

L'article porte sur le traitement fiscal des plans de participation de collaborateur sous l'angle de l'impôt sur le revenu. Il rappelle tout d'abord la pratique en la matière sous l'empire du droit en vigueur jusqu'au 31.12.2012, puis il aborde la question à la lumière de la nouvelle Loi sur l'imposition des participations de collaborateur applicable à partir du 1.1.2013. En particulier, l'article traite de l'application de cette réglementation à des situations transfrontalières.

PIERRE-MARIE GLAUSER

VALENTINA MOSHEK

## LA NOUVELLE LOI SUR LES PLANS DE PARTICIPATION

### En particulier dans les relations internationales\*

#### 1. INTRODUCTION

Les plans d'intéressement des salariés, fréquemment utilisés dans divers types d'entreprises, peuvent poursuivre simultanément plusieurs buts, en particulier: attirer de nouveaux employés, fidéliser les salariés intéressés, motiver les salariés à augmenter leurs performances, réduire le *cash outflow*, etc. À cet égard, il existe une immense variété de plans. Les aménagements concrets sont fonction des buts que la société poursuit en priorité. Sous l'angle de l'impôt sur le revenu, le traitement fiscal des plans d'intéressement pose *trois questions essentielles* [1]. Tout d'abord, il y a lieu de qualifier l'avantage issu du plan (i) deuxièmement, de déterminer le moment de réalisation (et donc d'imposition) (ii) et, troisièmement, d'établir l'assiette imposable (iii).

(i) Les avantages issus d'actions ou options accordées à un employé gratuitement ou à un prix de faveur sont qualifiés de *revenus de l'activité lucrative dépendante* imposables actuellement sur la base de l'article 17, al. 1 de la *Loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD)* [2]. Le salarié réalise en effet un avantage appréciable en argent (salaire en nature) dont la cause réside dans un rapport de travail (*causa laboris*). (ii) S'agissant d'un salaire en nature, et conformément aux principes généraux de droit fiscal [3], le revenu est considéré comme réalisé lorsque le salarié peut effectivement en disposer, c'est-à-dire que le bien ou la prestation a passé en sa possession ou lorsqu'il a acquis une prétention ferme à obtenir la rémunération. En règle générale, l'acquisition d'une prétention est déjà considérée comme un revenu dans la mesure où son exécution ne paraît pas incertaine. Ce n'est que si cette exécution paraît d'emblée

peu probable que le moment de la perception réelle de la prestation est pris en considération. (iii) L'assiette de l'impôt (prestation imposable) est examinée au moment de la réalisation du revenu. La valeur vénale est généralement déterminante pour mesurer l'avantage appréciable en argent obtenu par le salarié [4].

Le présent article rappelle dans une première section la question des plans d'intéressement sous l'empire du droit en vigueur jusqu'au 31.12.2012 (v. ci-dessous *section 2*). Puis, dans la *section 3*, il traite spécifiquement des questions soulevées par le nouveau droit applicable à partir du 1.1.2013. Outre les considérations fiscales évoquées dans la présente contribution, les plans d'intéressement doivent également être traités sous l'angle des cotisations aux assurances sociales (AVS en particulier). Nous ne développerons toutefois pas ici cet aspect de la problématique.

#### 2. PRATIQUE(S) SELON LE DROIT EN VIGUEUR JUSQU'AU 31.12.2012

Nous examinerons tout d'abord sous l'angle du droit en vigueur jusqu'au 31.12.2012 les plans d'intéressement dont l'objet consiste à attribuer des droits de participation sous forme d'actions (plans d'actions, section 2.1) ou sous forme d'options (plans d'options, section 2.2). Ces situations doivent être distinguées des plans dits «fantômes» qui se limitent à aménager une simple indemnité en espèces (revenu en argent) et non l'octroi de titres (revenu en nature). Les plans fantômes ne sont qu'un mode de calcul du salaire en argent, une modalité de fixation du bonus [5]. Nous nous arrêterons également sur la question des relations internationales, telle qu'elle



PIERRE-MARIE GLAUSER,  
DR. IUR., AVOCAT, LIC. OEC.  
HSG, EXPERT FISCAL DIPL.,  
PROFESSEUR DE DROIT  
FISCAL À L'UNIVERSITÉ  
DE LAUSANNE;  
ASSOCIÉ DU CABINET  
OBERSON AVOCATS,  
LAUSANNE/VD



VALENTINA MOSHEK,  
ASSISTANTE-DOCTORANTE  
EN DROIT FISCAL,  
UNIVERSITÉ DE LAUSANNE,  
LAUSANNE/VD

se présentait avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (section 2.3).

**2.1 Plans d'actions.** Nous distinguerons ci-après les plans à la signature desquels le salarié est crédité d'une action de collaborateur (*ci-dessous a*), d'une part, et ceux en vertu desquels il n'obtient alors qu'une simple expectative sur action (*ci-dessous b*), d'autre part. Au préalable, précisons ici que conformément à la pratique, sont réputées actions de collaborateurs les actions (ou bons de participation, de jouissance ou les parts au capital de sociétés coopératives) que l'employeur ou l'entreprise proche de ce dernier attribue à ses collaborateurs à un prix de faveur (*ci-après les actions*); les titres peuvent être nouvellement émis ou provenir du portefeuille de l'entreprise [6].

(a) Principe. Selon la pratique fédérale [7] et cantonale [8] en vigueur jusqu'à fin 2012, les avantages issus d'actions sont imposables *en principe à l'octroi (at grant, à l'attribution)*, c'est-à-dire dès l'entrée dans le plan – soit au moment de l'octroi d'actions remises gratuitement ou à un prix de faveur [9] – aussi bien pour des actions *libres* que pour des actions *bloquées*. La limitation du pouvoir de disposer (blocage) ne diffère donc pas le moment de l'imposition [10], même si cette restriction correspond à une obligation de restitution [11]. La *prestati*on [12] imposable pour des actions libres correspond à la différence entre la valeur vénale de l'action et le prix inférieur payé par l'employé [13]. Lorsque les actions sont bloquées, il est tenu compte de la restriction de la faculté de disposer des actions au moyen d'un abattement calculé sur la valeur vénale du titre (cf. *tableau 1*, exemple 1) [14]. Ce mode de faire soulève évidemment des difficultés lorsque le salarié, qui a été imposé au moment de la remise des actions, doit rendre les titres ou lorsque le délai de blocage pris en compte au moment de l'imposition est raccourci ultérieurement. Cette question ayant été réglée au niveau fédéral au moment de la nouvelle loi, nous la traiterons ci-dessous dans la section 3.2.

(b) Exception au principe général. Contrairement au principe de l'imposition à l'octroi évoqué ci-dessus (a), le salarié n'est pas imposable dès l'entrée dans le plan lorsqu'il n'est crédité que d'une *simple expectative* de réaliser un jour un avantage. Il en est ainsi en particulier des plans aménageant l'octroi de Restricted Stock Units (RSU) [16], c'est-à-dire en substance l'expectative d'acquérir des actions après un certain délai [17]. De tels instruments sont imposables au moment du transfert effectif des actions [18]. L'employé n'est par exemple pas non plus taxé lorsque les participations sont détenues initialement par un véhicule patrimonial, p. ex. par un *trust*; l'imposition est alors reportée jusqu'à la libération et la cession des droits à l'employé [19].

**2.2 Plans d'options.** Après avoir brièvement présenté la notion d'options de collaborateurs au sens de la pratique en vigueur jusqu'au 31.12.2012 (*ci-dessous a*), nous relèverons le principe permettant de fixer le moment d'imposition (*ci-dessous b*) et évoquerons les difficultés pratiques constatées

Tableau 1: **VALEUR VÉNALE RÉDUITE D'UNE ACTION BLOQUÉE**

(cf. exemple 1)

Formule:  $100/(1.06)^n$

Délai de blocage	Abattement	Valeur vénale réduite
1 an	5,660%	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%
6 ans	29,504%	70,496%
7 ans	33,494%	66,506%
8 ans	37,259%	62,741%
9 ans	40,810%	59,190%
10 ans	44,161%	55,839%

**Exemple 1:** (cf. 2.1a et tableau 1)

Imposition d'un salarié qui reçoit gratuitement une action d'une valeur de CHF 100 avec un délai de blocage de 10 ans:

Valeur de l'action «libre»: 100

Délai de blocage: 10 ans; escompte de 44.161%

Valeur «fiscale» de l'action (diskontierter Verkehrswert): 55.839

Imposition sur: 55.839

Variante: l'action est vendue à un prix de faveur de CHF 10.

Imposition sur  $55.839 - 10 = 45.839$  [15]

dans ce contexte (*ci-dessous c*). Enfin, nous rappellerons l'assiette imposable (*ci-dessous d*).

(a) Sont réputées options de collaborateurs au sens de la pratique en vigueur jusqu'au 31.12.2012, les titres qui «donnent à leurs bénéficiaires un droit formateur à acquérir, à un prix de faveur, des droits de participation dans l'entreprise qui émet l'option ou dans une autre entreprise proche de celle-ci (options call)» [20] (*ci-après les options*). Mentionnons que dans le cas d'une *option «américaine»*, le droit d'acquérir une action peut être exercé pendant une certaine période (typiquement quelques années); dans le cas d'une *option «européenne»*, ce droit ne peut être exercé qu'à un moment précis (soit à une date donnée) [21].

(b) Comme pour les actions, les options étaient, jusqu'au 31.12.2012, en principe imposées au moment de leur octroi [22]. Selon le Tribunal fédéral [23], la pratique publiée de certains cantons [24] et celle «non publiée» de l'AFC [25], l'imposition de l'option doit intervenir au moment de son *acquisition irrévocable*. La détermination de cette date doit avoir lieu sur la base des *circonstances concrètes* du cas d'espèce et en fonction des règles générales sur la réalisation du revenu [26]; elle ne peut être fixée de manière absolue [27]. Ainsi, s'il est vrai que l'aménagement d'une période de *vesting* – c'est-à-

dire une période pendant laquelle le salarié doit en quelque sorte «mériter» l'option – empêche l'acquisition irrévocable du droit, il n'est toutefois pas exclu qu'à son terme il subsiste d'autres éléments concrets ayant la même conséquence que le vesting et impliquant que l'employé n'a alors pas encore acquis irrévocablement les options [28]. Le terme imposition «*at vesting*» peut par conséquent être source de confusion [29]. Le moment de l'acquisition irrévocable de l'option peut, selon les circonstances, correspondre soit à l'attribution des options (entrée dans le plan), soit à leur exercice, soit encore à un autre moment, comme à la fin de la période de *vesting* [30].

(c) Un tel examen des caractéristiques concrètes aménagées dans un plan pose évidemment de nombreuses *difficultés pratiques*. En particulier, les délais de blocage sont souvent confondus avec des périodes de vesting [31]. Dans la même veine, la détermination du moment de l'acquisition irrévocable peut s'avérer délicate lors de l'aménagement de clauses de raccourcissement du délai pour exercer l'option (*Truncation-Klauseln*) [32]. Il n'est ainsi pas surprenant qu'interrogés dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle loi sur les participations de collaborateurs, les cantons ont à l'unanimité rejeté la proposition de fixer l'imposition au moment de l'acquisition irrévocable [33]. Certains cantons ont même *refusé d'appliquer ce principe* en dépit des indications de la lettre-circulaire 2003 [34], ce qui a toutefois été désapprouvé par le Tribunal fédéral [35] qui a confirmé le principe de l'imposition des options au moment de l'acquisition irrévocable.

(d) *Prestation imposable*. Lorsque l'acquisition irrévocable a lieu *au moment de l'exercice* de l'option, le salarié réalise un revenu à hauteur de la différence entre la valeur vénale du titre sous-jacent (généralement une action) et «le prix total payé par l'employé pour acquérir l'action», c'est-à-dire non seulement le prix d'exercice de l'option mais également l'éventuel prix payé par l'employé pour l'octroi des options [36]. Par contre, lorsque l'acquisition irrévocable avait lieu à *un autre moment* (à l'attribution de l'option ou par exemple au vesting), le revenu imposable correspond à la différence entre la valeur vénale de l'option au moment déterminant (généralement estimé selon le modèle mathématique «*Black & Scholes*») et le prix d'achat éventuel [37, 38].

