de l'impôt.

De plus, les contribuables devraient tenir une comptabilité détaillée selon les règles de l'art, ce qui dissuaderait vraisemblablement les acteurs de la scène du marché financier qui ne seraient pas prêts à s'adapter à une telle lourdeur administrative.

Enfin, les actionnaires seraient doublement pénalisés, ils seraient imposables non seulement sur leur fortune et sur les dividendes déjà doublement imposés, mais encore sur le gain en capital qu'ils pourraient réaliser.

### **5.3. Introduction d'un impôt sur les gains de participations.**

Ce projet d'imposition des gains provenant de la vente de participations, est actuellement à l'étude par un groupe de travail qui a été chargé, l'an dernier, par Kaspar Villiger, Conseiller fédéral et Ministre des Finances, de revoir l'imposition des sociétés.

---

<sup>138</sup> La distinction est importante, car actuellement les investisseurs professionnels sont déjà soumis à l'impôt sur les gains en capital. Cf. art. 18 al. 2 LIFD.

<sup>139</sup> Remarque de Charles Favre, rapporteur de la commission économique, pendant la session de printemps du Conseil National du 12 mars 2001.

<sup>140</sup> Comme c'est le cas notamment dans le canton des Grisons où la loi prévoyant l'impôt sur le gain en capital a été abrogée en 1996.

## § 3 L'ASSUJETTISSEMENT AUX ASSURANCES SOCIALES

### 1. Base légale

Conformément au droit suisse tout revenu d'une l'activité lucrative dépendante est soumis aux cotisations liées aux assurances sociales.<sup>141</sup>

### 2. Moment de la perception des cotisations et les différentes méthodes existantes

En principe, les revenus découlant de la remise d'options aux collaborateurs sont soumis à l'obligation de cotiser dès leur remise<sup>142</sup> et cela à deux conditions : la première est celle qui veut qu'au moment de l'attribution, l'assuré soit obligatoirement soumis à l'assurance vieillesse et survivants.<sup>143</sup> La deuxième condition prévoit que les options soient évaluables et par conséquent, imposables dès leur remise. Si par contre, elles ne sont pas évaluables, la cotisation sera due par la suite, une fois que les options seront exercées.

Comme on peut le constater, les principes liés aux assurances sociales suivent ceux de l'impôt fédéral direct. Mais cela n'a pas toujours été le cas, en effet, ce principe a été modifié à plusieurs reprises :

- tout d'abord, pour les options remises **avant le 1<sup>er</sup> janvier 1993** l'AVS avait ses propres règles concernant la perception des cotisations quant aux options. A cette époque, les cotisations étaient prélevées au moment de l'exercice, sans distinction entre les différents types d'option ;
- ensuite, pour les options octroyées **entre le 1<sup>er</sup> janvier 1993 et le 21 mai 1997** il fallait distinguer entre les options non négociables, dont les cotisations n'étaient prélevées que lors de l'exercice du droit d'option<sup>144</sup> et les options négociables pour lesquelles la cotisation était prélevée au moment de leur octroi ;
- **dès le 1<sup>er</sup> Janvier 1993**, les règles édictées par l'autorité fiscale ont été reprises en droit des assurances sociales ;
- **depuis le 21 mai 1997**, l'AVS s'est alignée à la nouvelle circulaire n° 5, du 30 avril 1997.<sup>145</sup>

Désormais, la perception des cotisations s'effectue toujours dès l'acquisition des options, sans aucune distinction entre les options négociables et non négociables. Toutefois, les entraves liées aux options bloquées sont prises en considération, à l'instar de la circulaire, au moyen d'un escompte. En d'autres termes, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations représente, pour les options librement transférables, la différence entre la valeur effective des options des collaborateurs au moment de leur octroi et leur prix d'acquisition.

Par contre, pour les options bloquées, il faut prendre le cours boursier au moment de leur octroi et procéder ensuite à un abattement annuel de 6% de cette valeur afin de prendre en considération la restriction du pouvoir de disposition sur les options.

<sup>141</sup> Cf. Bulletin n° 41 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des Prestations complémentaires ainsi que les Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG, édictées par l'Office fédéral des assurances sociales.

<sup>142</sup> Comme dans le domaine fiscal, ce moment correspond, en principe, à la date à laquelle le revenu est réalisé.

<sup>143</sup> Peu importe si, par la suite, le droit d'option est exercé par un tiers, par exemple le conjoint survivant ou qu'au moment de l'exercice des options l'acquéreur ne soit plus assuré à l'AVS.

<sup>144</sup> La cotisation due était calculée sur la plus-value réalisée qui correspondait à la différence entre le prix d'achat des actions fixé dans l'option (prix d'exercice) et la valeur vénale des actions au moment de l'exercice. Cf. Arch. 59, p. 178.

<sup>145</sup> Cf. art. 7 let. c de la RAVS qui traite des éléments du salaire déterminant.

### 3. Obligations de l'employeur

Les cotisations doivent toujours être prélevées par l'employeur et cela même s'il y a eu remise des options par l'intermédiaire d'un tiers. Donc, le fait de déléguer la tâche à une fondation n'enlève pas cette obligation<sup>146</sup>. Enfin, l'employeur doit collaborer avec l'administration afin de déterminer quels ont été les paramètres d'évaluation des options.

### 4. Les taux des cotisations

Les cotisations sont calculées sur le revenu déterminant et payées pour moitié par les employées et pour les employeurs conformément aux taux suivants<sup>147</sup> :

<b>Part de l'employé</b>	<b>Part de l'employeur</b>
<b><u>COTISATIONS OBLIGATOIRES:</u></b>	<b><u>COTISATIONS OBLIGATOIRES:</u></b>
AVS/AI/APG <b>5,05 %</b>	AVS/AI/APG <b>5,05 %</b>
AC jusqu'à CHF 106,800.-- <b>1,50 %</b> AC dès CHF 106,801.-- à 267,000.-- <b>1,00 %</b>	AC jusqu'à CHF 106,800.-- <b>1,50 %</b> AC dès CHF 106,801.-- à 267,000.-- <b>1,00 %</b>
LAA jusqu'à CHF 106,800.-- <b>1,50 %</b> (accidents professionnels et non professionnels)	LAA jusqu'à CHF 106,800.-- <b>1,50 %</b> (accidents professionnels et non professionnels)
<b><u>COTISATIONS OBLIGATOIRES OU FACULTATIVES *</u></b>	<b><u>COTISATIONS OBLIGATOIRES * OU FACULTATIVES *</u></b>
2ème pilier (LPP) <b>7,00 %</b> (taux variable)	2ème pilier (LPP) <b>7,00 %</b> (taux variable)
<b>TOTAL 16.05 %</b>	<b>TOTAL 16.05 %</b>

\*Particularités liées à l'assurance de prévoyance professionnelle (LPP) :<sup>148</sup>

Le régime obligatoire fixe comme salaire minimum assurable le montant de CHF 49'440.--.<sup>149</sup> Au-delà de ce montant, il n'y a plus de régime obligatoire, mais l'employeur peut décider d'assurer ses employés de façon facultative.

