

OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR
DANS LE CADRE DE L'IMPOSITION
DES PLANS D'INTÉRESSEMENT DE COLLABORATEURS
DANS UNE PERSPECTIVE TRANSFRONTALIÈRE¹

Fabien V. RUTZ, avocat au barreau de Genève, spécialiste FSA droit du travail

A propos de l'auteur:



Fabien V. RUTZ est avocat au barreau de Genève, en Suisse, associé fondateur de l'étude PYXIS LAW (www.pyxislaw.ch). Son activité professionnelle se concentre sur la résolution de litiges et le contentieux international et national en matière commerciale, le droit du travail et le droit pénal économique.

¹ La présente contribution, dont le sujet a été imposé, a été rédigée dans le cadre du cours de spécialisation en droit du travail de la Fédération suisse des avocats et publiée dans l'ouvrage édité par le Prof. Rémy WYLER, *Panorama III en droit du travail*, éditions Stämpfli, Bern 2017.

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION	3
II.	PLANS D'INTERESSEMENT : DEFINITION, BUT ET TYPOLOGIE	4
A.	DÉFINITION ET BUT	4
B.	TYPOLOGIE DES PARTICIPATIONS	6
a)	<i>Participations de collaborateur proprement dites.....</i>	<i>6</i>
b)	<i>Participations de collaborateur improprement dites.....</i>	<i>8</i>
c)	<i>Restriction et qualification juridique.....</i>	<i>9</i>
III.	LE TRAITEMENT FISCAL DES PLAN D'INTERESSEMENTS.....	10
A.	LES PRINCIPES APPLICABLES	10
B.	L'APPLICATION DES PRINCIPES AUX PLANS D' ACTIONS	12
C.	L'APPLICATION DES PRINCIPES AUX PLANS D' OPTIONS	13
IV.	LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR.....	14
A.	L'IMPÔT À LA SOURCE	14
a)	<i>Définition.....</i>	<i>14</i>
b)	<i>Assujettissement</i>	<i>15</i>
c)	<i>Obligations de l'employeur dans des situations transnationales</i>	<i>17</i>
B.	L'IMPOSITION PROPORTIONNELLE	18
a)	<i>L'importation de participations.....</i>	<i>19</i>
b)	<i>L'exportation de participations</i>	<i>20</i>
C.	L'OBLIGATION DE DÉLIVRER DES ATTESTATIONS	22
a)	<i>Le régime légal et les obligations dans un contexte transnational</i>	<i>22</i>
b)	<i>Problèmes pratiques et esquisse de solutions.....</i>	<i>24</i>
i.	<i>L'importation de participations.....</i>	<i>24</i>
ii.	<i>L'exportation de participations</i>	<i>25</i>
iii.	<i>La cessation des rapports de travail avant l'exercice du droit à la participation</i>	<i>26</i>
iv.	<i>La vente des options avant leur exercice</i>	<i>26</i>
v.	<i>L'octroi de participations avant les rapports de travail</i>	<i>27</i>
V.	CONCLUSION	28

I. INTRODUCTION

Ces trente dernières années, la libéralisation des marchés, les mesures propres à instituer une concurrence efficace et l'adhésion aux principes européens de libre circulation des personnes et des services ont eu pour conséquence une dynamisation bienvenue de l'économie suisse.

Cette évolution s'est accompagnée, à la lecture des statistiques, d'une croissance importante des travailleurs étrangers employés par les sociétés Suisse, le seul nombre des ressortissants étrangers frontaliers employés en Suisse augmentant de 100'000 personnes entre les années 2002 et 2011².

En entrant dans le jeu de la concurrence internationale, les entreprises suisses se sont trouvées contraintes d'user de moyens innovants pour recruter, souvent à l'étranger, des collaborateurs et cadres dirigeants à la pointe de leurs besoins, les motiver, les fidéliser et les associer durablement à leurs objectifs.

L'octroi de plan d'intéressement, permettant de lier la rémunération à la performance de l'entreprise, est ainsi apparu comme un outil idéal pour remplir ces fonctions.

Un tel outil, appliqué dans des relations transnationales, génère toutefois une complexité importante, notamment en matière fiscale, que le législateur suisse a récemment souhaité réguler plus étroitement en édictant la Loi fédérale sur l'imposition des participations de collaborateur, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013³.

La présente contribution a pour but d'examiner les obligations de l'employeur dans le contexte fiscal appliqué aux plans d'intéressement octroyés aux collaborateurs dans un contexte transnational.

Nous commencerons ainsi par passer en revue les différents types de participations pouvant être contenus dans un plan d'intéressement (cf. II *infra*), avant de s'attacher à décrire les principes de taxation qui s'y appliquent (cf. III *infra*).