**2.3 Relations internationales.** Dans cette partie, nous présenterons la pratique en vigueur jusqu'au 31.12.2012, relative au traitement fiscal des plans d'intéressement dans un contexte dit d'importation, d'une part (*ci-après section 1.3.1*) et d'exportation, d'autre part (*ci-après section 1.3.2*). Dans cette optique transnationale, le *point de repère général de la présentation* consiste à se fonder sur le principe suivant: la créance d'impôt naît dès que les conditions subjectives (assujettissement) et objectives (en règle générale réalisation d'un revenu) de l'impôt sont réunies [39]. Autrement dit, les règles en matière d'assujettissement fiscal – basé sur un rattachement personnel (art. 3 LIFD) ou économique (en particulier art. 5 LIFD) – doivent être examinées en parallèle avec les règles en matière de réalisation du revenu. Enfin, nous re-

lèverons quelques principes directeurs prévus par le Commentaire du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (*ci-après MC-OCDE*) (*ci-après section 2.3.3*).

**2.3.1 Importations.** Après avoir expliqué ce qu'il faut entendre par importation dans le présent contexte (*ci-après a*), nous évoquerons le type d'assujettissement applicable à de telles situations (*ci-après b*). À la lumière de ces deux éléments, nous relèverons l'approche de quelques cantons en présence de l'état de fait transfrontalier en question (*ci-après c*).

(a) Par *importation*, on entend un état de fait dans lequel un salarié vient s'installer en Suisse après avoir bénéficié, à l'étranger, de participations de collaborateurs ou d'expectatives à l'acquisition de telles participations [40]. Techniquement, l'élément déterminant sous l'angle fiscal est, comme nous le verrons, le fait qu'il y ait ou non assujettissement illimité en Suisse au moment de la réalisation du revenu.

(b) Le point de départ pour examiner l'impact fiscal d'une importation consiste à prendre en compte le fait que *l'assujettissement illimité en Suisse débute en principe lorsque le contribuable prend domicile* dans le pays où y commence son séjour au regard du droit fiscal (art. 8, al. 1 LIFD). Ainsi, si un revenu est réputé avoir été réalisé avant le début d'un tel assujettissement, il doit échapper à l'impôt en Suisse [41]. À l'inverse, si la réalisation a lieu une fois que le salarié a créé un assujettissement illimité, seules les *sources étrangères qualifiées* énumérées dans la loi (art. 6, al. 1 LIFD) peuvent être exclues [42]. Le revenu de l'activité lucrative dépendante ne constituant pas une telle source étrangère qualifiée, il entre dans le champ d'application de cet assujettissement fiscal.

(c) La pratique de plusieurs cantons, notamment *Zurich*, applicable jusqu'au 31.12.2012 correspondait à l'application de ces principes généraux. Ainsi, lorsque des actions ou des options étaient réalisées avant le début de l'assujettissement, l'importation restait *fiscalement neutre* [43]. À l'inverse, lorsque le salarié importait des participations qu'il réalisait après le début de son assujettissement en Suisse – typiquement des expectatives sur actions (p.ex. les Restricted Stock Awards, RSA, ou les Restricted Stock Units, RSU) ou des options pas encore irrévocablement acquises – l'avantage réalisé en Suisse (pendant la durée de l'assujettissement illimité) était imposable en plein (100%) [44]. Même si l'on parvenait à établir que le revenu en question provenait en partie d'une activité à l'étranger, il ne s'agissait pas d'une *source étrangère dite qualifiée*, de telle sorte que la rémunération en question n'échappait pas à l'assujettissement illimité sur la base du droit interne. Par contre, une *réduction proportionnelle pouvait être envisagée sur la base d'une CDI* [45].

**2.3.2 Exportation.** Après avoir mentionné l'état de fait visé en l'espèce par le terme exportation (*ci-après a*), nous relèverons le type d'assujettissement applicable à de telles situations (*ci-après b*). À la lumière de ces deux éléments, nous mentionnerons la pratique de certains cantons en matière d'exportation (*ci-après c*).

(a) On parle d'*exportation*, lorsqu'un salarié quitte la Suisse pour s'installer à l'étranger après avoir bénéficié en Suisse [46] de participations de collaborateurs ou d'expectatives à l'acquisition de telles participations [47]. Techniquement, l'élément déterminant sous l'angle fiscal est, comme nous le verrons, le fait qu'il existe un assujettissement limité en Suisse au moment de la réalisation du revenu.

(b) L'impact fiscal d'une exportation devait être examiné, avant le 31.12.2012, à la lumière de la portée du seul article 5, al. 1, let. a LIFD: selon un arrêt célèbre du Tribunal fédéral [48], le *rattachement économique* fondé sur cette disposition permet de saisir un revenu réalisé après le départ d'un employé à l'étranger dans la mesure où l'avantage en question correspond à une activité lucrative exercée en Suisse. Notre Haute Cour relève dans ce contexte que «(...) l'assujettissement limité naît du seul fait qu'il existe (...) un rattachement économique avec la Suisse. Les revenus qui entrent dans cette hypothèse sont imposables sans égard au moment durant lequel ils sont perçus» [49, 50].

(c) Ainsi, dans les cas où la réalisation précède le départ pour l'étranger, l'exportation restait sans incidence sur le droit de taxer de la Suisse. Il en allait ainsi typiquement des actions et options imposables dès l'attribution en Suisse [51]. À l'inverse, lorsque le salarié n'avait été mis au bénéfice que de simples droits expectatifs à l'attribution (des expectatives sur actions, comme des RSA/RSU [52] ou des options dont l'acquisition irrévocable n'a pas eu lieu lors de l'attribution [53]) qu'il n'a pas réalisés avant son départ pour l'étranger, la réalisation de l'objet de l'impôt intervenait alors que le salarié avait déjà quitté la Suisse. Comme évoqué ci-dessus, et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le revenu découlant du plan d'intéressement et lié à l'exercice de l'activité salariée en Suisse ne devait pas, selon la pratique, échapper à l'imposition en Suisse. Dans leur pratique publiée, certains cantons, notamment Zurich, mettaient en application les règles générales relatives à l'assujettissement au moment de la réalisation. L'imposition intervenait dès lors *au moment où le revenu était réputé réalisé* conformément aux règles générales en la matière, c'est-à-dire au moment du transfert de l'action pour les expectatives sur actions [54] ou *au moment dit de l'acquisition irrévocable* pour les options [55]. Lorsque cette réalisation avait lieu après le départ du salarié, le gain n'était pas imposable en plein, mais proportionnellement au temps passé en Suisse pendant le vesting [56]. Une telle imposition proportionnelle était accordée *indépendamment de l'existence d'une CDI*. Certains auteurs ont estimé cette pratique incohérente par rapport aux importations [57], voire même dépourvue de base légale [58]. À notre sens, sur le principe d'une imposition réduite, elle est, au contraire, conforme aux règles internes en matière de rattachement économique, et en particulier à la portée – rappelée ci-dessus – de l'article 5, al. 1, let. a LIFD. En effet, il y a lieu d'admettre qu'un tel assujettissement est *par définition limité* aux éléments de revenu qui ont leur source dans le facteur de rattachement fiscal [61], indépendamment de l'application d'une CDI. En conséquence, il se limite, sur la base

du droit interne déjà, à la portion de l'avantage qui correspond directement à l'activité lucrative exercée en Suisse, et ne peut s'étendre au-delà.

Relevons que certains cantons, notamment romands, entendaient garantir leur droit d'imposition des plans d'intéressement exportés en taxant le salaire (non encore réalisé) *au moment du départ* de l'employé, du moins dans certains cas de figure. Inutile de dire que cet «exit tax» n'était pas compatible avec les principes de droit fiscal rappelés ci-dessus, notamment d'imposition au moment de la réalisation.

2.3.3 *Position de l'OCDE en matière de plans d'options*. Comme mentionné en introduction de cette partie (ci-dessus section 2.3), nous mentionnons ici quelques principes directeurs essentiels qui ont été introduits dans le Commentaire MC-OCDE suite au Rapport du 23 août 2004 du Comité des Affaires fiscales de l'OCDE sur le traitement fiscal des plans d'options au niveau des CDI [60] (ci-après le Rapport). Mentionnons au préalable que l'application de ces principes ne peut en soi être envisageable qu'au niveau d'une CDI (et non directement sur le plan interne). Il convient toutefois de les mentionner ici comme point de référence, ayant par ailleurs considérablement influencé les développements en droit interne.

Le Commentaire du MC-OCDE contient des considérations sur les trois points suivants: premièrement, il établit le critère sur la base duquel il convient de distinguer revenu d'emploi au sens de l'article 15 MC-OCDE et gain en capital au sens de l'article 13 MC-OCDE (*ci-dessous a*). Deuxièmement, une fois le revenu d'emploi identifié, le Commentaire du MC-OCDE détermine quel État est compétent pour imposer ce revenu du travail sur la base de l'article 15 MC-OCDE; pour ce faire, il détermine à quels services (et donc à quel État de source) ce revenu se rapporte (*ci-dessous b*). Troisièmement, le Commentaire du MC-OCDE précise les critères sur la base desquels le revenu doit être fractionné entre plusieurs États de source (*ci-dessous c*). Avant de développer ces trois points, mentionnons que les travaux de l'OCDE ne concernent que les plans d'options, à l'exclusion de toute autre forme de rémunération à caractère participatif [61]. Une application par analogie des mêmes principes à d'autres plans, notamment d'actions, ne paraît toutefois pas exclue [62].

(a) La délimitation entre l'article 15 MC-OCDE (revenu du travail) et l'article 13 MC-OCDE (gain en capital) a lieu, *en principe*, sur la base du moment de l'exercice de l'option (la vente ou l'aliénation de l'option y étant assimilée). Ainsi, l'article 15 MC-OCDE s'applique à tout avantage découlant de l'option elle-même jusqu'à ce qu'elle soit exercée (vendue ou autrement aliénée); dès que l'option a été exercée (ou aliénée), l'avantage est réputé obtenu par le salarié en sa qualité d'investisseur-actionnaire et relève dès lors de l'article 13 MC-OCDE [63]. Il n'est *dérogé à ce principe* que lorsque, par l'exercice des options en question, le salarié acquiert non pas des participations librement disponibles, mais des actions qui ne seront irrévocablement acquises qu'à la fin d'une période d'emploi exigée. Dans ce cas, l'accroissement de valeur observé jusqu'à la fin de la période d'emploi exigée est réputé

être un revenu d'emploi au sens de l'article 15 MC-OCDE (et non un gain en capital au sens de l'art. 13 MC-OCDE) [64]. Les qualifications de droit interne (revenu d'emploi, gain en capital) ne sont quant à elles pas déterminantes dans ce contexte [65].

(b) Pour déterminer à quels services (et donc à quel État de source) le revenu d'emploi issu d'options se rapporte, il doit être tenu compte de l'ensemble des circonstances, notamment des conditions contractuelles relatives aux options en question [66]. Ainsi, le revenu issu de l'option est réputé correspondre, en principe, aux services fournis entre l'attribution et l'acquisition de l'option, c'est-à-dire la *période de vesting* (au sens de la «période d'emploi exigée pour que le salarié acquière le droit d'exercer») [67, 68]. La période antérieure ou postérieure à cet intervalle n'est en principe pas déterminante dans la répartition de la compétence d'imposer [69]. Sous l'angle international également, il est important de distinguer la période de vesting de la simple période de blocage [70], voire d'une période de potentielle révocation du droit acquis [71]. Nous illustrerons cette distinction ci-après (section 3.4.1.3b, exemples 6 et 7).

(c) Si le revenu d'emploi issu de l'option se rapporte à *plusieurs États différents*, il y a lieu de procéder à une répartition. Dans ce contexte, chaque État concerné (identifié conformément à ce qui a été vu ci-dessus sous b) peut prétendre imposer la fraction de l'avantage correspondant au nombre de jours durant lesquels l'emploi a été exercé dans ce pays par rapport au nombre total de jours durant lesquels les services d'emploi auxquels se rapporte l'option ont été fournis [72]. Le *dénominateur* de cette fraction est établi selon les principes présentés ci-dessus sous (b).