Vu ce montant exigu, dans la majorité des cas, les collaborateurs qui obtiennent des options de salariés seront donc soumis au régime facultatif.

### 5. Le traitement international

Dans les cas ayant trait à des situations de portée internationale, pour déterminer si le revenu octroyé à une personne quittant la Suisse est soumis aux cotisations suisses ou pas, il faut d'abord déterminer l'endroit où l'activité a été exercée. Si l'activité a été exercée en Suisse le revenu est généralement

<sup>146</sup> Cf. décision du Tribunal fédéral ATF 102 V 152.

<sup>147</sup> A partir du 1<sup>er</sup> juillet 2001 dans le canton de Genève le 0.2 % du salaire sera prélevé par l'AVS, en tant que cotisation à l'assurance maternité dû par l'employé. Un ultérieur 0.2 % sera dû par l'employeur.

<sup>148</sup> Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité.

<sup>149</sup> Ce montant correspond à CHF 74'160.-- moins le salaire dit de coordination, qui se monte actuellement à CHF 24'720.--.

soumis aux cotisations des assurances sociales suisses, à moins que l'employé soit considéré en tant que détaché conformément à une convention sociale conclue avec la Suisse. Dans ce cas, il pourra continuer à payer les cotisations dans son pays pour une durée de 5 à 6 ans.

Comme c'est le cas notamment des expatriés américains, lesquels conformément à la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique,<sup>150</sup> peuvent continuer à rester soumis aux assurances sociales de leur pays d'origine<sup>151</sup> pendant une durée de cinq ans au maximum.<sup>152</sup>

Le résultat étant que les cotisations ayant trait aux options de salariés obtenues pour un travail exercé en Suisse seront versées aux caisses d'assurance américaines.

---

<sup>150</sup> Art. 6 al. 2 (RS 0.831.109.336.1).

<sup>151</sup> Par contre, le conjoint et les enfants, seront soumis à l'assurance obligatoire suisse.

<sup>152</sup> Cette période peut être exceptionnellement prolongée.

## § 4 TRAITEMENT FISCAL AUX ETATS-UNIS D'AMERIQUE

### 1. Brève introduction au système fiscal américain et comparaison avec la Suisse

Les Etats-Unis d'Amérique sont, pour l'instant<sup>153</sup>, parmi les seules<sup>154</sup> juridictions à exercer le pouvoir d'imposer conformément au principe de la *souveraineté personnelle*.

D'après ce système tous les *citoyens* américains<sup>155</sup> sont imposés même s'ils ont leur domicile en dehors du territoire américain.

Cette souveraineté personnelle implique plusieurs inconvénients non seulement d'ordre pratique<sup>156</sup>, mais aussi des problèmes de double imposition internationale.

A l'opposé, la majorité des Etats, dont la Suisse, exercent leur pouvoir sans l'étendre au-delà des frontières et cela, comme son nom l'indique, en vertu de la *souveraineté territoriale*. Ils se limitent donc à imposer les personnes et les biens se trouvant sur leur territoire, ainsi que les activités économiques qui s'y déploient, sans s'arroger le droit de le faire en hors de leurs frontières.<sup>157</sup>

Deux autres différences avec le système fiscal Suisse résident dans le fait que d'un côté les Etats-Unis d'Amérique imposent le gain en capital et de l'autre côté ils n'ont pas d'impôt sur la fortune.

### 2. L'imposition des stock options selon le droit fiscal des Etats-Unis d'Amérique

#### 2.1. En général

Le principe de la participation aux bénéfices de l'entreprise dans laquelle on travaille a été introduit dans l'économie américaine et s'est développé surtout dans les pays anglo-saxons.

Déjà à la fin des années nonante, environ le 80 % des 500 plus grandes sociétés américaines prévoyaient un plan d'options pour leurs dirigeants.

Aujourd'hui, le 50 % des entreprises de plus de 5000 employés en distribuent, sans distinction, à tous leurs collaborateurs.<sup>158</sup>

Nous pouvons donc constater, qu'au cours des années, ces chiffres se sont étendus et cela malgré le changement des dispositions qui imposent des conditions légales toujours plus sévères.

En effet, en 1992 l'organe qui contrôle les transactions boursières aux Etats-Unis, la *Security and Exchange Commission* (SEC)<sup>159</sup>, a promulgué des dispositions qui exigent une plus grande transparence dans le domaine de la rémunération des cadres. En particulier, toute société prévoyant un plan d'options doit faire figurer les noms des cinq cadres les mieux payés pendant les trois années précédentes, ainsi que le nombre, la valeur<sup>160</sup> et les conditions des options octroyées.<sup>161</sup> Bien évidemment cette condition doit être respectée aussi par les sociétés étrangères cotées à la New York Stock Exchange (NYSE).

<sup>153</sup> Nous nous référons ici au projet de la Communauté Européenne présentée lors du Sommet de Santa Maria Feira en juin 2000, concernant le projet d'imposition illimité touchant tous les citoyens ayant la nationalité européenne. Ce projet, s'il est accepté, devrait entrer en vigueur d'ici l'année 2010.

<sup>154</sup> Avec le Mexique et les Philippines, etc.

<sup>155</sup> Il s'agit notamment des personnes ayant la nationalité américaine et des détenteurs de la *green card*. Il est intéressant de remarquer que d'après la législation américaine, la perte de la nationalité n'implique pas toujours la fin de l'assujettissement, mais l'imposition continuera tout de même, pendant dix ans, cf. § 2457.