Nous aborderons ensuite les obligations fiscales de l'employeur en matière de plans d'intéressement, notamment dans le contexte de l'impôt à la source et de la taxation proportionnelle (cf. IV/A et IV/B *infra*). Nous exposerons ensuite le régime applicable en matière d'attestation imposées par le législateur à l'employeur qui octroie des participations dans un contexte transnational (cf. IV/C *infra*).

Nous terminerons sur un exposé de quelques problèmes pratiques posés à l'employeur par la législation fiscale en matière d'attestation et esquisserons les remèdes possibles (cf. IV/C/b *infra*).

² Cf. les chiffres disponibles sur le site de l'Office fédéral de la statistique à l'adresse suivante : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/01/new/nip_detail.html?gnpID=2016-500

³ Publié à la feuille fédérale (« FF ») 2010, p. 8231.

II. PLANS D'INTERESSEMENT : DEFINITION, BUT ET TYPOLOGIE

A. DÉFINITION ET BUT

Le Tribunal fédéral a défini la notion de plan d'intéressement comme étant « *les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions.* »⁴

La mise en place d'un plan d'intéressement peut viser plusieurs objectifs, soit notamment :

- Recruter de nouveaux talents et de les fidéliser à l'entreprise, assurer la motivation des cadres en leur donnant une position de propriétaire de l'entreprise⁵ ;
- Fidéliser les cadres d'une entreprise nouvellement constituée jusqu'au seuil de rentabilité (*break even*)⁶ ;
- Assurer la convergence des intérêts des employés, des actionnaires et du management⁷ ;
- Accroître le potentiel d'attractivité d'une société envers une main-d'œuvre hautement spécialisée⁸ ;
- Dynamiser la motivation des collaborateurs en les faisant profiter de la valeur ajoutée par le produit de leur travail à l'entreprise⁹ ;
- Fidéliser un haut cadre ou un dirigeant à la société qui l'emploie¹⁰.

En liant la performance des collaborateurs à celle de la société qui les emploie¹¹, le plan d'intéressement est ainsi un instrument de motivation des collaborateurs.

Il est également un instrument de financement¹² puisque la société nouvellement constituée pourra, en octroyant des actions ou des options à ses collaborateurs, limiter le besoin initial en liquidités (voire offrir

⁴ Arrêt du TF 4C.183/2005 du 21 septembre 2005, consid. 3

⁵ Rémy WYLER/Boris HEINZER, *Droit du travail*, Ed. Stämpfli, Berne 2014, p. 987 ainsi que Dominique PORTMANN, *Mitarbeiterbeteiligung : Mitarbeitaktien und Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Thèse, Berne 2005, pp. 48ss Nos 68-75 et Andreas VON PLANTA, *Les plans d'intéressement – Aspects du droit commercial*, in Grégoire BOVET (édit.), *Les plans d'intéressement – Stock option plans : Journée en l'honneur du Professeur Georges Muller*, CEDIDAC N°45, Lausanne 2001, p. 43.

⁶ Idem.

⁷ WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 987 citant l'arrêt du TF 9C_683/2007 du 26 mai 2007, l'ATF 133 V 346 ainsi que l'ATF 130 III 495 = JdT 2005 I 79.

⁸ Christof HELBLING, *Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz*, 2^{ème} édition, Zurich 2003, pp. 45-47 ; Hans-Joachim JAEGGER, *Economic Aspects of Granting Employee Stock Options*, in CEDIDAC N°45, Lausanne 2001, p. 13, Andreas RISI, *Besteuerung von Arbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe*, in: IFF Forum für Steuerrecht 2002, St-Gall, p. 214, ainsi qu'Andreas VON PLANTA, *op. cit.*, p. 43.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Florian ROCHAT, *Plans d'intéressement de collaborateurs : Conflits en droit du travail*, mémoire de master en droit des affaires, juin 2005, p. 6, cf. www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIRERochat_Florian.pdf.

¹² Andreas VON PLANTA, *op. cit.*, pp. 43 et 44 ainsi que WYLER/HEINZER, *op. cit.* p. 988.

des conditions de rémunération dépassant ses moyens) tout en conférant aux collaborateurs des attentes futures potentiellement élevées en cas de revente des actions ou d'exercice des options¹³.

Les plans d'intéressement s'avèrent ainsi particulièrement adaptés aux jeunes entreprises innovantes à fort potentiel de croissance (« start-up ») des secteurs des nouvelles technologies ou biotechnologies, en ce qu'il permet d'attirer de jeunes talents auxquels l'entreprise n'est en mesure d'offrir qu'une rémunération initiale en espèces plutôt modeste¹⁴.