### 3. LOI SUR L'IMPOSITION DES PARTICIPATIONS DE COLLABORATEUR

Dans le Message du 17 novembre 2004 sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur (ci-après le Message), le Conseil fédéral a présenté un projet de loi, dont les dispositions doivent compléter la LIFD et la LHID, le texte des deux lois étant par ailleurs harmonisé. Le but de cette nouvelle législation consiste, selon les termes du Message, à rétablir la sécurité du droit en matière d'imposition des participations de collaborateur [73]. Après de longs débats aux Chambres fédérales, rendus particulièrement complexes en raison de la proposition d'introduire un rabais fiscal [74] pour certaines options – règle finalement non retenue – le texte final a été adopté le 17 décembre 2010 par les Chambres. Le délai référendaire n'ayant pas été utilisé, la loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Elle est complétée par une ordonnance (OPart) qui traite de l'obligation de renseigner et de délivrer des attestations prévue à l'article 129, al. 1, let. d. Le texte définitif de l'OPart a été adopté le 27 juin 2012, après la mise en consultation d'un projet en décembre 2011. Cette ordonnance s'accompagne d'un commentaire (ci-après Comment.-OPart) [75]. Au moment de la rédaction de ces lignes, la nouvelle circulaire de l'AFC en matière de plans d'intéressement n'avait pas été publiée.

Notons enfin que la nouvelle loi prévoit des règles en matière d'évaluation au niveau de *l'impôt sur la fortune* (art. 14a LHID) [76]. Elle peut en outre soulever des questions de *droit transitoire* qui ne seront pas examinées ici [77].

**3.1 Différents types de plans.** Après avoir présenté la distinction que la nouvelle loi établit entre les participations «proprement dites» et les participations «improprement dites» (*ci-après a*), nous nous arrêterons sur la classification à cet égard de certaines expectatives sur actions (p. ex. les RSA/RSU), fréquentes en pratique et pouvant soulever des problèmes de qualification (*ci-après b*).

(a) La loi distingue les participations «*proprement dites*» (art. 17 a, al. 1 LIFD) des participations «*improprement dites*» (art. 17 a, al. 2 LIFD). Entrent dans la première catégorie, d'une part, les actions et autres titres de participation (cf. art. 17 a, al. 1, let. a LIFD) que l'employeur, la société mère ou une autre société du groupe offre au collaborateur (*ci-après les actions*) [78] et, d'autre part, les options donnant droit à l'acquisition de telles actions (art. 17, al. 1, let. b LIFD) (*ci-après les options*). Le terme «*toute autre participation*» permet de préciser que l'énumération de l'article 17 a, al. 1 LIFD n'est pas exhaustive et peut aussi englober des titres utilisés dans des modèles étrangers [79]. Par participations de collaborateur «*improprement dites*», il faut comprendre les expectatives sur de simples indemnités en espèces (art. 17 a, al. 2 LIFD). Fondamentalement, la différenciation entre ces deux types d'intéressement du salarié fait écho à la distinction entre les salaires *en nature* (proprement dits) et les salaires *en argent* (improprement dits) [80]. De ce point de vue, une conséquence de la différenciation réside dans l'établissement du revenu imposable, seuls les revenus en nature nécessitant une évaluation et permettant, le cas échéant, des abattements effectués sur la valeur vénale.

(b) La nouvelle loi ne prévoit pas une réglementation particulière pour les *simples expectatives*, par exemple les RSA/RSU, ce que plusieurs auteurs [83] déplorent. Selon le Message [84], les «*share awards*», c'est-à-dire «*les actions que l'employeur promet de remettre ultérieurement à ses employés à la condition que les rapports de travail subsistent, par exemple deux ans plus tard*», sont assimilées, dès la distribution des actions (p. ex. deux ans plus tard), à des participations de collaborateurs *proprement dites*, et plus précisément à des actions au sens de l'article 17 a, al. 1, let. a LIFD. À cet égard, les «*share awards*» ne peuvent pas, selon le Message, être qualifiées d'options (let. b) à défaut d'aménager un droit d'exercice [83, 84]. Le Commentaire de l'OPart, assimile quant à lui les RSA/RSU à des options [85]. Dans la présente contribution, nous traitons de ces instruments dans le cadre des plans d'action (*ci-après 3.2*), à l'instar du Message relatif à la nouvelle loi.

Nous distinguerons ci-après des plans dont l'objet consiste à attribuer des droits de participation sous forme d'actions ou d'expectatives sur actions (plans d'actions, section 3.2 *ci-après*), d'une part, et sous forme d'options (plans d'options, section 3.3 *ci-après*), d'autre part. Nous présenterons le

moment de l'imposition dans un tableau synoptique (cf. *tableau 2*). En revanche, nous ne reviendrons pas ci-dessous sur le traitement fiscal des participations «improprement dites» qui sont, selon la loi, imposables au moment de l'encaissement de l'indemnité (art. 17 c LIFD) [86].

**3.2 Plans d'actions.** Dans cette partie, nous relèverons brièvement la réglementation de la nouvelle loi relative au moment d'imposition des actions et expectatives sur actions, ainsi que l'assiette imposable (*ci-après a*). Puis nous nous arrêterons sur les conséquences fiscales, désormais réglées au niveau fédéral (OPart), relatives aux correctifs de l'imposition initiale suite à un déblocage anticipé ou d'une restitution d'actions. Nous illustrerons ces questions par des exemples (*ci-après b*).

(a) S'agissant des plans d'actions, la *nouvelle loi a repris la pratique prévalant jusqu'au 31.12.2012* [87], aussi bien quant au principe fondant le moment d'imposition qu'au calcul de la prestation imposable (cf. ci-dessus exemple 1 *section 2.1a.*). Selon l'article 17 b, al. 1 LIFD, les avantages dérivant d'actions sont imposables en tant que revenu d'une activité salariée au moment de leur «acquisition», qu'elles soient *libres ou bloquées*. Le blocage n'a donc pas pour effet de différer le moment de l'imposition, mais l'article 17 b, al. 2 LIFD prévoit désormais explicitement sa prise en compte par un abattement de 6% sur la valeur vénale. Toutefois, comme évoqué ci-dessus, il convient de vérifier si, au moment d'accepter l'offre de l'employeur, le salarié a acquis une action ou une *expectative* sur action. Dans cette deuxième hypothèse, le salarié n'est en effet imposable qu'ultérieurement, lorsque les actions lui sont effectivement remises [88]. C'est à ce moment qu'il y a «acquisition» au sens de l'article 17 b, al. 1 LIFD. Ceci implique d'ailleurs qu'il ne saurait être question d'appliquer un délai de blocage entre le moment de l'acceptation d'entrer dans le plan ayant pour objet des «share award» jusqu'à la remise des actions. L'abattement de 6% ne peut entrer en ligne de compte que pour d'éventuelles restrictions intervenant à partir du moment ultérieur du transfert de l'action [89].

(b) L'imposition à l'acquisition et la prise en compte du délai de blocage par un abattement de 6% par année (art. 17 b, al. 2 LIFD) soulèvent évidemment la question du correctif à apporter en cas de restitution des actions par le collaborateur et/ou du déblocage anticipé des titres. Avant le 31.12.2012, la pratique de certains cantons, notamment Zurich [92], prévoyait ces cas de figure. Désormais, ces situations sont explicitement réglées au niveau fédéral dans l'OPart qui prévoit des dispositions applicables au *déblocage anticipé* (art. 11 OPart; exemple 2) et à la *restitution des actions* (art. 12 OPart; exemple 3). Dans le premier cas, le salarié réalise un revenu supplémentaire alors que, dans le second, il peut faire valoir la déduction de frais d'acquisition du revenu.

**3.3 Plans d'options.** En matière de plans d'options, la nouvelle législation introduit un changement majeur puisque le principe de l'imposition au moment de l'acquisition irrévocable

#### Exemple 2 (*déblocage anticipé, cf. 3.2b*) [91]:

Le 1.1.N, un salarié reçoit gratuitement une action d'une valeur de 100 avec un délai de blocage de 10 ans. Il est alors imposable sur 55,839 (cf. exemple 1 ci-dessus 2.1). Le 1.1.N+5, l'action reçue est déblocuée.

Valeur de l'action «libre» le 1.1.N+5: 150

Délai de blocage restant: 5 ans; escompte de 25,274%

Valeur «fiscale» de l'action (*diskontierter Verkehrswert*): 112,089

Revenu supplémentaire réalisé au déblocage: 150-112,089 = 37,911

#### Exemple 3 (*restitution d'une action, cf. 3.2b*) [92]:

Le 1.1.N, un salarié reçoit gratuitement une action d'une valeur de 100 avec un délai de blocage de 10 ans. Il est alors imposable sur 55,839 (cf. exemple 1 ci-dessus 2.1). Le 1.1.N+5, il quitte son emploi et doit restituer, sans dédommagement, son action dont la valeur vénale se monte alors à 150.

Valeur de l'action «libre» le 1.1.N+5: 150

Délai de blocage restant: 5 ans; escompte de 25,274%

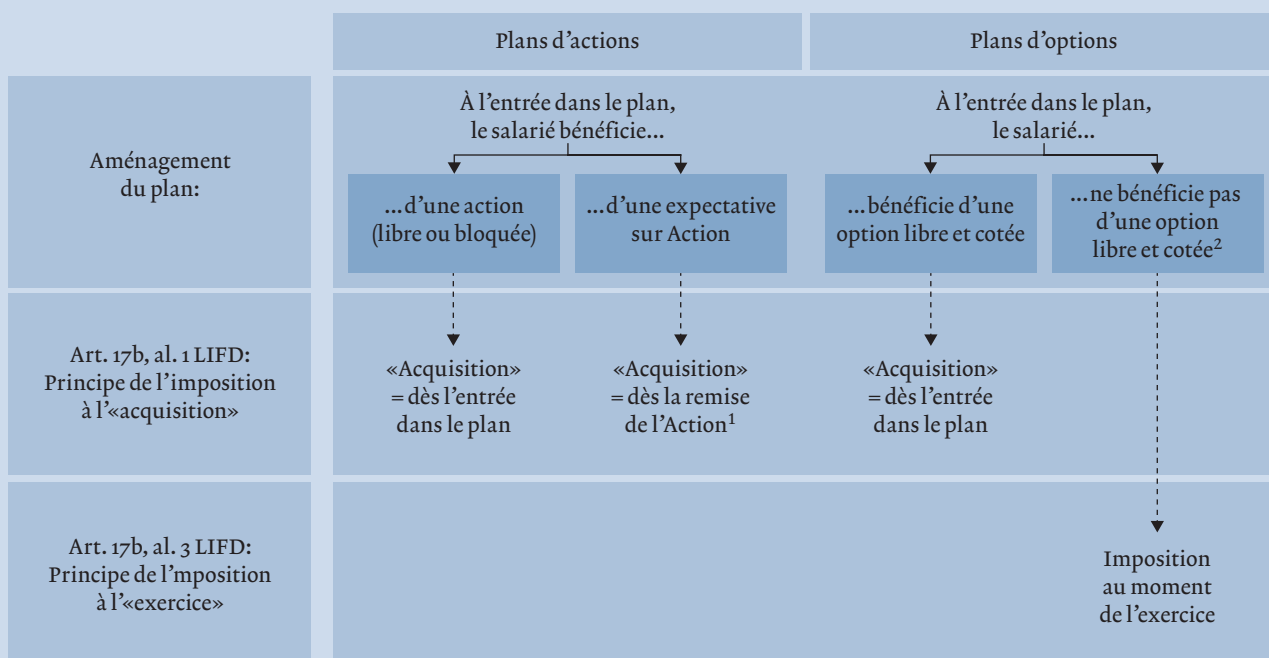
Valeur «fiscale» de l'action (*diskontierter Verkehrswert*): 112,089

Déduction des frais d'acquisition du revenu (*Gewinnungskostenabzug*): 112,089

cable n'a pas été repris (cf. à ce propos section 2.2b). Le droit en vigueur depuis le 1.1.2013 prévoit en effet que les options «non négociables ou non cotées en bourse» sont imposables «au moment de l'exercice» (art. 17 b, al. 3 LIFD) (*ci-dessous b*) – voire le cas échéant au moment de la vente (*ci-dessous c*) – alors que les autres sont imposables au moment de leur «acquisition» (art. 17 b, al. 1 LIFD) (*ci-dessous a*). En pratique, la très grande majorité des plans de participation tombent dans la première catégorie [93]. À cet égard, précisons que par «non négociables», il faut comprendre «non libres». Le texte allemand utilise d'ailleurs les termes «gesperrte Optionen» et l'italien «opzioni bloccate» [94].