<sup>156</sup> Nous nous référons ici aux problèmes liés à la perception de l'impôt dans le monde entier et à la nécessité de contrôle que cela implique.

<sup>157</sup> Bien que d'après le système fiscal en vigueur en Suisse, en utilisant la méthode dite de l'*impôt global*, les biens se trouvant hors de Suisse sont eux aussi pris en compte pour la détermination du taux d'imposition applicable.

<sup>158</sup> Olivier Toublan, *L'arnaque des stock-options*, in Bilan, juin 2001, p. 174.

<sup>159</sup> Organe de contrôle officiel de la bourse, il est l'homologue de la Commission fédérale des bourses en Suisse.

<sup>160</sup> Il faut aussi indiquer quelles sont les attentes espérées par rapport aux sociétés comparables et aux fluctuations du marché.

<sup>161</sup> Cf. KLAHOLD, op. cit., p. 14

En outre, afin d'éviter des conflits d'intérêts basés sur le fait que les cadres pourraient s'attribuer eux-mêmes leur propre rémunération, on délègue souvent à un comité externe<sup>162</sup> la tâche de déterminer d'une façon objective le nombre d'options à octroyer.

## 2.2. Base légale<sup>163</sup>

Les options de collaborateurs sont expressément traitées dans le Code fiscal américain (*Internal Revenue Code*)<sup>164</sup> aux Sections 421 à 424 et implicitement dans les règlements<sup>165</sup> à la section 1.83. Chaque Etat aura ensuite ses propres règles concernant l'imposition des options de collaborateurs.

La distinction juridique la plus importante à faire est celle entre les *Qualified stock options*<sup>166</sup> et les *Non qualified stock options*. En effet, comme nous le verrons par la suite, seules les premières ont droit à des privilèges fiscaux.

## 2.3. Traitement fiscal pour les employés

### 2.3.1. Les *qualified stock options*

#### a) Définition

Il y a deux types de *qualified stock options* :

1. *Incentive Stock Options (ISO)*<sup>167</sup> et
2. *Employee Stock Purchase Plans (ESPP)*<sup>168</sup>

Lesquelles doivent notamment remplir les conditions suivantes:

- L'octroi des options doit être faite à un employé de la société ou éventuellement d'une société liée à celle-ci.
- Par la suite, la relation de travail doit exister jusqu'à trois mois avant l'exercice de l'option ou en cas d'invalidité jusqu'à une année avant l'exercice.
- L'option doit être bloquée, c'est-à-dire non librement transférable. Elle ne pourra donc être exercée que par la personne à qui elle a été octroyée.<sup>169</sup>
- Le plan doit être rédigé par écrit et approuvé par les actionnaires au plus tard dans l'année qui suit son adoption.
- Le prix de l'option ne peut pas excéder la valeur de marché de l'option au moment de l'octroi.<sup>170</sup>
- La valeur octroyée, ainsi que le droit de vote en relation avec les actions-sous jacentes ne doivent pas excéder le 5% pour les *ESPP*, respectivement 10 % pour les *ISO*, etc.

Par contre, si ces conditions ne sont pas respectées, il s'agira alors, tout simplement, d'options dites *non qualified*.<sup>171</sup>

<sup>162</sup> Dénommé *Compensation Committee*.

<sup>163</sup> C'est la Constitution ratifiée en 1913, qui accorda au Congrès la faculté de prélever un impôt sur le revenu. Cf. l'amendement numéro seize Constitution américaine

<sup>164</sup> Abrégé par la suite *IRC*.

<sup>165</sup> Dans ces textes dénommés *Income Tax regulations* on trouve l'interprétation de l'*IRC*.

<sup>166</sup> Les *qualified stock options* sont aussi dénommées *statutory stock options*.

<sup>167</sup> Code Section 422 *IRC*.

<sup>168</sup> Code Section 423 *IRC*.

<sup>169</sup> Exceptionnellement, en cas de mort de l'employé, ses droits sur l'option sont transférables à ses héritiers.

<sup>170</sup> Dans le cas contraire, lors de l'exercice de l'option, on appliquera les taux correspondant au revenu ordinaire, cf. infra § 4.3.2. let. e, p. 38.

<sup>171</sup> Les *non qualified options* feront l'objet de notre prochain chapitre.

**b) Particularités**

Les *Qualified stock options* bénéficient de privilèges fiscaux particuliers uniquement si les conditions énumérées ci-dessus sont respectées.

En outre, il faut encore respecter le délai d'attente d'une année dès le moment de l'exercice des options ou de deux ans à partir de leur octroi avant de pouvoir vendre les actions sous-jacentes.

Dans le cas contraire, la différence entre le prix de l'option et la valeur sur le marché au moment de l'exercice, sera imposée au taux appliqué au revenu ordinaire.<sup>172</sup>

**c) Base légale**

Il y a des dispositions spécifiques qui traitent de ce type d'option, il s'agit des sections 421 à 424 de l'IRC.

**d) Moment de l'imposition**

Les *qualified stock options* ne sont pas imposées, ni au moment de leur octroi ni lors de leur exercice. Le système fiscal américain prévoit l'assujettissement uniquement lors de la vente de l'action sous-jacente.

**e) Assiette de l'impôt**

Si toutes les conditions sont respectées, l'assiette de l'impôt correspondra, en totalité, à un gain en capital calculé sur la différence entre le prix éventuellement payé pour l'option et le montant obtenu par la vente de l'action sous-jacente. Il est important de remarquer que la perte éventuellement subie pourra être déduite. En effet, le montant correspondant au gain en capital ainsi que les éventuelles pertes subies, seront reportés sur la "*schedule D : Capital gain and Losses*" du Formulaire 1040 de la déclaration américaine pour l'année où la vente a eu lieu.

Les pertes subies peuvent être déduites du revenu jusqu'à un maximum annuel de USD 3'000.-- et le montant excédentaire peut être reporté sur les années suivantes.<sup>173</sup>

**f) Taux de l'impôt**

Si les conditions sont remplies, le taux de l'impôt correspond toujours à 10 ou 20 % (*long capital gain*) selon le revenu du contribuable. Le taux de *short capital gain* correspondant à 39,6 % et applicable en général, par contre ne sera jamais appliqué, car si l'action sous-jacente est revendue dans un délai inférieur à une année, comme nous l'avons vu,<sup>174</sup> les privilèges des *qualified stock options* ne seraient plus accordés<sup>175</sup> et les taux de l'impôt seront alors ceux applicables aux revenus ordinaires<sup>176</sup>.