Il n'y a pas de modèle prédéfini de plan d'intéressement, et chaque entreprise est libre de le façonner au gré de ses besoins, de ses objectifs et de sa politique. Le Tribunal fédéral a toutefois rappelé que « [ses] modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d'aucune manière. Elles comportent aussi une condition suspensive ayant pour objet qu'à l'expiration du délai, le bénéficiaire soit encore au service de l'entreprise ou du groupe auquel celle-ci appartient. Si cette condition s'accomplit, le bénéficiaire reçoit alors les titres concernés, ou leur contre-valeur; dans le cas contraire, il est déchu de toute prétention. »¹⁵

Les actions et plans d'intéressement visent ainsi généralement l'octroi d'actions ou d'options sur action.

Les options peuvent être d'achat ou de vente.

L'option d'achat (ou *call*) est un contrat par lequel deux parties s'accordent pour échanger un actif (appelé sous-jacent) à un prix fixé (appelé prix d'exercice ou *strike*) à une date prédéterminée (dite date de maturité¹⁶) ; l'acquéreur du *call* a le droit (et non l'obligation) d'acheter l'actif sous-jacent au prix d'exercice dans les délais spécifiés tandis que l'autre partie, le vendeur du *call*, a l'obligation de vendre cet actif au prix d'exercice si l'acheteur décide d'exercer l'option¹⁷.

L'option de vente (ou *put*) correspond au mécanisme inverse, l'acquéreur de l'option ayant le droit (et non l'obligation) de vendre le sous-jacent aux conditions stipulées.

Les plans d'intéressement portant sur des options sur actions sont généralement mis en place par des sociétés cotées en bourse en faveur des cadres supérieurs et de la direction générale¹⁸. Le prix de l'option se situe généralement à 100% de la valeur de marché de l'action au moment de l'octroi de l'option¹⁹. Dans les plans mis en place par les « start-up », ce montant est généralement inférieur à la valeur vénale ou la valeur estimée de l'action au moment de l'octroi du droit d'option²⁰.

¹³ Florian ROCHAT, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴ WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 988.

¹⁵ Arrêt du TF 4C.183/2005 du 21 septembre 2005, consid. 3

¹⁶ On parle d'option « européenne » si le souscripteur peut exercer son droit uniquement à la date de maturité et d'option « américaine » si elle peut être exercée à tout moment avant la date de maturité.

¹⁷ Cf. <https://fr.wikipedia.org/wiki/Call> et <https://fr.wikipedia.org/wiki/Put>.

¹⁸ Andreas VON PLANTA, *op. cit.*, p. 45.

¹⁹ Andreas VON PLANTA, *op. cit.*, p. 48.

²⁰ WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 989.

B. TYPOLOGIE DES PARTICIPATIONS

Différents types de droits de participations peuvent être contenus dans un plan d'intéressement et il est possible d'en dresser une typologie non-exhaustive²¹.

a) Participations de collaborateur proprement dites

Ce genre de participations fait participer les collaborateurs aux fonds propres de l'employeur. La participation peut ainsi s'effectuer directement par la remise de titres de participation (actions) ou indirectement par la remise d'options ou d'expectatives pour l'acquisition de titres de participation.

1. Actions de collaborateurs (*share plan*)²²

Cette catégorie vise la remise directe d'actions de l'employeur ou de sociétés qui lui sont proches, par exemple du même groupe. Elles sont en général transmises par l'entreprise elle-même ou par une personne morale tierce (fondation, société *off-shore*, trust) à des conditions préférentielles et sur la base des rapports de travail. D'autres titres de participation sont envisageables, comme des bons de participation ou des parts de sociétés coopératives.

1.1. Actions de collaborateurs librement négociables

Cette catégorie vise la remise par l'employeur de titres à son collaborateur dont il peut disposer sans restriction.

1.2. Actions de collaborateurs bloquées

L'employeur peut également remettre à son employé des actions de collaborateurs assorties d'une interdiction (contractuelle) d'en disposer ou de les céder²³, en règle générale limitée dans le temps (délai de blocage), au cours de laquelle le collaborateur ne peut aliéner les actions, les mettre en gage ou les grever d'une autre manière. Le délai de blocage est en principe fixé par règlement ou dans le contrat conclu entre l'employé et le collaborateur. Les fenêtres temporelles parfois stipulées et pendant lesquelles le collaborateur ne peut pas aliéner les actions pour des raisons internes à l'entreprises ou relevant du droit boursier ne sont pas considérées comme un délai de blocage²⁴.

²¹ La typologie ci-dessous est calquée sur le modèle actuel de la Circulaire N°37 de l'Administration fédérale des contributions AFC du 22 juillet 2013 sur le site de l'AFC à <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/direkte-bundessteuer/dokumentation/kreisschreiben.html>, cité ci-après « Circulaire AFC N°37 ».

²² On parle de *share plan* lorsque la remise d'action n'est pas unique mais régulière et règlementée, cf. Florian ROCHAT, op. cit. p. 6.