(a) L'imposition des options «au moment de leur acquisition» nécessite ainsi que deux conditions cumulatives soient remplies: (1) elles doivent être *libres* (c'est-à-dire dépourvues de tout blocage) et (2) *cotées en bourse*. Ceci découle de la lecture a contrario de l'expression «non négociables ou non cotées». Ces deux conditions cumulatives doivent, à *notre sens*, être réalisées au moment de l'entrée dans le plan [95]. Ainsi, par exemple, des options qui ne seraient pas librement disponibles immédiatement (à l'entrée dans le plan) doivent être imposables à l'exercice (art. 17 b, al. 3 LIFD) et non au moment de leur «déblocage» ou au moment d'un éventuel «vesting» au motif qu'elles seraient alors «acquises» au sens de l'article 17 b, al. 1 LIFD [96]. Une telle approche consisterait à revenir au principe de l'imposition au moment de l'acquisition irrévocable, ce qui ne correspond manifestement pas à la volonté du législateur ressortant des travaux préparatoires [97]. Enfin, l'*assiette imposable* correspond, en cas d'imposition à l'acquisition, à la valeur vénale de l'option diminuée, le cas échéant, de son prix d'acquisition par l'employé (art. 17 b, al. 1 LIFD). L'option imposable à l'acquisition étant par définition dépourvue de délai de blocage, aucun abattement n'est possible.

Tableau 2: **SCHÉMATIQUEMENT LE MOMENT DE L'IMPOSITION SELON LA NOUVELLE LOI PEUT ÊTRE REPRÉSENTÉ DE LA MANIÈRE SUIVANTE**



<sup>1</sup>P.ex. les «share awards» sont imposables comme des actions dès qu'elles ont été distribuées (cf. Message, p. 539, ad 17a).

<sup>2</sup>Aménagement d'options assorties d'un délai de blocage, d'un vesting, options libres mais non cotées.

(b) L'avantage dérivant d'options non négociables ou non cotées est désormais quant à lui imposable au moment de l'exercice (art. 17 b, al. 1 LIFD). Lue a contrario, cette règle vise, d'une part, les options qui ne seraient pas immédiatement libres (cotées ou non) et, d'autre part, les options qui seraient immédiatement disponibles (sans blocage ou vesting), mais non cotées. L'assiette imposable correspond à la valeur vénale de l'action au moment de l'exercice, moins le prix d'exercice de l'option (art. 17 b, al. 3 LIFD). La loi ne prévoit donc pas expressément la prise en compte d'un éventuel prix payé pour acquérir l'option si celle-ci n'a pas été accordée gratuitement, mais il semble évident qu'une éventuelle prime doit être prise en considération [98].

(c) La loi évoque expressément l'imposition «à l'exercice», mais semble avoir omis de traiter expressément des cas des ventes de ce type d'options. Selon les travaux préparatoires, le terme «exercice» vise également les cas de «vente» (Veräußerung) d'options [99], comme d'ailleurs l'OPart [100]. Dans la mesure où la vente serait assimilée à cet égard au fait générateur de l'impôt, le calcul de l'assiette devrait être adapté en conséquence pour correspondre à la différence entre le prix de vente de l'option et son prix d'acquisition payé par l'employé.

**3.4 Relations internationales.** La nouvelle loi ayant introduit une nouvelle réglementation aux articles 17d LIFD et 97a LIFD, il convient d'en déterminer la portée (ci-après section 3.4.1) avant d'examiner plus concrètement dans quelle mesure elle s'applique aux hypothèses d'importation de

plans d'intéressement, d'une part (ci-après section 3.4.2) et d'exportation de ceux-ci, d'autre part (ci-après section 3.4.3). Enfin, nous évoquerons quelques problèmes pratiques auxquels l'employeur risque d'être confronté compte tenu de son obligation d'attestation et de prélèvement de l'impôt (ci-après section 2.4.4).

**3.4.1 La nouvelle réglementation sur l'imposition proportionnelle (art. 17d LIFD; 97a LIFD).** Une nouveauté importante de la nouvelle loi réside dans l'introduction des articles 17d LIFD et 97a LIFD. Selon l'article 17d LIFD, «[s]i le contribuable n'était ni domicilié ni en séjour en Suisse au regard du droit fiscal pendant tout l'intervalle entre l'acquisition et la naissance du droit d'exercer de l'option de collaborateur non négociable (art. 17 b, al. 3), les avantages appréciables en argent dérivant de cette option sont imposés proportionnellement au rapport entre la totalité de cet intervalle et la période passée en Suisse». L'article 97a LIFD qui renvoie à l'article 17d LIFD est le pendant de cette disposition pour les personnes domiciliées à l'étranger lorsqu'elles perçoivent les avantages en question. Nous distinguerons d'une part le champ d'application de l'article 17d LIFD quant à la matière (champ d'application matériel) (ci-après 3.4.1.1) et quant aux personnes qui peuvent en bénéficier (champ d'application personnel, conditions d'accès) (ci-après 3.4.1.2) – et d'autre part le calcul à proprement parler de l'imposition proportionnelle (ci-après 3.4.1.3). Nous évoquerons ensuite des cas particuliers qui paraissent exclus du champ d'application de l'imposition proportionnelle (ci-après 3.4.1.4). En dernier lieu, nous résumerons la problématique dans un tableau synoptique (ci-après 3.4.1.5, tableau 3).

3.4.1.1 Champ d'application matériel. À rigueur de texte, les articles 17 d et 97 a LIFD concernent uniquement les «options non négociables». Le texte de ces dispositions ne fait ainsi pas référence au critère de la cotation boursière, ce qui pourrait, à première vue, laisser entendre que les options libres non cotées ne sont pas visées par cette réglementation. Plusieurs éléments militent toutefois pour admettre au contraire que toutes les options décrites à l'article 17 b, al. 3 LIFD (c'est-à-dire aussi bien les options bloquées, d'une part, que les options libres non cotées d'autre part) entrent dans le champ d'application matériel des articles 17 d et 97 a LIFD [101]. En particulier, la réglementation correspondante dans la LHID (cf. art. 35, al. 1, let. i LHID) [102] et les débats parlementaires [103] paraissent aller dans ce sens. En outre, à l'origine, la version française du projet de loi ne parlait que des «options non négociables» sans mentionner le critère de la cotation, expression qui couvrirait, compte tenu de la version allemande et italienne correspondante, aussi bien les options bloquées que les options non cotées en bourse [104]. Ainsi, même si l'article 17 d LIFD (97 a LIFD) ne fait pas expressément référence au critère de la cotation, il concerne matériellement, à notre sens, toutes les options imposables à l'exercice selon l'article 17 b, al. 3 LIFD.

Ce constat appelle une précision. Il convient en effet de relever que les options libres non cotées ne contiennent, par définition, pas de «période d'acquisition», c'est-à-dire d'intervalle entre l'«acquisition et la naissance du droit d'exercice» au sens de l'art. 17 d LIFD. Toutefois, l'absence d'une telle période d'acquisition ne devrait à notre sens pas empêcher l'application de l'imposition proportionnelle – telle que décrite ci-après en particulier au chiffre 3.4.1.3. Il faut en effet partir de l'idée, à notre sens, que cet intervalle débute et prend fin le jour de l'attribution [105]. Cette approche devrait logiquement s'appliquer également aux options qui seraient assorties d'un simple délai de blocage (sans qu'une période de vesting ne soit aménagée [106]), participations qui sont, elles-aussi, dépourvues d'une période d'acquisition.

3.4.1.2 Champ d'application personnel. (a) En premier lieu, aux termes de l'article 17 d LIFD, l'accès à l'imposition proportionnelle est limitée au salarié qui «n'était ni domicilié ni en séjour en Suisse au regard du droit fiscal pendant tout l'intervalle entre l'acquisition et la naissance du droit d'exercice». Autrement dit, si les intéressés peuvent démontrer qu'ils n'avaient ni domicile ni séjour en Suisse pendant une partie de l'intervalle au moins, ils ont accès à l'imposition proportionnelle de l'article 17 d LIFD. Partant, une seule catégorie de contribuables est privée d'accès à la réglementation de l'article 17 d LIFD: les salariés qui étaient domiciliés ou en séjour en Suisse pendant tout l'intervalle concerné. À l'inverse, en termes schématiques, si l'assujettissement illimité a duré entre 0% et 99% de la période déterminante, il convient d'admettre, à notre sens, que cette condition d'accès prévue par l'article 17 d LIFD est remplie [107]. Le législateur paraît ainsi avoir présumé que les contribuables qui sont domiciliés ou en séjour en Suisse pendant tout l'«intervalle» n'ont pas exercé d'activité lucrative à l'étranger, ce qui n'est pas forcément le cas: un contribuable peut avoir exercé une



**Exemple 4:** (cf. 3.4.1.3a)

Un salarié d'une société GB domicilié en GB entre dans un plan d'option le «jour N». Vesting de 100 jours. Suite à un transfert intra-groupe, il commence une activité en Suisse dès «N+30 jours» mais s'y installe seulement en «N+50 jours». Toujours établi en Suisse, le salarié exerce les options en «N+200 jours»: gain de 350.

→ *Impos. proportionnelle:* En l'espèce, bien que le salarié ait été domicilié en Suisse pendant 50 jours sur les 100 jours de vesting, il a travaillé dans le pays pendant 70 jours sur les 100 de vesting (de «N+30 jours» jusqu'à la fin du vesting en «N+100 jours»). En conséquence, au moment où le salarié exerce ses options (en «N+200»), le gain de 350 est imposable selon le prorata de 70/100 (et non 50/100 correspondant au nombre de jours où le salarié a été domicilié en Suisse pendant le vesting). Le revenu imposable s'élève donc à 245 (70% de 350) et le revenu exonéré à 105 (350-245).

→ *Montant déterminant pour le taux:* 245 (et non 350 si l'on soutient que la progressivité de l'impôt n'est pas applicable, cf. paragraphe 3.4.1.3a).

activité lucrative à l'étranger, tout en ayant gardé son domicile en Suisse pendant toute la durée de l'«intervalle». Un tel salarié ne pourrait toutefois pas accéder à l'imposition proportionnelle de l'article 17 d LIFD selon le texte de cette disposition. Il pourrait par contre se prévaloir d'une CDI pour éviter l'imposition en Suisse de la rémunération de son travail, y compris celle liée à un plan d'intéressement, s'il effectuait son activité dans l'autre pays. (b) En second lieu, outre la condition d'application spécifiquement prévue l'article 17 d LIFD que nous venons d'évoquer, précisons que la question de l'accès à une imposition réduite de l'objet fiscal (art. 17 d et 97 a LIFD) ne se pose que si l'intéressé est au préalable assujéti à l'impôt en Suisse pour l'élément de revenu en question (en raison d'un rattachement personnel ou économique). Cette question s'examine au moment de la réali-

**Exemple 5:** (cf. 3.4.1.3a)

Un salarié d'une société GB domicilié en GB entre dans un plan d'option le «jour N». Vesting de 100 jours. Il s'installe en Suisse dès «N+50 jours», mais travaille pendant la totalité de la période de vesting dans les locaux de la société GB (et non en Suisse). Toujours établi en Suisse, le salarié exerce les options en «N+200 jours»: gain de 350.

→ *Impos. proportionnelle:* En l'espèce, bien que le salarié ait été domicilié en Suisse pendant 50 jours sur les 100 jours de vesting, le nombre de jours pendant lesquels il a travaillé en Suisse pendant cette période est nul (il travaille en GB pendant 100% des jours de vesting). En conséquence, le gain de 350 est imposable selon le prorata de 0/100 (et non 50/100 correspondant au nombre de jours où le salarié a été domicilié en Suisse pendant le vesting). Le revenu imposable s'élève donc à 0 (0% de 350). La totalité du gain de 350 réalisé par ce contribuable assujéti de manière illimitée au moment de la réalisation de son revenu est donc exonérée.

→ *Montant déterminant pour le taux:* 0 (et non 350 si l'on soutient que la progressivité de l'impôt n'est pas applicable, cf. 3.4.1.3a).

**Exemple 6** (cf. 3.4.1.3b):

Attribution d'options avec un vesting de N à N+3. Dès N+3, le salarié ne peut plus perdre les options, même s'il quitte son emploi; toutefois, il ne peut les exercer avant N+5. L'intervalle déterminant pour l'article 17 d LIFD s'étend des années N à N+3 (la période entre N+3 et N+5 correspond en effet à un simple délai de blocage).