**2.3.2. Les non qualified stock options****a) Définition**

Toute option qui ne remplit pas les conditions requises à la section 421 de l'*Internal Revenue Code*<sup>177</sup>, sera *a contrario*, considérée en tant qu'option non qualifiée.

**b) Base légale**

On applique les principes généraux du Code, notamment la section 83<sup>178</sup> traitant du transfert de propriété.

<sup>172</sup> Cf. pour le taux cf. infra § 4.3.2. let. e, p. 38.

<sup>173</sup> Sans limites dans le temps.

<sup>174</sup> Cf. infra let. b) Particularités, p. 37.

<sup>175</sup> Cf. ibidem.

<sup>176</sup> Cf. cf. infra § 4.3.2., let. e, p. 38.

<sup>177</sup> Disposition légale qui détermine la qualification des options dites qualifiées.

<sup>178</sup> Cf. section 1.83. de l'*Income Tax Regulations*.

### c) Moment de l'imposition

Conformément à la disposition légale applicable au *non qualified stock options*, tout transfert de biens devrait être imposé au moment même du transfert de la propriété, lequel a lieu lors de l'octroi des options.<sup>179</sup>

Pourtant ce principe général souffre d'une exception dans le domaine des options de collaborateurs. En effet, pour que l'imposition ait lieu au moment du transfert, il faut que le prix du bien cédé soit évaluable. On considère que le prix est évaluable l'option elle librement transférable ; elle n'est pas bloquée (elle est immédiatement exerçable) et elle n'est pas soumise à des conditions ou à des restrictions.

Du moment où les conditions énumérées ci-dessus ne sont que très difficilement réalisées en cas d'attribution de options de collaborateurs, il faut partir de l'idée qu'elles sont imposées uniquement au moment de leur exercice.

Toutefois, ce moment peut être reporté au moment de l'octroi de l'option par le biais de l'élection de la section 83 b de l'*Income Tax Regulations*. A condition que l'élection soit faite par écrit au maximum 30 jours après la date du transfert des titres, et envoyée à l'office de l'*Internal Revenue Service* (IRS) auprès duquel le contribuable est rattaché. En outre, ce texte doit être annexé à la déclaration fiscale correspondante à l'année dans laquelle le transfert a eu lieu.

### d) Assiette de l'impôt

L'assiette de l'impôt correspond à la différence entre la valeur de l'action au moment de l'exercice et l'éventuel prix payé pour acquérir l'option.

Ensuite, lors de la vente, de l'action sous-jacente, la différence entre le prix de vente et le prix sur le marché de l'action au moment de l'exercice, sera imposée en tant que gain en capital aux taux prévus à cet effet.

### e) Taux de l'impôt

Lorsque l'option est exercée, elle sera imposée au taux appliqué au revenu ordinaire.

Le taux de l'impôt sur le revenu est structuré d'une façon progressive, il commence à 15% pour les revenus excédant 22'100 USD et en passant par des taux allant de 28%, 31% et 36% pour arriver à un taux de 39,6% pour tous les revenus imposables excédant 288'350 USD.

## 2.4. Traitement fiscal pour la société

La compensation payée aux employés sous forme de stock option est considérée pour la société comme une charge déductible, à condition qu'elle soit ordinaire, nécessaire et raisonnable.<sup>180</sup>

Conformément au principe de la réciprocité, l'année dans laquelle cette déduction comptable peut être enregistrée correspond à l'année durant laquelle l'employé a dû payer les impôts.

Cependant, dans le cadre de l'octroi des *qualified stock options* aucune déduction n'est admissible, à moins que l'employé n'ait pas perdu le bénéfice du traitement fiscal privilégié et que les options aient été imposées en tant que revenu.

Il est intéressant de remarquer que les limites légales liées au rachat d'actions propres tel que l'on connaît en Suisse, n'existent pas aux Etats-Unis.<sup>181</sup>

<sup>179</sup> Ce moment correspond au moment où un accroissement économique se réalise.

<sup>180</sup> Conformément au paragraphe 26 U.S.C.A. § 162 (a) (1)

<sup>181</sup> Cf. pour plus de détails, KLAHOLD, op. cit., p. 13.

## § 5 TRAITEMENT FISCAL DANS LES RAPPORTS INTERNATIONAUX

Dans le cadre international, le problème qui surgit est celui de savoir comment imposer les options d'un collaborateur qui déménage d'un pays à un autre avant d'avoir exercé ses options. Plusieurs cas peuvent se présenter, mais nous nous limiterons à traiter ceux relatifs à la Suisse<sup>182</sup>:

- *Arrivée en Suisse du détenteur d'options octroyées à l'étranger*

Tout d'abord, il faut qualifier les options en déterminant si elles sont imposables à l'exercice ou à l'octroi. Dans un premier temps, il est important de remarquer que, dans la pratique fiscale suisse, on fait abstraction du traitement fiscal que le contribuable a subi ou subira à l'étranger. C'est en effet uniquement par l'analyse du plan d'intéressement qu'on effectuera cette qualification<sup>183</sup>. Ainsi, peu importe de savoir si le contribuable vient d'un pays qui impose les options à l'octroi ou à l'exercice. Cette question ne sera considérée que dans un deuxième temps, si on se trouve confronté à un cas de double imposition.

- Si le plan qualifie les options en tant qu'imposables à l'octroi : au niveau de l'impôt sur les revenus, il n'y aura aucune conséquence fiscale, ni lors de l'arrivée, ni en cas d'exercice subséquent en Suisse. Au niveau de l'impôt sur la fortune, dans le canton de Genève, pour une pratique fiscale, les options ne seront pas non plus imposées, elles seront simplement inscrites dans l'état des titres avec la mention « pour mémoire »<sup>184</sup> et cela jusqu'à leur exercice. Ce n'est qu'au moment où elles seront exercées, que le contribuable devra déclarer en tant qu'élément de fortune, soit les actions acquises, soit la contrepartie en cash de l'opération de plus-value qui devrait être visible sur un compte bancaire.
- Si le plan qualifie les options comme imposables à l'exercice : les autorités fiscales du canton de Genève<sup>185</sup>, de Berne et de Vaud, en considérant que les options sont de simples expectatives vont surseoir à l'imposition de ce genre d'options et cela même si ces dernières ne seront soumises à aucun impôt, ni sur le revenu, ni sur la fortune<sup>186</sup>. Et cela, même dans le cas où le pays d'origine s'abstiendrait de les imposer au moment de leur exercice.<sup>187</sup>

Cette situation pourrait entraîner des abus.<sup>188</sup> En effet, les sociétés multinationales pourraient octroyer les options à l'étranger, où les options sont généralement imposées à l'exercice, puis, afin d'éviter toute imposition, au moment de l'exercice, le détenteur serait expatrié en Suisse.