²³ Clauses dites de « *lock-up* » ou de « *blocking period* », cf. Jean-Luc-CHENAU/Lise DUMMERUTH, *Les plans d'intéressement*, CEDIDAC N°91, Lausanne 2014, p. 6 N° 14.

²⁴ Circulaire AFC N°37, p. 5.

2. Options de collaborateurs (*stock option plan*)

En lien avec ce qui a été vu ci-dessus, l'option de collaborateur peut être définie comme un droit consenti à un collaborateur sur la base des rapports de travail anciens, actuels ou futurs, d'acquérir en général à des conditions préférentielles, au cours d'une période définie (droit d'exercice) et à un prix arrêté (prix d'exercice) des titres de participation de l'employeur lui permettant de participer au capital social de la société. L'option peut viser des droits de participation dans l'entreprise elle-même ou dans une autre entreprise proche de celle-ci, par exemple une société du groupe.

2.1. Options de collaborateurs librement négociables

Cette catégorie correspond aux options de collaborateurs qui peuvent être exercées ou vendues sans restriction après la remise des options.

2.2. Options de collaborateurs cotées en bourse

Une option de collaborateur est réputée cotée en bourse lorsqu'elle est admise à la cote d'une bourse et qu'elle se fonde sur un titre liquide, c'est-à-dire susceptible de faire l'objet d'un achat ou d'une vente par des contreparties sur un marché ne se limitant pas aux collaborateurs.

2.3. Options de collaborateurs bloquées

Tombent dans cette catégorie les options de collaborateurs qui ne peuvent pas être aliénées ou exercées pendant un certain temps (délai de blocage) après la remise des options.

3. Expectatives sur des actions de collaborateurs

Cette catégorie correspond aux participations de collaborateur qui leurs laissent entrevoir la possibilité d'acquérir ultérieurement, gratuitement ou à des conditions préférentielles, un nombre défini d'actions. Le transfert des actions est généralement soumis à des conditions particulières, comme par exemple le maintien d'un rapport de travail.

Les «unités d'action assujetties à des restrictions» (*Restricted Stock Units*, abrégé RSU) sont des exemples typiques de ce genre d'expectatives. Dans ce type de participation, l'employé se voit accorder une expectative soumise au respect de conditions personnelles et temporelles (*vesting plan*) et sujettes à un planning de distribution lui-même calqué sur les performances réalisées ou sur la longévité des rapports de travail. Les RSU sont valorisés à une juste valeur marchande (*fair market value*) au moment de la concrétisation de l'expectative (*vesting*²⁵)²⁶. Les attributions d'actions assujetties à des restrictions (*Restricted Stock Awards* abrégé RSA) sont soumises à un mécanisme identique mais donnent immédiatement ou progressivement accès à tout ou partie des droits sociaux²⁷.

²⁵ Les notions de *vesting* et de *vesting period* font l'objet d'une définition spécifique, mais similaire, aux art. 2 et 3 de l'Ordonnance sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur « OPart » – RS 642.115.325.1

²⁶ Cf. <http://www.investopedia.com/terms/r/restricted-stock-unit.asp>

²⁷ Cf. <http://trferguson.com/know-the-difference-between-a-restricted-stock-award-rsa-and-a-restricted-stock-unit-rsu/> ; voir également Commentaire AFC de l'OPart, p. 8 qui en donne toutefois une définition tronquée.

b) Participations de collaborateur improprement dites

Tombent dans cette catégorie, « *les systèmes incitatifs liés aux fonds propres ou au cours des actions, qui, en fin de compte, ne constituent pas une participation du collaborateur aux fonds propres de l'employeur, mais font en général uniquement entrevoir une prestation en argent déterminée sur la base de l'évolution de la valeur du sous-jacent* »²⁸.

Ces instruments ne confèrent donc normalement aucun autre droit (droit de vote ou le droit de toucher des dividendes) et les participations de collaborateur improprement dites sont considérées sur le plan fiscal, jusqu'au moment de leur réalisation, comme de simples droits d'expectative.

Les formes les plus courantes de participations de collaborateur improprement dites sont les actions fantômes (ou synthétiques) et les droits à la plus-value des actions (*Stock Appreciation Rights*, SAR; options synthétiques), ainsi que des formes de co-investissements.

1. Actions fantômes (*Phantom Stocks*) ou actions synthétiques²⁹

L'action fantôme est un « *titre de participation fictif qui reflète la valeur d'une action particulière et assimile son propriétaire sur le plan pécuniaire à un actionnaire* »³⁰.

Le détenteur reçoit généralement des paiements dont les montants correspondent aux versements des dividendes respectifs. L'action fantôme ne constitue toutefois pas une part du capital propre de l'employeur et le détenteur ne peut prétendre à aucun des droits sociaux classiquement attachés aux participations.