**Exemple 7** (cf. 3.4.1.3b):

Attribution d'options avec un vesting de N à N+3. Options exerçables dès N+3, mais peuvent devenir caduques, si le salarié quitte l'emploi avant N+5. L'intervalle déterminant pour l'article 17 d LIFD s'étend des années N à N+3. Selon la terminologie de l'OCDE, N+3 correspond au moment de l'«acquisition» et N+5 à celui de l'«acquisition irrévocable»; ce deuxième moment est réputé non pertinent [118].

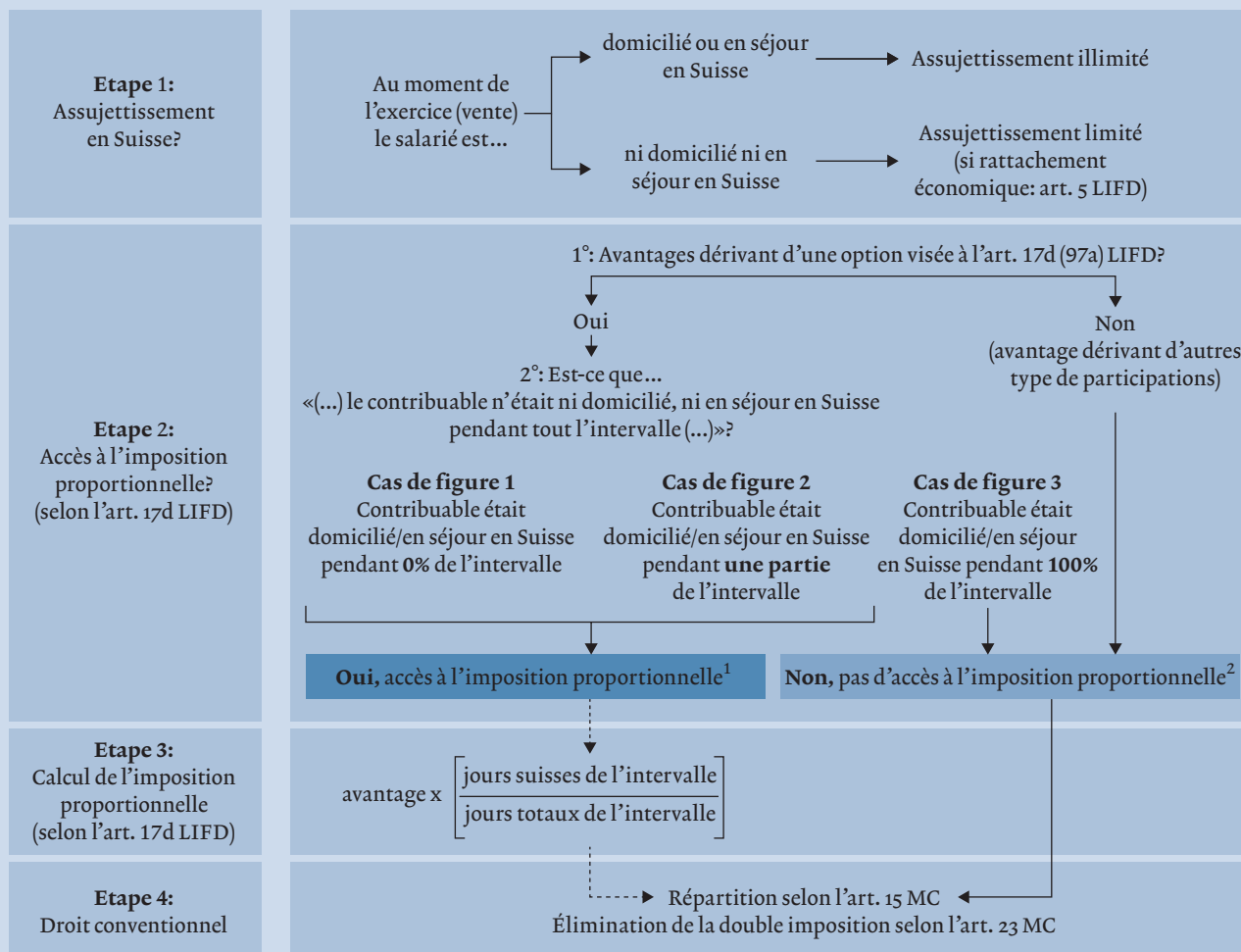
sation du revenu (exercice, vente de l'option non négociable) [108]. En cas d'importation, cette condition est évidemment réalisée dans la mesure où l'employé exerce l'option au cours de la durée de son assujettissement illimitée. Mais cette exigence s'impose également en cas d'exportation d'options, puisque l'imposition au moment de l'exercice ne peut être envisagée qu'en cas de rattachement subjectif limité. Il faut donc que le revenu du travail lié au plan d'intéressement soit constitutif d'un assujettissement limité à l'impôt sur la base de l'article 5, al. 1. let a LIFD [109] (le salarié n'est plus en Suisse au moment de la réalisation de l'objet de l'impôt). Cette précision implique notamment que la Suisse n'aurait pas le droit de taxer l'exercice d'une option à l'étranger, même si l'employé avait été domicilié dans notre pays durant la période de vesting, dans la mesure où cette rémunération n'est pas liée à une activité déployée sur le territoire suisse.

3.4.1.3 Calcul de l'imposition proportionnelle. Après avoir présenté et illustré par quelques exemples le calcul de l'objet fiscal compte tenu de l'article 17 d LIFD (*ci-après a*), nous précisons les éléments définissant l'«intervalle» déterminant dans ce calcul (*ci-après b*).

(a) Conformément à l'article 17 d LIFD, l'avantage appréciable en argent dérivant de l'option taxée à l'exercice est imposé proportionnellement au rapport entre la totalité de «l'intervalle entre l'acquisition et la naissance du droit d'exercice de l'option» et la «période passée en Suisse». Aux termes de l'OPart, c'est le nombre de jours de travail en Suisse pendant le vesting qui est déterminant (art. 7, al. 2 OPart; art. 8, al. 2 OPart). Cette répartition est ainsi fondamentalement basée sur le principe du lieu de l'exercice de l'activité (*Arbeitsortsprinzip*). Il est important de noter que ni le dénominateur, ni le numérateur de ce prorata n'utilisent le critère de résidence (ou domicile). Le Comment.-OPart a d'ailleurs à juste titre été modifié sur ce point depuis sa version antérieure [110]. En effet, le nombre de jours de travail en Suisse

Tableau 3: **ÉLÉMENTS ESSENTIELS DU CHIFFRE 3.4.1**

Représentation schématique



<sup>1</sup> Sauf, si revenu est reçu en qualité de directeur ou administrateur d'une société suisse ou à raison d'une activité dans le trafic international (voir dans les relations d'importation: ci-après 3.4.2.1b et dans les relations d'exportation: ci-après: 3.4.3.1b). Dans ce cas, l'art. 17d LIFD (art. 97a LIFD) n'est pas applicable.  
<sup>2</sup> Conséquence sous l'angle interne suisse: Si ass. illimité selon étape 1: imposition en plein (100%). Si ass. limité selon étape 1: imposition limitée selon l'étendue de l'assujettissement.

au cours de l'«intervalle» (déterminante dans le calcul) ne coïncide pas nécessairement avec le nombre de jours de résidence (durée de l'assujettissement illimité) durant cet «intervalle». La durée de l'assujettissement au cours de l'intervalle est en revanche déterminante comme relevé plus haut au stade de l'accès à l'imposition proportionnelle (cf. ci-dessus 2.4.1.2). Nous illustrons ce qui précède dans les exemples 4 et 5 ci-après. Précisons au préalable que cette nouvelle réglementation soulève la question du taux applicable. Selon certains, il y a lieu d'appliquer le taux global [111]. Une autre approche peut toutefois à notre sens être défendue. En effet, compte tenu de la systématique de la loi, il peut être soutenu que l'article 17 d LIFD introduit une nouvelle forme d'exonération et non une simple limitation unilatérale de l'étendue de l'assujettissement [112]. Il pourrait en découler pratiquement que la réserve de progressivité au sens de l'article 7 LIFD ne s'applique pas concernant la partie du salaire lié aux options qui échappe à la Suisse en application de l'article 17 d LIFD [113]. Le taux d'impôt de l'employé se déterminerait

ainsi uniquement sur la base du montant que la Suisse peut imposer sur la base de l'article 17 d LIFD.

(b) S'agissant de la *définition de l'«intervalle déterminant»*, il convient de se référer aux travaux de l'OCDE qui ont clairement inspiré le législateur [114]. En particulier, l'article 2 OPart qualifie la période entre l'acquisition et la naissance du droit d'exercice au sens de l'article 17 d LIFD de période de *vesting* et précise à l'article 3 OPart que cet intervalle se termine au moment où le droit d'exercice est acquis, c'est-à-dire lorsque toutes les conditions sont réunies pour permettre au collaborateur d'exercer l'option [115]. De ce point de vue, cette notion de *vesting* ne doit pas être confondue avec un éventuel délai de blocage [116], ni avec une période de potentielle révocabilité postérieure à l'acquisition du droit [117]. Ces deux distinctions peuvent être illustrées par les exemples 6 et 7.

3.4.1.4 Exclusion de l'application de l'imposition proportionnelle dans des cas particuliers. En raison du critère sur la

**Exemple 8:** (cf. 3.4.1.4 et 3.4.2.1b)

En sa qualité d'administrateur d'une *société suisse*, Monsieur X, domicilié aux USA, bénéficie en N d'une option non négociable (*vesting* de N à N+3). Il s'installe en Suisse dès N+4 et exerce l'option cette année-là (gain: 350). Entre N et N+3 (*vesting*), Monsieur X n'a été présent sur le territoire suisse que quelques jours. Dans la mesure où le gain de 350 a sa cause dans la qualité d'administrateur d'une société suisse, le nombre de jours que Monsieur X passe sur le territoire suisse pendant le *vesting* (cf. art. 17 d LIFD, art. 7, al. 2 OPart) n'est pas un critère pertinent pour réduire l'objet imposable. Monsieur X serait donc imposable en plein (100% de 350)[123].

base duquel l'impôt peut proportionnellement être réduit selon l'article 17 d LIFD (et 97 a LIFD) (soit la «période passée en Suisse» pendant l'«intervalle», cf. 3.4.1.3a), le législateur ne paraît pas avoir visé les avantages réalisés par un contribuable en sa qualité de membre de l'administration ou de la direction d'une personne morale suisse (cf. art. 5, al. 1, let. b LIFD) ou en raison de son activité dans le trafic international en faveur d'un employeur suisse (cf. art. 5, al. 1, let. f LIFD)[119]. Nous reviendrons plus concrètement sur cette problématique dans le contexte des importations, d'une part (3.4.2.1b) et des exportations, d'autre part (3.4.2.1b).

3.4.1.5 Schématiquement, les éléments essentiels de ce qui précède sont représentés dans le *tableau 3*.

3.4.2 *Importation*. Nous distinguerons dans cette partie l'importation de participations bénéficiant de l'imposition proportionnelle conformément à l'article 17 d LIFD (*ci-après 3.4.2.1*) et ceux qui ne sont pas expressément visés par cette réglementation (*ci-après 3.4.2.2*). Rappelons au préalable que le terme *importation* décrit en l'occurrence un état de fait dans lequel le salarié s'installe en Suisse après avoir bénéficié, à l'étranger, d'un plan d'intéressement.

3.4.2.1 Options visées à l'article 17 d LIFD. Après avoir présenté la règle générale en matière d'importation d'options non négociables (*ci-après a*), nous relèverons un cas particulier (*ci-après b*).

(a) Contrairement à la pratique en vigueur jusqu'au 31.12.2012, le salarié qui est assujéti de manière illimitée au moment d'exercer une option visée à l'article 17 d LIFD et qui remplit par ailleurs les autres conditions d'application de l'article 17 d LIFD (voir ci-dessus 3.4.1.1 et 3.4.1.2) sera imposé proportionnellement sur la seule base de cette disposition de droit suisse et indépendamment de l'existence d'une CDI. L'imposition proportionnelle n'est en effet pas liée à une imposition effective à l'étranger, ni même à l'existence d'un traité de double imposition[120]. À cet égard, précisons que l'application de l'imposition proportionnelle prévue à l'article 17 d LIFD devrait à notre sens également être accessible aux salariés étrangers sans permis d'établissement qui seraient imposés à la source conformément aux articles 83 ss LIFD. Dans ce contexte, on peut noter que le nouvel article 84, al. 2

mentionne l'imposition des participations de collaborateurs sans renvoyer à l'article 17 d LIFD. Il s'agit là à notre sens d'une erreur [121].