En définitive, dans les deux cas il n'y aura aucune conséquence fiscale, ni au niveau de l'impôt sur les revenus ni sur celui ayant trait à la fortune.

<sup>182</sup> Ces informations ont été obtenues lors de l'entretien du 22 mai 2001 avec Christian Léchaire, responsable des dossiers concernant l'imposition des options de collaborateurs et des expatriés au sein de l'Administration fiscale cantonale du canton de Genève.

<sup>183</sup> Une autre solution qui avait été envisagée est celle que la *Swiss American Chamber of Commerce* proposa en 1998 à l'Administration fédérale des contributions, lorsqu'elle lui demanda de laisser le choix aux salariés étrangers afin de déterminer le moment de l'imposition : lors de la remise ou à l'exercice.

<sup>184</sup> Remarque personnelle : Cette pratique crée une inégalité de traitement. En effet, le contribuable qui aurait reçu en Suisse des options imposables dès leur octroi serait, à l'opposé, imposé sur la fortune.

<sup>185</sup> Il s'agit de la pratique actuelle, mais rien nous garantit qu'elle sera maintenue dans le futur.

<sup>186</sup> Dans la mesure où ces options ne sont pas évaluables, la mention "pour mémoire" ne se justifie pas.

<sup>187</sup> Dans le canton de Zurich, par contre, on imposera ces options au moment de l'exercice et cela même si le contribuable est soumis à l'impôt aussi à l'étranger. D'après l'autorité zurichoise, l'imposition n'aurait pas lieu pour la même période fiscale. Donc il ne s'agirait pas d'un cas de double imposition.

<sup>188</sup> Cf. YAZGI, *Les stock-options sont nécessaires mais pas suffisantes*. PME Magazine, octobre 2000.

- **Départ de Suisse du détenteur d'options**<sup>189</sup>

Comme dans la situation précédente, l'autorité analysera le plan d'options.

- Si le plan qualifie les options en tant qu'imposables à l'octroi : Pour ce genre d'options le problème ne se pose pas, la Suisse les ayant déjà imposées avant le départ du contribuable.<sup>190</sup>
- Si le plan qualifie les options comme imposables à l'exercice : Dans ce cas il faut procéder à une distinction. En effet il faut déterminer si au moment du départ les options sont évaluables ou pas.

Si les options ne sont pas évaluables, l'autorité fiscale pour des raisons de systématique fiscale, ne saurait surseoir à l'imposition au-delà du jour du départ du contribuable. Cela a pour effet que le détenteur de ces simples expectatives quittera la Suisse sans être imposé.

A l'opposé, si les options sont évaluables, l'autorité fiscale se résoudra à ne taxer qu'une éventuelle valeur intrinsèque (différence entre le prix d'exercice et la valeur boursière de l'action) et elle renoncera à se livrer à des calculs compliqués visant à déterminer la valeur temporelle.

Par contre, si les options tout en étant évaluables lors de l'octroi sont censées être imposables à l'exercice simplement parce qu'elles font l'objet d'un accord fiscal, dans ce cas les autorités fiscales genevoises et vaudoises feront abstraction de cet accord et les imposeront sur la différence entre le prix d'exercice et la valeur du sous-jacent à la date du départ du contribuable.<sup>191</sup>

Cette situation pourrait créer un problème de double imposition.

## 1. Problèmes de la double imposition

Comme nous l'avons vu la Suisse, à l'instar, entre autre, de la Belgique et les Pays-Bas, impose les options dès leur octroi, alors que dans la plupart des autres pays les options sont imposées uniquement lors de leur exercice.

Cette différence au sujet du moment de l'imposition peut créer des cas de double imposition et les traités en vue d'éviter la double imposition ne suffisent pas toujours à résoudre les problèmes de double imposition. En fait, l'impôt est bien sûr prélevé sur un même objet, mais la période de taxation n'est pas la même.

Le seul remède pour résoudre ce problème semblerait être la procédure à l'amiable ou à l'instar de la solution adoptée par la Suisse, l'Etat peut surseoir à l'imposition des options octroyées à l'étranger.

En outre, il est intéressant de remarquer que, malgré le nombre de cas existants où l'interdiction de la double imposition pourrait être invoquée, cela n'arrive que très rarement. Le motif étant probablement qu'en général, c'est la société qui paie les impôts pour les personnes détachées.

<sup>189</sup> Il résulte d'une décision de la Division juridique de l'Administration fédérale des contribution que l'imposition au moment du départ peut valablement se fonder sur l'art. 47 al. 1 LIFD, cf. *Réflexions sur le traitement fiscal des options, imposables au moment où elles sont exercées ou aliénées, parce que non évaluables au moment de leur attribution*, de la Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre.

<sup>190</sup> A condition, bien évidemment que le contribuable ait reçu ces options pour un travail accompli en Suisse.

<sup>191</sup> Si la variante A, qui prévoit l'imposition à l'exercice, devait entrer en vigueur, l'AFC a déjà prévu que l'imposition aura lieu de toute façon avant le départ du contribuable, sans attendre que les options soient exercées.

## 2. Imposition des options de collaborateurs

En principe, le revenu découlant d'options de collaborateurs est qualifié de revenu d'activité dépendante au sens de l'article 15 du Modèle OCDE et il est généralement<sup>192</sup> imposé dans l'Etat dans lequel cette activité a été exercée, à condition qu'une convention contre la double imposition ait été conclue entre cet Etat<sup>193</sup> et la Suisse<sup>194</sup> et à condition que l'option puisse être évaluée au moment de l'octroi. Si tel n'est pas le cas, elle sera alors imposée au moment de son exercice.