2. Droits à la plus-value des actions (*Stock Appreciation Rights*) ou options synthétiques³¹

Les collaborateurs détenteurs de ce genre de participations improprement dites peuvent prétendre au versement ultérieur au comptant de l'augmentation de la valeur d'un sous-jacent particulier de la part de l'employeur.

A la différence des actions fantômes, aucun paiement équivalant au versement du dividende respectif n'est en général effectué. Il n'y a pas de livraison physique des actions et donc pas de participation aux fonds propres de l'employeur.

²⁸ Circulaire AFC N°37, p. 6.

²⁹ Une position synthétique (ou « artificielle ») est une combinaison d'au moins deux positions (actions + options ou options + options) qui réplique les pertes et profits d'une autre position sur actions ou options (cf. https://en.wikipedia.org/wiki/Synthetic_position). L'action « synthétique » est composée de l'achat d'un *call* et de la vente d'un *put* de même échéance et de même nature. L'objectif est donc de reproduire la performance d'une action, sans toutefois la détenir. Les caractéristiques de l'action sont reconstituées synthétiquement. (cf. <http://www.edubourse.com/lexique/action-synthetique.php> ainsi que <http://moneyterms.co.uk/synthetic-security>).

³⁰ Circulaire AFC N°37, p. 6.

³¹ L'option synthétique est un produit qui combine à la fois une option et une opération sur actions. Par exemple, on peut acheter une action à terme et en même temps acquérir une option call (droit de vente à terme) sur cette même action.

3. Co-investissements (co-investments)

Les co-investissements de collaborateur se rencontrent en particulier dans le cadre du capital-investissement (*private equity*)³². Ils attribuent souvent aux collaborateurs des instruments qui ne les indemnisent qu'en cas de vente ou d'entrée en bourse de l'employeur.

Ces co-investissements sont considérés comme des participations de collaborateur improprement dites, en particulier lorsque le titre de participation n'octroie au collaborateur aucun droit général de propriété relatif à l'employeur (droit de vote et à des dividendes illimités, droit à une part des bénéfices et du produit de la liquidation).

c) Restriction et qualification juridique

L'octroi de participations dans le cadre de plans d'intéressement est fréquemment accompagné de restrictions permettant de servir le but de sa mise en place, soit notamment³³ :

- La définition d'une période durant laquelle le collaborateur ne dispose que d'expectatives précaires, qu'il peut perdre, un véritable droit à l'octroi de participation, sous forme d'action ou d'option, n'étant donné qu'à l'issue de la période ;
- L'obligation de déposer les titres visés en mains de tiers³⁴ ;
- La stipulation d'un droit de rachat en faveur de l'employeur ;
- La définition d'une durée pendant laquelle le droit d'exercer l'option est bloquée, le blocage pouvant être levé lors de la survenance de conditions prédéfinies, telles que la limite d'âge, l'invalidité, le décès ;
- La détention des titres par une structure externe assortie de la privation des droits aux dividendes et du droit de vote ;
- La perte du droit à l'acquisition si les rapports de travail prennent fin avant l'exercice du droit d'option ;
- La perte des titres ou du droit d'option si la fin des rapports de travail intervient avant une échéance donnée du fait de l'employé (clause dite de « *bad leaver* »).

A ce titre, il convient de rappeler que l'octroi de participations est, le plus souvent³⁵, une forme de rémunération de l'employeur et doit ainsi à ce titre être alternativement qualifiée de salaire ou de gratification en fonction des circonstances du cas d'espèce.

En fonction de cette qualification, l'employé aura alors la possibilité de se prévaloir des règles protectrices du droit du travail qui peuvent entrer en conflit et faire obstacle aux diverses limitations et conditions prévues dans le plan d'intéressement.

³² Pour une définition complète, <https://fr.wikipedia.org/wiki/Capital-investissement>

³³ WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 993.

³⁴ Pour un exemple, cf. l'état de fait de l'Arrêt du TF 2C.168/2012 et 2C.169/2012 du 1^{er} mars 2013.

³⁵ Tel ne sera pas le cas lorsque le travailleur acquiert de manière prépondérante les participations comme le ferait un investisseur, de manière indépendante des rapports de travail en acceptant librement les risques et les avantages liés – cf. ATF 130 III 495 = JdT 2005 I 79.

Cet aspect n'est toutefois pas l'objet de la présente contribution, si bien que l'on se contentera de le rappeler pour mémoire en renvoyant aux auteurs ayant traité le sujet³⁶.

Il convient également de garder à l'esprit que les droits de participations peuvent être rattachés à un rapport de travail futur, actuel ou ancien³⁷.