(b) Comme mentionné ci-dessus (3.4.1.4), en raison du critère sur la base duquel l'impôt peut proportionnellement être réduit selon l'article 17 d LIFD (et 97 a LIFD) (soit la répartition en fonction de la «période passée en Suisse» pendant l'«intervalle», cf. 3.4.1.3a), le législateur ne paraît pas avoir visé les avantages réalisés par un contribuable en sa qualité de membre de l'administration ou de la direction d'une personne morale suisse (cf. art. 5, al. 1, let. b LIFD) ou par un salarié en raison de son activité dans le trafic international en faveur d'un employeur suisse (cf. art. 5, al. 1, let. f LIFD)[122]. Illustrons cette approche à l'aide de l'exemple 8.

Comme nous le verrons, cette exception est également valable dans les relations d'exportation (cf. ci-après 3.4.3.1).

3.4.2.2 Autres types de participations. Comme mentionné ci-dessus (voir 3.4.1.1), l'article 17 d LIFD ne concerne, à rigueur de texte, que certains types particuliers d'options. Toutes les autres participations (notamment les expectatives sur actions comme les RSA/RSU, ou encore les participations improprement dites) ne sont, à rigueur de texte, dès lors pas visées par l'article 17 d LIFD. Comme avant 2013, le revenu réalisé par un assujéti illimité après le début de son assujétissement devrait dès lors être imposé en plein (100%) sous réserve de l'application d'une CDI (voir à ce propos, la pratique antérieure à 2013 ci-dessus dans la section 2.3.1). Plusieurs auteurs[124] déplorent que la nouvelle loi n'ait pas spécifiquement traité des expectatives sur actions (RSA/RSU) et soutiennent que l'article 17 d LIFD doit leur être applicable par analogie; certains évoquent même l'existence d'une lacune légale proprement dite (*echte Gesetzeslücke*) [125]. L'OPart semble même aller dans un sens encore plus large, puisqu'elle prévoit la possibilité d'appliquer l'imposition proportionnelle non seulement aux expectatives sur des actions de collaborateur, mais aussi pour toutes options de collaborateur ou participations de collaborateur improprement dites (cf. art. 7 OPart). Cette approche de l'OPart est généreuse. À notre sens, dans la mesure où le calcul de l'imposition proportionnelle découle de l'application correcte d'une CDI, elle est parfaitement justifiée [126]. Par contre, le texte quant au champ d'application matériel de l'article 17 d LIFD (cf. ci-dessus section 3.4.1.1) et les règles générales en matière d'assujétissement illimité impliquent qu'il n'est pas évident d'appliquer l'imposition proportionnelle aux instruments autres que les options traitées à l'article 17 d LIFD sur la seule base du droit interne et donc indépendamment de l'existence d'une CDI. Nous verrons ci-après que, dans les relations d'export, la question se présente toutefois différemment en raison de la réglementation sur l'étendue de l'assujétissement limité.

3.4.3 *Exportations*. Nous distinguerons – comme en matière d'importations – les participations bénéficiant de l'imposition proportionnelle conformément à l'article 17 d LIFD (*ci-*

après 3.4.3.1) et celles qui ne sont pas expressément visées par cette réglementation (*ci-après* 3.4.3.2). Comme évoqué ci-dessus (2.3.2a), le terme *exportations* est utilisé en l'occurrence pour désigner l'état de fait dans lequel un salarié quitte la Suisse pour s'installer à l'étranger, après avoir bénéficié en Suisse de plans d'intéressement.

3.4.3.1 Options visées à l'article 97a LIFD. Après avoir présenté la règle générale en matière d'exportation d'options visées à l'article 97a LIFD (*ci-après* a), nous examinerons la raison pour laquelle l'OPart a expressément exclu l'application de cette disposition à certaines catégories particulières de contribuables (*ci-après* b).

(a) Conformément à l'article 97a LIFD, lorsque les personnes domiciliées à l'étranger (au sens de l'art. 98 LIFD) perçoivent des avantages appréciables en argent dérivant d'options de collaborateur non négociables, elles sont imposées proportionnellement sur cet avantage conformément à l'article 17d LIFD. Ces revenus sont soumis à un impôt à la source séparé au taux de 11,5% (art. 97a, al. 2 LIFD) au niveau fédéral. L'utilisation du taux maximal est, selon le Message, justifié «car les cadres supérieurs atteignent généralement l'échelon maximal de la progressivité» [127]. Les cantons sont quant à eux libres dans la fixation de ce taux [128].

Comme relevé ci-dessus, l'imposition proportionnelle était déjà appliquée par certains cantons, en particulier Zurich, dans les relations d'exportation, sur la base du droit en vigueur avant 2013 [129]. Cette pratique se justifiait à notre sens déjà sur la base des caractéristiques particulières du rattachement économique fondées sur l'article 5, al. 1, let. a LIFD (voir ci-dessus section 2.3.2). À notre avis, c'est donc principalement l'introduction à l'article 97a LIFD d'un impôt à la source spécifique au taux fixe de 11,5% au niveau fédéral qui constitue ainsi une innovation de la nouvelle loi à cet égard.

(b) L'OPart (art. 13 et 14 OPart) exclut l'application de l'imposition proportionnelle et de l'impôt à la source spécial séparé (11,5%) aux personnes soumises à l'impôt à la source conformément aux articles 91, 93 et 97 LIFD. La prestation perçue – en l'occurrence l'avantage obtenu à l'exercice de l'option – serait dès lors imposable en plein (100%) selon les taux ordinaires de l'impôt à la source (conformément à l'art. 85 LIFD par renvoi de l'art. 91 LIFD et à l'art. 93, al. 3 LIFD). Cette exclusion paraît justifiée pour les *administrateurs et directeurs* (art. 93 LIFD) ainsi que les *travailleurs dans une entreprise de transports* (art. 97 LIFD). En effet, lorsque de tels contribuables exportent des options visées à l'article 97a LIFD, ils sont assujettis en Suisse du simple fait que la cause de leur rémunération réside dans une activité en faveur d'une personne morale avec un siège ou un établissement stable en Suisse (voir art. 5, al. 1, let. b et let. f LIFD) et non en raison d'une activité lucrative déployée sur territoire suisse comme le prévoit l'article 5, al. 1, let. a LIFD. Partant, une réduction de l'objet de l'impôt fondée sur les critères utilisés à l'article 17d LIFD – soit la «période passée en Suisse» pendant l'«intervalle» (cf. ci-dessus 3.4.1.3a) – ne paraît à juste titre pas perti-

nente [130]. Rappelons d'ailleurs que de tels contribuables ne devraient pas non plus avoir accès à l'imposition proportionnelle dans les relations d'importation (cf. ci-dessus 2.4.2.1b).

Par contre, *on voit mal pourquoi l'OPart a exclu les autres catégories de travailleurs* (art. 91 LIFD) qui sont assujettis à l'impôt conformément à l'article 5, al. 1, let. a LIFD, en particulier les frontaliers. Serait-ce basé sur l'hypothèse qu'il n'y aurait alors pas à proprement parler une exportation (le contribuable est domicilié à l'étranger aussi bien lorsqu'il se voit attribuer l'option que lorsqu'il l'exerce) [131]? On peut toutefois se demander si une telle approche restrictive est couverte par la nouvelle base légale compte tenu des conditions d'application prévues à l'article 17d LIFD (à ce propos 3.4.1.2 ci-dessus).

3.4.3.2 Autres types de participations. À rigueur de texte, dans la mesure où l'article 97a LIFD est limité à certaines catégories d'options (cf. à ce propos 3.4.1.1 ci-dessus), les autres types de participations de collaborateurs (p. ex. les RSA/RSU, participations improprement dites) n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition. Par contre, comme mentionné ci-dessus (voir section 2.3.2), *l'application de l'imposition proportionnelle se justifie dans tous les cas – même sur la seule base du droit suisse, en raison des caractéristiques* du rattachement économique fondé sur l'article 5, al. 1, let. a LIFD. Ainsi, c'est à juste titre que l'OPart prévoit que l'imposition proportionnelle s'applique aussi aux expectatives sur des actions de collaborateurs (p. ex. RSA/RSU) et aux participations de collaborateurs improprement dites (art. 8 OPart).

L'application de *l'impôt à la source* séparé (art. 97a, al. 2 LIFD) paraît en revanche dépourvue de *base légale suffisante*. En ce qui concerne les contribuables qui réalisent ces autres catégories de participations à l'étranger, seul l'impôt à la source prévu à l'article 91 LIFD paraît envisageable puisque l'article 97a LIFD se réfère explicitement à certaines catégories particulières d'options. Les salariés seraient ainsi soumis, pour l'ensemble de leurs revenus provenant des participations, à l'imposition selon les taux ordinaires de l'impôt à la source (art. 85 LIFD, par renvoi de l'art. 91 LIFD et art. 93, al. 3 LIFD).

3.4.4 *Questions particulières – mise en pratique*. À partir de 2013, l'employeur sera soumis à une obligation d'attester selon l'article 129, al. 1, let. d LIFD, en vertu de laquelle il doit renseigner les autorités fiscales sur de nombreux détails (voir art. 4 et 5 OPart). L'obligation d'attester perdure *après la fin des rapports de travail* (art. 15 OPart et son commentaire [132]). Par ailleurs, conformément à l'article 100, al. 1, let. d LIFD, l'employeur a l'obligation de verser la part proportionnelle de l'impôt sur les options de collaborateur exercées à l'étranger, et cela même si l'avantage «est versé par une société du groupe à l'étranger» (art. 100, al. 1, let. d LIFD). L'employeur est ainsi tenu de se renseigner auprès d'une entreprise à l'étranger [134] pour remplir son obligation et cela même après la fin des rapports de travail. Il semblerait d'ailleurs bien que le fait que le salarié ait quitté l'entreprise pour un concurrent hors groupe au moment où il exerce les options, même plusieurs années après la fin des rapports de travail, ne dispense

pas l'employeur suisse de l'époque de prélever l'impôt à la source. Qu'en sera-t-il d'ailleurs si le salarié, parti chez un concurrent, vend l'option au lieu de l'exercer? Comment l'employeur suisse pourra-t-il s'assurer qu'il pourra accéder aux informations nécessaires pour mettre en œuvre le prélèvement de l'impôt à la source? Comment pourra-t-il s'assurer qu'il pourra répercuter la charge fiscale sur son ancien em-

ployé? Quelles dispositions particulières devront être prises par les employeurs et seront-elles compatibles avec le droit du travail? Autant de questions qui témoignent que la mise en pratique de la nouvelle loi sur les plans de participations, en particulier dans les relations internationales, s'accompagnera sans aucun doute de difficultés importantes de mise en pratique. ■