Or, si la Suisse est l'Etat dans lequel cette activité est exercée, ce revenu sera défini et imposé selon le droit interne. L'octroi d'options sera donc considéré dans notre pays comme un revenu d'une activité dépendante et donc imposable comme tel.

Par contre, dans la mesure où la Suisse est le pays de résidence et le revenu est obtenu pour une activité exercée à l'étranger, ce revenu sera alors exempté des impôts suisses, sous réserve de progression.<sup>195</sup>

## 3. Le cas particulier des expatriés américains

Les problèmes de double imposition se manifestent très souvent lorsque des citoyens américains sont impliqués et cela à cause du principe de l'assujettissement illimité qui caractérise le système fiscal américain<sup>196</sup>. Cette situation se rencontre notamment dans le cas où une personne de nationalité américaine réside en Suisse. Dans cette hypothèse en effet, il y aurait un problème de double imposition. Car d'une part, la Suisse l'imposerait en raison du rattachement personnel que la résidence sur son territoire implique et d'autre part, les Etats-Unis d'Amérique imposeraient cette personne du simple fait qu'elle est américaine.

Ce problème a été résolu dans le passé grâce à la Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, de 1951. A cette époque la Suisse renonçait à l'imposition des revenus de source américaine<sup>197</sup> et de leur côté, les Etats-Unis prévoient dans leur droit interne qui est encore en vigueur aujourd'hui, le système du crédit d'impôt<sup>198</sup> qui permet aux citoyens américains de déduire de leur revenu imposable les impôts qu'ils ont payés à l'étranger. En quelque sorte, les Etats-Unis cèdent par là leur droit de lever l'impôt aux pays dans lesquels ces revenus ont été générés.

En outre, cette mesure est accompagnée de l'exemption fiscale accordée aux expatriés américains sur leur revenu de source étrangère jusqu'à un montant de USD 76'000.

Depuis 1996 grâce à l'article 23 de la nouvelle Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les revenus,<sup>199</sup> la règle dite du partage permet de résoudre enfin les cas de conflits d'assujettissement illimité.<sup>200</sup>

### 3.1 Le problème de la qualification des *qualified stock options*

La Convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis ne définit pas le concept d'options de collaborateurs, il faut alors l'interpréter par le biais de la qualification qui serait faite au niveau national. Or, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, aux Etats-Unis d'Amérique,

<sup>192</sup> Nous faisons abstraction des exceptions telles que la clause du monteur cf. art. 15 al. 2 OCDE, etc.

<sup>193</sup> Cf. liste des Etats avec qui la Suisse a conclu une convention de double imposition : <http://www.admin.ch/ch/fr/rs/0.6.html>

<sup>194</sup> Dans le cas contraire, le revenu serait imposé dans le pays où celui-ci est réalisé.

<sup>195</sup> Cf. HILDEBRANDT, op. cit., p. 771.

<sup>196</sup> Cf. infra § 4.1. Traitement fiscal aux Etats-Unis d'Amérique, p. 39.

<sup>197</sup> Selon le principe d'exemption.

<sup>198</sup> Il s'agit de ce que l'on appelle *foreign tax credit*, à reporter sur le formulaire 1116 de la déclaration américaine.

<sup>199</sup> Convention conclue le 2 octobre 1996 et applicable dès le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Elle abroge la convention antérieure de 1951.

<sup>200</sup> Pour en savoir plus cf. RYSER 1980, op. cit., p. 134 et OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, op. cit., n° 168. Cf. en outre un exemple d'assujettissement illimité in Arch. 60, p. 436.

les *qualified stock options* sont imposées en tant que gain en capital, alors que, du point de vue de la conception suisse, les options sont attribuées en tant que contre-prestation d'un travail exercé dans le passé par l'employé<sup>201</sup>. Il s'agira donc d'un revenu de l'activité lucrative dépendante et on appliquera l'article 15 de la Convention entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu. L'attribution sera donc imposée dans le pays où l'activité a eu lieu.

---

<sup>201</sup> Or, pour pouvoir qualifier l'attribution des options en tant que revenu d'activité dépendante il faudrait encore déterminer qu'effectivement le motif pour lequel la société a octroyé les titres était lié à une activité dépendante.

## CONCLUSION

L'évolution de la pratique fiscale, qui a transformé l'imposition des options de collaborateurs pendant presque trente ans, n'est pas encore terminée. En effet, compte tenu des projets à l'étude au sein du gouvernement, nous sommes en train d'assister à son ultérieure adaptation.

Ce changement n'est pas une fin en soi, mais ne constitue qu'une tesselle de la mosaïque de l'adéquation des structures juridiques<sup>202</sup> et fiscales<sup>203</sup> mises en œuvre en Suisse afin que notre pays puisse, un jour, constituer un pôle d'attraction faisant de la place économique suisse une plate forme internationale pour l'implantation d'entreprises de la Nouvelle Economie. Cependant, les mesures prévues jusqu'à présent n'ont pris en considération que les intérêts des employeurs.

Il serait donc souhaitable maintenant que la Suisse prévoie une règle uniforme sur l'imposition des options de collaborateurs venant en aide aux salariés. En particulier à ceux engagés par les sociétés de la Nouvelle Economie, lesquels, dotés d'une potentialité intellectuelle importante, sont aptes à accroître non seulement le niveau technologique mais aussi la richesse de notre pays.

Il faut donc être conscient de leurs sacrifices<sup>204</sup> et récompenser leurs efforts par une imposition qui leurs soit le plus favorable possible afin d'éviter leur fuite vers d'autres pays. D'autant plus que cela constituerait une perte inestimable pour un pays comme la Suisse qui dépend presque exclusivement de la main d'œuvre spécialisée et de l'exploitation des ressources technologiques.

Pour l'instant, tant qu'une norme fédérale prévoyant un régime fiscal précis et incontournable n'entrera pas en vigueur, les cantons garderont une large marge de manœuvre qui leur laissera la faculté d'accorder des traitements fiscaux privilégiés leur permettant d'attirer des entreprises capables de promouvoir leur économie.

En outre, jusqu'à lors, les entreprises conserveront une grande liberté leur permettant, en particulier, de continuer à choisir une méthode d'évaluation leur convenant le mieux.