III. LE TRAITEMENT FISCAL DES PLAN D'INTERESSEMENTS

Le traitement fiscal suisse des plans d'intéressement est régi, depuis le 1^{er} janvier 2013, par un groupe de dispositions légales introduites dans la législation fiscale par une loi fédérale *ad-hoc*, la Loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur³⁸. Le législateur était en effet parvenu au constat que la distribution d'options de collaborateurs en guise de salaire avait fortement augmenté au cours des années et qu'une base légale formelle suffisamment précise pour saisir les cas de figure les plus complexe faisait défaut³⁹.

A. LES PRINCIPES APPLICABLES

Le siège de la matière figure ainsi aujourd'hui aux art. 5, al. 1 let. b, 17al. 1, 17a à 17d, 84 al.2, 93 al. 1 et 2, 97a, 98 et 100 al. 1 let. d de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct⁴⁰ (« LIFD ») ainsi qu'aux art. 4 al. 2 let. b, 7c à 7f, 14a, 32 al. 3, 35 al. 1 let. c, d et i, 37 al. 1 let. d et 45 al. 1 let. e de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes⁴¹ (« LHID »).

L'application des principes légaux a été explicitée par l'Administration fédérale des contributions (« AFC ») dans une circulaire du 22 juillet 2013 intitulée « *Circulaire N°37 – Imposition des participations de collaborateur* »⁴²

Comme déjà mentionné plus haut, la distinction classique faite en droit du travail entre salaire et gratification est neutre du point de vue fiscal. En effet, tant le salaire que la gratification participent à l'accroissement de la capacité contributive de l'employé qui réalise ainsi, dans les deux cas, un avantage appréciable en argent sujet à taxation.

³⁶ Notamment WYLER/HEINZER, *op. cit.*, pp. 991 à 997; Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON, *Commentaire du contrat de travail*, Ed. Stämpfli, Berne 2013, p. 143 N° 27 ad art. 322 CO et p. 791 N°10 ad art. 337c CO; Pierre GABUS/Sandrine ROHMER, *Bonus et hauts salaires : Liberté contractuelle ou protection du travailleur ?*, in SJ 2014 I p. 219, 225.

³⁷ Cf. Circulaire AFC N° 37, p. 5.

³⁸ FF 2010, p. 8231.

³⁹ Cf. Message sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur, in FF 2005, p. 519, p.520.

⁴⁰ RS 642.11

⁴¹ RS 642.14

⁴² Disponible en ligne a : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/direkte-bundessteuer/dokumentation/kreisschreiben.html>
- Le juriste devra toutefois garder à l'esprit que cette circulaire ne contient qu'un point de vue à destination des autorités d'application, et que, dès lors, les tribunaux restent maîtres de leur interprétation des principes et concepts légaux.

Le reflet de ce principe en matière de plans d'intéressement se trouve aux art. 17 al. 1 LIFD et 7d al. 1 LHID qui prévoient que sont imposables « *les avantages appréciables en argent dérivant des participations de collaborateur* ».

La législation fiscale fédérale reprend également, aux art. 17a LIFD et 7c LHID, la typologie exposée ci-dessus des différentes participations qui peuvent être contenues dans un plan d'intéressement.

Au regard des différents types de participations, la législation répond ainsi aux questions de savoir (i) à quel moment la taxation doit avoir lieu et (ii) comment déterminer la valeur des participations sujettes à taxation.

La législation fiscale fédérale distingue les participations proprement dites des participations improprement dites.

S'agissant des participations proprement dites, l'art. 17b LIFD et l'art. 7d LHID prévoient que les avantages appréciables en argent en dérivant, excepté les options non négociables ou non cotées en bourse, sont imposables à titre de revenu d'une activité lucrative salariée au moment de leur acquisition.

Ces articles précisent que la prestation imposable correspond à la valeur vénale de la participation diminuée, le cas échéant, de son prix d'acquisition.

Les participations consistant en des actions bloquées sont soumises au même régime, mais l'alinéa second des art. 17b LIFD et l'art. 7d LHID prévoient qu'il est tenu compte des délais de blocage par un escompte de 6 % sur la valeur vénale des actions par année de blocage, l'escompte étant limité à dix ans. La taxation intervient donc au moment où le plan d'intéressement est accordé à l'employé en dépit du fait qu'il ne bénéficie pas encore de la libre disposition des actions.

En introduisant cette spécificité, le législateur a tenu compte du fait que, selon le Tribunal fédéral, le blocage de l'action d'un collaborateur entraînait une diminution de la valeur vénale dont il fallait tenir compte au moyen d'un escompte⁴³.

S'agissant des avantages appréciables en argent dérivant d'options de collaborateur non négociables ou non cotées en bourse, l'art. 17b al. 3 LIFD et 7d al. 3 LHID prévoient qu'ils sont imposés au moment de l'exercice des options, la prestation imposable étant égale à la valeur vénale de l'action moins le prix d'exercice.