**Notes:** \* Cette contribution correspond à une version remaniée de la présentation donnée le 7 février 2012 par le Prof. Pierre-Marie Glauser à Lausanne lors d'une journée d'étude organisée par le CEDIDAC. **1)** Oberson X., plans d'intéressement, p. 94. **2)** ATF du 2.6.2010, 2C\_138/2010, cons. 2.2.1 et réf. citées. **3)** Voir ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010 = RDAF 2011 II 84, cons. 2.1 et réf. citées. **4)** Le principe général de l'estimation selon la valeur marchande est prévu par l'art. 16, al. 2 LIFD. **5)** Risi A., p. 436. **6)** Circulaire 5/97, ch. 2.1. **7)** Circulaire 5/97, ch. 3.1 et 3.2. **8)** Par exemple: Circulaire ZH, A.I.3, al. 1 et 2. **9)** Voir ATF du 6.11.1995 in: Archives 65 p. 733 = RDAF 1997 II 561, cons. 3b/bb. **10)** Certains pays pratiqueraient quant à eux l'imposition au moment de la levée du blocage, ce qui peut poser des problèmes de double imposition en cas d'exportation (Immer S./Strechi M., p. 107). **11)** ATF du 6.11.1995 in: Archives 65 p. 733 = RDAF 1997 II 561, cons. 3b/bb. Le Tribunal fédéral a statué que le collaborateur s'enrichissait au plus tard lorsqu'il acceptait l'offre d'achat. **12)** ATF du 6.11.1995 in: Archives 65 p. 733 = RDAF 1997 II 561, cons. 3b/bb. **13)** Circulaire 5/97, ch. 3.1; Circulaire ZH, A.I.3, al. 1. **14)** Circulaire 5/97, ch. 3.2; Circulaire ZH, A.I.3, al. 2. **15)** Cf. Circulaire ZH, A.I.3, al. 2. **16)** Voir Circulaire ZH, A.I.1, al. 3 et 4. **17)** Message, p. 539. Voir aussi Kumschick M./Kaufmann M., p. 516; Risi A./Niederbacher-Puchegger L., Mitarbeiteroptionen, p. 6. Selon le Message, p. 539 les «share awards» ne peuvent pas être qualifiées d'options, car elles n'accordent au collaborateur aucun droit d'exercice. **18)** Circulaire ZH, A.I.1, al. 3 (mise en évidence ajoutée). Voir aussi le Message, p. 539 à propos des «share awards». **19)** Circulaire 5/97, ch. 2.1. **20)** Circulaire 5/97, ch. 2.2. **21)** Rapport OCDE 2003, p. 4. **22)** La Circulaire 5/97, ch. 4.1. prévoyait toutefois que, dans certains cas, les options n'étaient pas évaluables et, partant, imposées à l'exercice. Il en allait notamment ainsi si les options avaient une durée de vie de plus de 10 ans ou s'accompagnaient d'un délai de blocage de plus de 5 ans ou étaient assorties de conditions personnelles les rendant inévaluables. **23)** ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010 = RDAF 2011 II 84, en partic. cons. 2.2. et 2.3. Voir aussi ATF du 2.6.2010, 2C\_138/2010, en partic. cons. 3.2.2. **24)** Notamment à Zurich: Circulaire ZH, B.I.3, al. 1. **25)** Voir la Lettre-circulaire de 2003 non publiée officiellement, mais qui a été adressée par l'AFC suite à un arrêt zurichois du 20 novembre 2002 (StE 2003 B 21.2 Nr. 16). **26)** ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010 = RDAF 2011 II 84, cons. 2.3. **27)** ATF du 2.6.2010, 2C\_138/2010, cons. 3.2.2. **28)** Lettre-circulaire 2003, ch. 2. **29)** ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010, cons. 2.3. et autres réf. citées. **30)** ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010, cons. 2.3. **31)** Lettre-circulaire 2003, ch. 2. **32)** Sur le règlement zurichois de la question: Circulaire ZH, A.I.2, al. 4 et 3, al. 3. Voir aussi Immer S./Strechi M., p. 104. **33)** Message, p. 532. Sur un examen critique de l'imposition au moment de l'acquisition irrévocable: Vater H., Besteuerung bei Vesting oder doch erst bei Ausübung. **34)** Voir arrêt du Tribunal administratif Genève du 9 avril 2010 (A/4647/2008-FIN; ATA/87/2010), faits, ch. 19, p. 8 «(...) Pour des

raisons pratiques, le canton de Genève n'avait jamais appliqué cette circulaire [c'est-à-dire la lettre-circulaire 2003], ni d'ailleurs la majorité des autres cantons. Le moment de l'acquisition irrévocable du droit était difficile en pratique à déterminer, attendu qu'il dépendait de différents facteurs. La taxation des options en cause devait en conséquence être appréhendée sous l'angle de la circulaire n° 5...». **35)** ATF du 14.10.2010, 2C\_236/2010 = RDAF 2011 II 84. **36)** Oberson X., plans d'intéressement, p. 107. **37)** Circ. ZH, B.I.3, al. 2 et 3. Voir aussi circulaire 5/97, ch. 4.1 et 4.2. **38)** Des règles correctrices étaient prévues dans la pratique de certains cantons en cas de déblocage anticipé ou de modifications subséquentes dans l'aménagement du plan; voir Circ. ZH B 4. et 5. **39)** Rivier J.-M., p. 213. Voir aussi; Blumenstein E./Locher P., p. 67, 307. On peut donc distinguer trois conditions à la naissance de la créance fiscale: un assujettissement (1), un objet fiscal (2) et un lien temporel entre ces deux éléments (3). **40)** Voir Circ. ZH, A.I.7.1, al. 1 (actions); Circ. ZH, A.I.7.3, al. 1 (expectatives sur actions); Circ. ZH, B.I.6.1, al. 1 et 2 (options). **41)** L'objet fiscal (revenu réalisé) et l'assujettissement illimité ne sont alors pas temporellement réunis. **42)** Athanas P./Giglio G., ad Art. 6 DBG, N 6. **43)** Circ. ZH, A.I.7.1, al. 2 (actions); Circ. ZH, B.I.6.1, al. 2 (options). **44)** Circ. ZH, A.I.7.3, al. 2 (expectatives sur actions); Circ. ZH, B.I.6.1, al. 3 (options). **45)** Circ. ZH, A.I.7.3, al. 3 (expectatives sur actions); Circ. ZH, B.I.6.1, al. 4 (options). **46)** Des questions semblables pourraient se poser en cas d'une importation suivie d'une exportation (p.ex. un salarié acquiert une option aux USA, vient travailler en Suisse pendant 2 ans, et exerce son option de retour aux USA). **47)** Voir Circ. ZH, A.I.7.2, al. 1 (actions); Circ. ZH, A.I.7.4, al. 1 (expectatives sur actions); Circ. ZH, B.I.6.2, al. 1 et 2 (options). **48)** ATF 15.2.2001 in: RDAF 2002 II 19. **49)** ATF 15.2.2001 in: RDAF 2002 II 19. Voir aussi plus récemment: ATF 25.3.2011 (2C\_662/2010) in: RDAF 2011 II 540, cons. 5: qui mentionne que l'exigence de la présence physique en Suisse pour fonder un rattachement économique conformément à l'art. 5, al. 1, let. a LIFD ne remet pas en cause l'approche préconisée dans l'arrêt cité du 15.2.2001. **50)** Cette définition jurisprudentielle du rattachement économique coïncide avec les règles de partage du MC-OCDE en matière de revenu de l'emploi (Metz S., Bonuszahlungen, p. 610). **51)** Voir par exemple Circ. ZH, A.I.7., al. 2 (actions); B.I.6.2., al. 2 (options). **52)** Circ. ZH, A.I.7.4, al. 1. **53)** Circ. ZH, A.I.1, al. 3 et 4. **54)** Circ. ZH, A.I.7.4, al. 2 («...im Zeitpunkt des Aktienbezugs...»). **55)** Circ. ZH, B.I.6.2, al. 3 («...welche nach, diesem Merkblatt bei Zuteilung zu besteuern sind, im massgebenden Besteuerungszeitpunkt...»). **56)** Pour les expectatives sur actions: Circ. ZH, A.I.7.4, al. 2. Pour les options: Circ. ZH, B.I.6.2, al. 3. **57)** Dans ce sens: Kumschick M./Kaufmann M., p. 516. **58)** Dans ce sens Immer S./Strechi M., p. 109 s. **59)** Oberson, Droit fiscal suisse, p. 66, N 12. **60)** Comité des affaires fiscales, Rapport du 23 août 2004, «Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés: problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu». **61)** Rapport OCDE

2003, p. 3, ch. 2. **62)** Rapport OCDE 2003, p. 3, ch. 2: «il faudra examiner les caractéristiques de chacune de ces formules avant de décider s'il est opportun de leur appliquer les principes développés». **63)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.2. **64)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.2 in fine. **65)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.4. **66)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.6. **67)** En effet le §12.7 du Comment. MC-OCDE pose le principe de l'exclusion de la période postérieure au vesting (au sens de la période d'emploi exigée pour que le salarié acquière le droit d'exercer l'option) et selon le §12.11 du Comment. MC-OCDE: la période précédant l'attribution ne doit être prise en compte qu'à des conditions précises, c'est-à-dire lorsque l'attribution de l'option vise à récompenser l'exercice des fonctions précédant cette attribution pendant une durée précise. **68)** Relevons toutefois que selon l'aménagement concret du plan, la période de vesting peut ne pas être seule pertinente. En particulier, les aménagements concrets peuvent indiquer que les revenus se rapportent à des services post-acquisition (p.ex. lorsque des options sont acquises mais que les actions sous-jacentes ne seront acquises qu'au terme d'une certaine période d'emploi) (Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.10), ou au contraire à des services fournis avant l'attribution (p.ex. lorsqu'une option vise à récompenser des services pendant une durée précise) (Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.13). **69)** Par exemple, lorsqu'une période de vesting dure entre N et N+3, et que le salarié exerce l'option en N+5 (gain à l'exercice 350), il faut admettre que ni l'État sur le territoire duquel l'activité est exercée avant l'année N (période antérieure à l'attribution), ni celui où l'activité est exercée entre N+3 et N+5 (période postérieure à l'acquisition), ne sont compétents pour imposer une fraction du gain de 350. Seul l'État sur le territoire duquel l'activité a été exercée entre N et N+3 est compétent pour imposer cet avantage (sous réserve de l'application de la clause du monteur). **70)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.8. **71)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.9. **72)** Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.14. **73)** FF 2005 519 (ci-après le Message). **74)** Voir Message, p. 533 ss. **75)** Commentaire du 13 juin 2012 de l'AFC (ci-après Comment. OPart). Il remplace ainsi la première version du commentaire relatif au texte mis en consultation en 2011. **76)** Voir: Gani R., participations de collaborateurs, N 33 ss. **77)** Sur cette question: Gani R., participations de collaborateurs, N 36 ss. Message, p. 543. **78)** La législation actuelle ne mentionne plus les «titres en provenance du portefeuille» de l'employeur, contrairement à la circulaire Circulaire 5/97, ch. 2.1. **79)** Voir Message, p. 538. **80)** En effet, aux termes du Message, le complément «proprement dites» signifie que le plan de participation permet l'attribution de droits de participation. A l'inverse, dans les plans improprement dits, le revenu est simplement calculé sur le cours des titres, mais le salarié ne perçoit in fine qu'une somme d'argent, sans pouvoir acquérir la propriété de droits de participation (Message, p. 538). **81)** Immer S./Strechi M., p. 105; Kumschick M./Kaufmann M., p. 516. Voir aussi:

Risi P./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 205. **82)** Message, p. 539. **83)** Message, p. 539. **84)** Avant le transfert des titres, les «share awards» ne constituent donc qu'une simple expectative ou, aux termes du Message, une participation improprement dite «mais pas au sens de l'article 17 a, al. 2 LIFD» (Message, p. 539, mise en évidence ajoutée). **85)** Comment. OPart, ad art. 5, al. 2. Voir aussi dans ce sens Risi A./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 205. **86)** Le Commentaire de l'OPart parle quant à lui d'imposition au moment de «réalisation» pour ce type de plans. Voir en particulier l'Annexe 1 du Comment. OPart. **87)** Voir Message, p. 531; Kumschick M./Kaufmann M., p. 513; Gani R., participations de collaborateurs, N 17; Risi P./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 201. **88)** Selon le Message, p. 539

les «share awards» ne constituent des actions proprement dites (art. 17a, al. 1 LIFD) qu'au moment où ils sont distribués; voir ci-dessus 3.1b. **89)** Voir Message, p. 540, ad Art. 17 c. **90)** Circ. ZH, A.I.4 et 6 (actions); Circ. ZH B 4. et 5 (options). **91)** Pour un autre exemple, voir Comment. OPart, ad art. 11, al. 3. **92)** Pour un autre exemple, voir Comment. OPart, ad art. 12, al. 2. **93)** Message, p. 539, ad art. 17 b; Kumschick M./Kaufmann M., p. 514. **94)** Voir aussi le Message, p. 539, ad art. 17 b. **95)** Voir aussi le Message, p. 539, ad art. 17 b: l'imposition à l'«acquisition» s'applique «aux options de collaborateur cotées en bourse, que le collaborateur peut exercer librement immédiatement après les avoir acquises (options négociables).» **96)** Voir toutefois Risi P./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 205 qui sou-