Par conséquent, à présent, une étude systématique n'a pas été possible, étant donné que la circulaire actuellement en vigueur ne s'applique pas d'une façon uniforme à toutes les options de collaborateurs, ce qui fut une des difficultés majeures rencontrées pour la rédaction de ce travail. En fait, les accords conclus avec l'administration fiscale sont strictement privés et ne peuvent bien évidemment pas être divulgués. C'est donc par un souci de confidentialité que notre analyse du traitement fiscal en vigueur en Suisse, tout en étant le plus approfondi possible, n'a pas pu couvrir toutes les particularités présentes dans la réalité actuelle.

---

<sup>202</sup> Nous nous référons en particulier au projet législatif prévoyant une nouvelle forme de société, cf. infra note n° 121 au bas de la page.

<sup>203</sup> Cf. par exemple la Loi sur les sociétés de capital-risque entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2000 qui accorde des avantages fiscaux non indifférents aux sociétés qui investissent au moins 50 % de leurs fonds dans de nouvelles sociétés suisses indépendantes. En particulier, elles sont exonérées du droit de timbre, bénéficient de la réduction pour participation sur les gains en capital à partir de 5 % (au lieu de 20% prévu à l'art. 69 LIFD). En outre, la réduction pour distribution de bénéfices est également accordée à partir d'une valeur vénale de 250'000.-- (au lieu de 2 millions de francs, ibidem).

<sup>204</sup> Comme nous l'avons vu précédemment, ils sont prêts à investir toutes leurs ressources, leur temps et leur argent (en renonçant à leur salaire, en partie attribué sous la forme d'options de collaborateurs) en espérant qu'un jour pourront être récompensés.

## ABREVIATIONS

AFC	Administration fédérale des contributions
AI	Assurance invalidité
AIFD	Arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct, RS 642.11 (abrogé)
al.	alinéa (s)
APG	assurance perte de gain
Arch.	Archives de droit fiscal suisse
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
cf.	<i>conferre</i>
CHF	francs suisses
Cst.	Constitution Suisse, du 18 avril 1999
éd.	édition
FF	Feuille fédérale
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes RS 642.14
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé, RS 642.21
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11
LITPP-IV	Loi genevoise sur l'imposition des personnes physiques. Impôt sur le revenu
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse et invalidité, RS 831.40
LT	Loi sur le droit de timbre du 27 juin 1973, RS 641.10
n°	numéro
op. cit.	<i>opere citato</i>
p.	page(s)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et revue genevoise de droit public
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	suivant
spéc.	spécialement
ss	suivants
StE	der Steuerentscheid
US GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
Vol.	volume

Pour en savoir plus :

## BIBLIOGRAPHIE

ASSOCIATION GENEVOISE DE DROIT DES AFFAIRES, Cycle de séminaire sur les jeunes entreprises à forte croissance, *START-UPS I, Choix et organisation de la société, rémunération et rapports de travail avec les collaborateurs*, Séminaire du 21 février 2001. Participants : Luc Thévenoz, Barbara Lambert, Gabriel Aubert, Lucien Masmejan, Xavier Oberson, Henry Peter, Andreas von Planta, Olivier Tavel. En particulier p. 33 à 37.

BLUMENSTEIN/LOCHER, *System des Steuerrechts*, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich 1992.

BOSSHARDT, *Die neue Zürcherisch Einkommens- und Vermögenssteuer*, Zurich 1952, p. 86.

BRACK, *La notion de revenu global en théorie et en droit fiscal suisse*, thèse Lausanne 1941, p. 109 ss.

BRAENDLI, *Neue Richtlinien für die Besteuerung von Mitarbeiteraktien*, in Finanz & Wirtschaft, n° 47 du 2 juin 1990, p. 21.

BUI Van Thanh, *Expériences de fiscalité intercantonale*, in Les Plans d'intéressement, éd. CEDIDAC, Lausanne 2000.

BURNHAM William, *Introduction to the law and legal system of the United States*, deuxième éd. West Group, St. Paul, Minn. 1999.

CEREGHETTI Marco, *Die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen als Einkommen und als Vermögen*, thèse Zurich 1994.

Deloitte & Touche Tohmatsu, *Executives living abroad*, Guide to Tax Planning in 66 Jurisdictions, International Tax and Business Guide, New York 1999.

Deloitte & Touche Tohmatsu, *Increasing use of employee stock options*, in Deloitte & Touche Review, 25 mai 1998

FRAUENFELDER, *Optionen in Wertpapieren und Waren: eine Untersuchung ihrer mikro- und makroökonomischen Relevanz*, Berne und Stuttgart 1980.

GURTNER Peter, *Besteuerung von Mitarbeiteraktien*, in L'Expert-comptable suisse 59/1985, p. 308 ss.

HILDEBRANDT Michael, *Schweiz*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 85 b, Pays-Bas 2000, p. 745 ss.

JAEGER Hans-Joachim, von Planta Andreas, BOCKLI Peter, OBERSON Xavier, VAN THANH Bui, *Les plans d'intéressement Stock option plans*, édition CEDIDAC, Lausanne 2001.

JAEGER Hans-Joachim et TIMMERMANN Lars-Olaf, *Mitarbeiteraktien und –optionspläne in der Schweizsteuerliche Behandlung*, in Revue fiscale, n. 6/1998, p. 318 à 333, mise à jour publication Arthur Andersen, 2000.

JAEGER Hans-Joachim, *Economic aspects of granting employee stock options in Switzerland*, édition Arthur Andersen AG, Zurich 2000. (Cité *Economic aspects*)

KAENZIG, *Die eidgenössische Wehrsteuer*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 1982, n° 26 ad article 21 AIFD.

KAUTER David, *United States*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 85 b, Pays-Bas 2000, p. 787 ss.

KLAHOLD Christoph, *Aktienoptionen als Vergütungselement*, éd. Peter Lang, Francfort 1999.

KNECHT Rosmarie, *Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis*, 3<sup>ème</sup> volume, éd. Cosmos, Berne 2001.