En ce qui concerne les participations de collaborateur improprement dites, les art. 17 c LIFD et 7e LHID prévoient que les avantages appréciables en argent en dérivant sont imposables au moment de l'encaissement de l'indemnité.

⁴³ Message sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur, in FF 2005, p. 519, p.531.

B. L'APPLICATION DES PRINCIPES AUX PLANS D' ACTIONS

Si les actions de collaborateur sont octroyées gratuitement ou à des conditions préférentielles, la différence positive entre la valeur vénale et le prix d'attribution aux collaborateurs constitue un avantage appréciable en argent et ainsi un revenu d'une activité lucrative salariée (cf. art. 17, al. 1 LIFD / 7 LHID).

Les actions de collaborateur doivent être imposées lors de l'attribution, moment qui coïncide avec l'acquisition du droit par le collaborateur. Les avantages dérivant d'actions sont ainsi 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'art. 17b al. 2 LIFD et 7d al. 2 LHID prévoient sa prise en compte par un abattement de 6% de sa valeur vénale.

Il convient toutefois de vérifier, si au moment d'accepter l'offre de l'employeur, le salarié a acquis une action ou seulement une expectative sur action. Dans ce dernier cas (par exemple les RSU), le salarié ne sera alors imposable qu'ultérieurement, lorsque les actions lui sont effectivement remises⁴⁴.

En ce qui concerne les actions cotées en bourse, l'acquisition intervient au moment où le collaborateur accepte l'offre de l'employeur d'acquérir les titres. La valeur vénale correspond en principe au cours boursier à la clôture le jour de l'acquisition du droit⁴⁵. A noter que le plan de participation peut prévoir, pour des raisons administratives, un délai d'acquisition déterminé au cours duquel le collaborateur doit confirmer l'acceptation de l'offre. Dans un tel cas, le cours déterminant est en principe le cours de clôture du jour de l'acceptation de l'offre pour des délais de souscription supérieurs à 60 jours et le cours de clôture du premier jour du délai de souscription pour des délais de souscription inférieur ou égaux à 60 jours⁴⁶.

En ce qui concerne les actions non-cotées en bourse, la valeur de marché fait défaut et la valeur déterminante devra ainsi être calculée sur la base d'une formule « *appropriée et reconnue par l'employeur concerné* »⁴⁷ (qui devra donc la définir), sauf si une valeur de marché est exceptionnellement disponible cette dernière étant alors déterminante.

Il convient encore de réserver deux cas particuliers, soit le débloqué anticipé et la restitution des actions de collaborateur.

Le premier vise l'hypothèse où des actions de collaborateurs sont débloquées avant l'échéance du délai de blocage. Dans un tel cas, un avantage appréciable en argent en découle et le revenu imposable correspond à la différence entre la valeur vénale non-réduite et de l'action au moment du débloqué et la valeur réduite correspondant aux années restantes pour le délai de blocage, les années entamées de délai de blocage étant prises en compte au *pro rata temporis*⁴⁸.

⁴⁴ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *La nouvelle loi sur les plans de participation*, in L'expert-comptable suisse, 2012, p. 724, 729 ainsi que Circulaire AFC N°37, p. 12 ch. 5. La distinction avec une action soumise à un délai de blocage pendant une période de *vesting* peut parfois être délicate en particulier lorsque des notions de droit étranger interviennent dans le mécanisme, cf. Arrêt du TF 2C.168/2012 et 2C.169/2012 du 1^{er} mars 2013 (rendu sous l'ancien droit).

⁴⁵ Cf. Circulaire AFC N° 37, p. 8, N°3.2.1.

⁴⁶ Cf. Circulaire AFC N° 37, p. 8, N°3.2.1.

⁴⁷ Cf. Circulaire AFC N° 37, p. 8, N°3.2.2.

⁴⁸ Pour un exemple, cf. Circulaire AFC N°37, p. 9, ch. 3.4.1.

Le deuxième cas vise l'hypothèse où, en vertu d'une obligation réglementaire ou contractuelle, un employé, lors de la fin des rapports de travail, doit restituer les actions reçues à son employeur. Il peut en résulter une perte découlant des rapports de travail ou un revenu imposable⁴⁹. Le revenu imposable au moment de la restitution se calcule sur la base de la différence entre la valeur vénale (escomptée conformément au délai de blocage restant), respectivement la valeur calculée sur la base de la formule de l'action de collaborateur restituée et le prix de restitution le plus élevé.

Ces deux cas particuliers sont prévus par les art. 11 et 12 de l'Ordonnance sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur (« OPart »)⁵⁰.