lèvent la question et qui indiquent que la pratique devra trancher. **97)** Voir Message, p. 532 s (sur le rejet de l'imposition au moment de l'acquisition irrévocable). **98)** Dans le sens d'une telle prise en compte: Eckert J.-B., ad Art. 17 LIFD, N 46. **99)** Intervention David, BO 2005 E 432 (en réponse à l'intervention Schweiger, BO 2005 E 432). Voir dans ce sens aussi Risi A./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 204, selon lesquels le terme «exercice» doit être interprété dans un sens large pour inclure également la vente. Il avait par ailleurs été proposé d'inscrire expressément le terme «vente» à l'art. 17 b, al. 3. Pour des raisons liées au pourcentage du rabais fiscal discuté à l'époque dans ce contexte (10% ou 6%), cet ajout avait toutefois été écarté au profit d'une autre proposition parlemen-

taire (BO 2006 N 30, 31 et 38, voir en particulier l'intervention Rime, BO 2006 N 30). Certains auteurs évoquent l'existence d'une lacune proprement dite dans la loi: ainsi Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 68. **100** P. ex. à art. 5, al. 2, let. b OPart. **101** De cet avis apparemment aussi: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 72 à 74. **102** L'art. 35, al. 1, let. i LHID (pendant de l'art. 97 a LIFD) renvoie expressément à l'art. 7 d, al. 3 LHID (pendant de l'art. 17 b, al. 3 LIFD) concernant non seulement les options non négociables, mais aussi les options libres non cotées. **103** Voir l'intervention Schweiger, BO 2005 E 432 qui relève qu'en omettant de mentionner les options libres dans le contexte de l'imposition proportionnelle, la loi contient une lacune manifeste. Voir aussi l'intervention Mertz, BO 2006 N 37, qui évoque dans le contexte de l'art. 97 a LIFD les «nicht börsenkotierten oder gesperrten Optionen», et pas uniquement les options bloquées. **104** Voir art. 17 b, al. 1 et al. 3 LIFD et art. 17 d LIFD du projet de loi dans le Message, p. 548 et comparer avec la version allemande. Voir aussi Message, p. 539 ad art. 17 b qui utilise l'expression «négociable» (handelbare, negoziabili) pour désigner les options «cotées en bourse, que le collaborateur peut exercer librement immédiatement après les avoir acquises». **105** Dans cette hypothèse, si le contribuable était domicilié à l'étranger le jour de l'attribution d'une telle option (libre mais non cotée) et qu'il l'exerce une fois installé en Suisse en réalisant ainsi un gain, il faut admettre qu'il était domicilié à l'étranger pendant 100% de la période d'acquisition: le contribuable est ainsi réputé remplir la condition d'accès prévue à l'art. 17 d LIFD (ci-dessous 3.4.1.2). Le gain serait alors entièrement exonéré (imposition à 0% du gain) puisque par ailleurs le temps travaillé en Suisse pendant l'intervalle en question est nul (cf. calcul de l'imposition proportionnelle ci-après 3.4.1.3). Dans le cas inverse d'exportation d'une option libre et non cotée (attribuée à un contribuable résident), la Suisse pourrait imposer l'entier (100%) du gain réalisé à l'exercice. **106** Sur la distinction entre une période de vesting et un simple blocage, voir ci-après 3.4.1.3.b. **107** Voir toutefois ci-après 3.4.3.1 sur la réglementation divergente de l'OPart pour les frontaliers notamment (art. 13 OPart). **108** On rappelle en effet, qu'en matière d'impôts directs, la créance d'impôt naît dès que les conditions subjectives (assujettissement) et objectives (en règle générale réalisation d'un revenu) de l'impôt sont réunies (Rivier J.-M., p. 213; Blumenstein E./Locher P., p. 67, 307). **109** Conformément à l'interprétation du Tribunal fédéral dans: ATF 15.2.2001 in: RDAF 2002 II 19 (cf. à ce propos ci-dessus, section 2.3.2). **110** La version antérieure mentionnait que l'imposition proportionnelle doit «être répartie entre les pays à raison des jours de résidence du collaborateur entre le moment de l'attribution et celui de la naissance du droit d'exercice» (ancienne version, ad art. 7, al. 2; ad art. 8, al. 2) (mise en évidence ajoutée). La version actuelle se base expressément sur le nombre de jours de travail. **111** Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 71; 73; 75. **112** La disposition ne se trouve en effet pas dans le Titre 1 concernant l'assujettissement des personnes physiques (art. 35s LIFD), mais bien dans le Titre 2 qui règle la détermination du revenu imposable des personnes physiques (art. 16ss LIFD). **113** D'un autre avis, sans que l'on puisse trouver une justification: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 71; 73; 75. **114** Message, p. 540, ad art. 17 d LIFD. **115** Comment. OPart, p. 6, ad Art. 2. **116** Voir Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.9. Voir aussi Comment.

OPart, p. 6, ad Art. 3. **117** Voir Comment. OPart, p. 6, ad Art. 3; Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.9. **118** Voir Rapport OCDE, p. 5; Comment. MC-OCDE ad art. 15, §12.9. Compte tenu de cette terminologie il peut être trompeur de parler d'«acquisition irrévocable» pour le moment de la naissance du droit. Ainsi pourtant, le Message, p. 535; le Comment. OPart, p. 3. **119** D'un autre avis toutefois: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 74ss (import) et p. 76ss (export), qui considère que l'imposition proportionnelle est applicable aux membres d'un conseil d'administration. **120** Voir Comment. OPart, p. 10, ad art. 7 al. 2. **121** En effet, lorsqu'un salarié importe des options non négociables, qu'il exerce une fois installé en Suisse, on ne voit pas pour quelle raison – dans la mesure où les conditions d'application de l'art. 17 d LIFD sont remplies (cf. ci-dessus 3.4.1) – le législateur aurait voulu refuser l'imposition proportionnelle uniquement aux salariés étrangers non titulaires d'un permis d'établissement. En tout état de cause, la non-application de l'imposition proportionnelle selon l'art. 17 d LIFD pour les libre circulants soumis à l'impôt à la source conformément aux art. 83ss LIFD représenterait une violation du principe de non-discrimination de l'ALCP. Le cas devrait toutefois être rare en pratique, l'intéressé remplissant généralement les conditions pour accéder à l'imposition ordinaire conformément à l'art. 90 LIFD (revenu annuel fixé à CHF 120 000). **122** Les articles 13 et 14 de l'OPart vont dans ce sens. D'un autre avis toutefois: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 74ss. **123** S'il avait accès à l'imposition proportionnelle pour ce revenu conformément à l'art. 17 d LIFD, dans cet exemple, il pourrait réduire le gain de 350 dans sa quasi-totalité (le «temps passé» en Suisse pendant l'«intervalle» au sens de l'art. 17 d LIFD étant alors quasi-nul). L'application de l'imposition proportionnelle aboutirait ainsi à favoriser sans raison pertinente les contribuables qui exerceraient (vendraient) leur option non négociable en Suisse (en présence d'un assujettissement illimité) par rapport à ceux qui le feraient à l'étranger (absence d'assujettissement illimité, mais rattachement économique basé sur l'art. 5, al. 1, let. b et f LIFD). **124** Immer S./Streich M., p. 105; Kumschick M./Kaufmann M., p. 516. Voir aussi Risi P./Schmid R., Gesetzentwurf, p. 205. **125** Kumschick M./Kaufmann M., p. 516. **126** Il peut en effet être pleinement approprié d'utiliser les principes développés par l'OCDE en matière d'options, à d'autres types de participations, en particulier aux expectatives sur actions (RSA/RSU). Dans ce sens: Risi A./Niederbacher-Puchegger I., Mitarbeiteroptionen, p. 11; Du même avis: Immer S./Streich M., p. 106. Voir aussi Rapport OCDE, p. 3, ch. 2. **127** Message, p. 521. **128** Message, p. 521. **129** Voir pratique zurichoise, pour les actions: Circ. ZH, A.I.7.4; pour les options: Circ. ZH, B.I.6.2. **130** D'un autre avis toutefois: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen, p. 76ss. **131** Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas. On peut imaginer par exemple qu'un salarié avec un statut de frontalier au moment d'exercer l'option non négociable, ait été préalablement un résident Suisse au moment de l'attribution de l'option. Il y aurait alors une exportation. **132** Commentaire OPart ad art. 15, al. 1, p. 13s. **133** Commentaire OPart ad art. 7, al. 1, p. 9.

**Bibliographie:** ▶ Athanas P./Giglio G., Art. 6 DBG in: Zweifel M./Athanas P. (éds), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2008 (cité: Athanas P./Giglio G., ad Art. 6 DBG). ▶ Blumenstein E./Locher P., System des schweizerischen Steuerrechts, Zurich 2002

(cité: Blumenstein E./Locher P.). ▶ Eckert J.-B., Art. 17 LIFD in: Yersin D./Noël Y. (éds), Commentaire romand de la loi sur l'impôt fédéral direct, Bâle 2008 (cité: Eckert J.-B., ad Art. 17 LIFD). ▶ Gani R., La nouvelle Loi fédérale sur l'imposition des participations de collaborateurs, in: Jusletter 14 février 2011 (cité Gani R., participations de collaborateurs). ▶ Immer S./Streich M., Würdigung des neuen Zürcher Merkblattes über Mitarbeiterbeteiligungen, insbesondere aus internationaler Sicht, Revue Fiscale 65/2010, p. 98ss (cité: Immer S./Streich M.). ▶ Kumschick M./Kaufmann M., Neues Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – Beseitigt das neues Bundesgesetz die Rechtsicherheit bei der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen? in: L'expert-comptable suisse, ST 6–7/2011, p. 513ss (cité: Kumschick M./Kaufmann M.). ▶ Metz S., Aspekte von Bonuszahlungen im schweizerischen Steuerrecht, in: AJP 2010, p. 609ss (cité: Metz S., Bonuszahlungen). ▶ Oberson X., Droit fiscal suisse, Bâle 2007. ▶ Oberson X., Le traitement fiscal des plans d'intéressement, in: Cedidac 45, Les plans d'intéressement, Stock Option Plans, Journée d'étude en l'honneur du professeur Georges Muller, Bovet G. (éd.), Lausanne 2001 (cité: Oberson X., plans d'intéressement). ▶ Risi A., Mitarbeiteroptionen und -aktien: Bewertung, Rechnungslegung, Besteuerung, Zurich 1999 (cité: Risi A.). ▶ Risi A./Niederbacher-Puchegger I., Mitarbeiteroptionen und Verrechnungspreisaspekte von Optionsprogrammen, in: IFF Forum 2005, p. 4ss (cité: Risi A./Niederbacher-Puchegger I., Mitarbeiteroptionen). ▶ Risi A./Schmid R., Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – Gesetzentwurf im Parlament, in: IFF Forum 2005, p. 200ss (cité: Risi A./Schmid R., Gesetzentwurf). ▶ Rivier J.-M., Droit fiscal suisse, l'imposition du revenu et de la fortune, 1998 (cité: Rivier J.-M.). ▶ Vallucci Schmutz V., Der Import und Export von Mitarbeiteroptionen: eine Beurteilung der Steuerfolgen für Führungskräfte nach geltendem Recht und nach dem neuen Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, Bâle 2012 (cité: Vallucci Schmutz V., Import und Export von Mitarbeiteroptionen). ▶ Vater H., 1. Zur Neuregelung der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen: Besteuerung bei Vesting oder doch erst bei Ausübung? in: zsis 2004, Aufsätze Nr. 1 (cité: Vater H., Besteuerung bei Vesting oder doch erst bei Ausübung).

**Documents officiels, Circulaires:** ▶ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale – Conseil national, 7 mars 2006 (cité: BO 2006). ▶ Circulaire AFC n° 5 du 30 avril 1997, Imposition des actions et options de collaborateurs (cité: Circulaire 5/97). ▶ Lettre-circulaire AFC du 6 mai 2003, Imposition des options de collaborateurs avec une clause «vesting» (cité: Lettre-circulaire 2003). ▶ Message du 17 novembre 2004 concernant la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateurs, in: FF 2005 519 (cité: Message). ▶ Merkblatt des kantonalen Steueramtes über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen zum Zwecke der Zürcher Staats- und Gemeindesteuern und direkten Bundessteuer vom 21. Oktober 2009, Nr. 13/301, Zürcher Steuerbuch Teil I (cité: Circulaire ZH). ▶ OCDE, Comité des affaires fiscales, Rapport du 23 août 2004, «Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés: problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu» (cité: le Rapport). ▶ OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune: Version abrégée du 22 juillet 2010. ▶ Rapport du groupe de travail mixte du 21 décembre 2001, Imposition des participations de collaborateurs.