- MUELLER-MOEHL, *Optionen, Grundlage und Strategien für das Optionsgeschäft in der Schweiz und in Deutschland*, Zurich 1989.
- NOHER, *Die Erfassung des Mitarbeiteraktien bei der Wehrsteuer*, Revue fiscale 1972, p. 193.
- OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse, théorie et pratique du droit*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1998.
- OBERSON Xavier, *Le traitement fiscal des plans d'intéressement*, in Les plans d'intéressement Stock option plans, édition CEDIDAC, Lausanne 2001, p. 93 ss.
- OBERSON Xavier et Nicolas Merlino, *Le traitement fiscal du rachat par une société de ses propres actions*, in Journée de droit bancaire et financier, éd. Stämpfli, Berne 2000, p. 77.
- OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, éd. Stämpfli, Berne 2001.
- PATRY, Robert, *Le Problème des directives de l'Administration fédérale des contributions*, in ASA, 59, p. 23.
- PFUND/ZWALEN, *Die eidgenössische Verrechnungss*, 2ème partie, Bâle 1985, n°2.33 ch. 5 ad art. 21 LIA.
- RISI Andreas, *Mitarbeiteroptionen und –aktien, Bewertung-Rechnungslegung-Besteuerung*, éd. Chambre Fiduciaire, Zurich 1999, p. 389 ss.
- STETTLER Fritz, *Mitarbeiteraktien und ihre Besteuerung*, in Apropos, mai 1988 p. 14 ss.
- STUDER Walter, *Nochmals zur Besteuerung der Mitarbeiteraktien*, in Archives 41, p. 145 ss.
- THALMANN, Paul, *Die Besteuerung von Naturalbezügen und Vergünstigungen als Einkommen aus unselbständigem Erwerb*, thèse Friburg 1991, p. 52, 62 et 139.
- WALTI Beat, *Mitarbeiterbeteiligung, Aktien- und Optionspläne*, Thèse, Schulthess, Zurich 1998.
- WEHRLI, *Mitbeteiligung der Arbeitnehmer durch Belegschaftaktien*, Problematik und Erfahrungen, thèse Zurich 1969, p. 201 ss.
- WYSS, *Der Einkommensbegriff im Schweizerischen Steuerrecht*, thèse Berne 1937, p. 59.
- ZEHNDER Egon, *Beteiligungsmodelle für Führungskräfte in der Schweiz*, éd. Revisuisse Price Waterhouse, Zurich 1997.
- ZUPPINGER, F., *Die Besteuerung von Mitarbeiteraktien*, in ASA: Archives 40, p. 225 ss.
- ZWAHLEN Bernard, *Mitarbeiteraktien und „COTO“, Neue Kriterien der Einkommensrealisierung*, Revue fiscale 45/1990, p. 413 à 419.

## Jurisprudence

Arrêt du Tribunal Fédéral du 6 novembre 1995, in StE 1996 B. 22.2 N° 12.

Sentence rendue le 4 juillet 1995 par le Tribunal administratif de Zurich, in StE 1996 ZH; B 22.2 n° 11

## Entretiens

Monsieur Angelo Digeronimo, expert au sein de l'Administration fédérale des contributions.  
(entretien téléphonique 14 mai 2001).

Philippe Jeanneret, représentant du SECO et faisant partie du groupe de travail chargé d'étudier les différentes variantes concernant l'imposition des options de collaborateurs.  
(entretien téléphonique du 4 mai 2001).

Fredrick Heerde, Partner de PriceWaterhousCoopers, spécialiste du capital-risque en Suisse, membre du Réseau et participant au groupe de travail chargé d'étudier les différentes variantes concernant l'imposition des options de collaborateurs.  
(entretien téléphonique du 14 mai 2001).

Christian Léchaire, responsable des dossiers concernant l'imposition des options de collaborateurs et des expatriés au sein de l'Administration fiscale du canton de Genève.  
(entretien téléphonique du 22 mai 2001).

## Remerciements

Je tiens à remercier les personnes susmentionnées ainsi que toutes celles qui m'ont soutenue dans la rédaction de ce texte.

Ma reconnaissance s'adresse en particulier à Madame Simone Besso et Monsieur Gilbert Vercellinati pour leur disponibilité et leur compétence. Ils ont en effet su me transmettre des qualités telles que la précision et la perspicacité qui ont contribué à la mise en œuvre de ce travail.

Je remercie également la société Deloitte & Touche SA pour son soutien ainsi que pour la mise à disposition du matériel indispensable à mes recherches.

Enfin, je ne manquerai pas non plus de relever le minutieux travail de relecture accompli par Monsieur Ricardo Barral, à qui j'adresse mes sincères remerciements.

Je dédie ce travail à mes parents, ainsi qu'à Davide.

Genève, le 18 juin 2001

## ANNEXES

### N° 1

**Circulaire N° 12** de l'Administration fédérale des contributions, **du 8 novembre 1973**.

### N° 2

**Circulaire N° 5** de l'Administration fédérale des contributions, **du 17 mai 1990**.

### N° 3

**Circulaire N° 5** de l'Administration fédérale des contributions, **du 30 avril 1997**.

### N° 4

**Rapport du Conseil fédéral** concernant l'encouragement de la création de nouvelles entreprises

### N° 5

**Formule Black & Scholes et exemple de calcul**

## FORMULE BLACK &amp; SCHOLES

$$\begin{aligned}
 C_0 &= (e^{-(D)T}) S N(d_1) - X (e^{-(RFR)T}) N(d_2) \\
 P_0 &= C_0 + X (e^{-(RFR)T}) - S \\
 d_1 &= \left[ \ln \left( \frac{(e^{-(D)T}) S}{X} \right) + (RFR + 0.5 \sigma^2)(T) \right] / (\sigma (T)^{1/2}) \\
 d_2 &= d_1 - \sigma (T)^{1/2}
 \end{aligned}$$

C	call
P	put
D	rendement du dividende annualisé
RFR	taux d'intérêt sans risque
T	temps
S	spot
X	strike
$\sigma$	volatilité
N(d)	probabilité accumulée de la distribution normale avec moyenne 0 et déviation standard de 1.

## Exemple d'application de la formule Black &amp; Scholes

## DONNEES DE BASE

Date de l'octroi	04-mai-01	
date d'échéance	04-mai-11	1) durée de vie 10 ans
valeur courant	0.79209	2) escompte pour la période de blocage de 4 ans: 20.7910%
prix d'exercice	1	3) Prix d'exercice en CHF = Valeur du marché du sous-jacente lors de l'octroi
dividends	0	4) Pas de dividende
taux d'intérêt	3.4	5) taux d'intérêt des obligations suisses à 10 ans (estimation)
volatilité	20	6) Volatilité

## RESULTAT DU CALCUL

CALL	0.229	7) valeur de l'option selon le modèle
PUT	0.149	