C. L'APPLICATION DES PRINCIPES AUX PLANS D'OPTIONS

Les options de collaborateurs librement négociables et cotées en bourse sont imposées au moment de leur acquisition par l'employé. L'imposition des options au moment de leur acquisition nécessite ainsi que ces deux conditions cumulatives soient remplies, ce qui n'est pas le cas de la très grande majorité des plans de participation qui portent sur des options non-librement négociables ou non cotées en bourse⁵¹. Ces deux conditions doivent exister au moment de l'entrée dans le plan ; ainsi des options qui ne seraient pas librement disponibles immédiatement (à l'entrée dans le plan) seraient alors imposables à l'exercice en application de l'art. 17b al. 3 LIFD / 7d al. 3 LHID⁵².

L'assiette imposable correspond à la valeur vénale de l'option diminuée de son prix d'acquisition (art. 17b al. 1 LIFD et 7d a. 1 LHID). L'option imposable à l'acquisition étant par définition dépourvue de délai de blocage, aucun escompte n'est possible⁵³, contrairement à ce qui prévaut à l'art. 17b al. 2 LIFD / 7d al. 2 LHID.

Les avantages appréciables en argent dérivant d'options non-négociables ou non-cotées en bourse est imposable au moment de l'exercice des options (art. 17b al. 1 LIFD / 7d al. 1 LHID). Cette règle vise donc les options qui ne seraient pas immédiatement libres (cotées ou non), et, d'autre part, les options qui seraient immédiatement disponibles (sans période de blocage ou *vesting*), mais non cotées⁵⁴.

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. 17b al. 3 LIFD / 7d al. 3 LHID).

La doctrine souligne que si la loi a prévu l'imposition « à l'exercice », elle semble avoir omis de traiter expressément le cas de la vente des options non-négociables ou non-cotées en bourse. Elle propose d'assimiler la vente à l'exercice et d'adapter le calcul de l'assiette (ou valeur vénale) pour le faire correspondre à différence entre le prix de vente de l'option et son prix d'acquisition payé par l'employé⁵⁵. L'AFC a le même point de vue⁵⁶.

⁴⁹ Pour un exemple, cf. Circulaire AFC N°37, pp. 9 et 10, ch. 3.4.2.

⁵⁰ RS 642.115.325.1

⁵¹ Cf. Message sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur, in FF 2005, p. 519, p.539 *ad* art. 17b ainsi que Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 729.

⁵² Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 729.

⁵³ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 729.

⁵⁴ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 730.

⁵⁵ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 730.

⁵⁶ Cf. Circulaire AFC N°37, p. 7, N°2.5.

IV. LES OBLIGATIONS DE L'EMPLOYEUR

En présence de situation comportant une composante transnationale, soit que l'employé réside à l'étranger, qu'il quitte l'étranger pour la Suisse ou qu'il quitte le territoire de cette dernière au cours d'une période donnée, la législation fiscale impose un certain nombre d'obligations à l'employeur en lien avec les plans d'intéressement.

Ces obligations sont principalement liées à l'imposition à la source (cf. IV/A *infra*), et à l'imposition proportionnelle (cf. IV/B *infra*), ainsi qu'à l'obligation de délivrer des attestations (cf. IV/C *infra*).

A. L'IMPÔT À LA SOURCE

a) Définition

L'impôt à la source est une procédure spéciale de perception de l'impôt sur le revenu. Le siège de la matière figure, en ce qui concerne l'impôt fédéral direct, aux art. 83ss LIFD, complétés par l'Ordonnance du Département fédéral des finances du 19 octobre 1993 sur l'imposition à la source de l'impôt fédéral direct⁵⁷, et en ce qui concerne les principes de rang fédéral applicables aux régimes fiscaux cantonaux, aux art. 32ss LHID.

L'impôt à la source, comme son nom l'indique, est perçu dans le chef du débiteur de la prestation imposable, qui se trouve le plus souvent être l'employeur ; le débiteur de la prestation imposable n'est pas le contribuable de l'impôt, mais ne fait que représenter ce dernier par substitution fiscale⁵⁸.

Le débiteur de l'impôt à la source est notamment tenu de retenir l'impôt dû, de remettre au contribuable un relevé ou une attestation et de verser périodiquement les impôts à l'autorité fiscale compétente (art. 88 al. 1 et 37 al. 1 LHID).

L'imposition à la source a essentiellement un but de « garantie et de sûreté », afin d'éviter que le contribuable ressortissant étranger ou suisse, domicilié dans un autre Etat, ne s'acquitte pas des impôts qu'il doit sur son salaire imposable en Suisse⁵⁹.

⁵⁷ RS 642.118.2

⁵⁸ Xavier OBERSON, *Droit fiscal suisse*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2012, p. 290 N°3.

⁵⁹ Tamara ULDRY PACOT, *Le traitement fiscal du travailleur frontalier à la lumière de la Convention fiscale franco-suisse*, in *Revue de droit fiscal (RDAF) 2010 II* p. 237, 261.

b) Assujettissement

Sont assujettis à l'impôt à la source sur le revenu de leur activité lucrative dépendante les travailleurs étrangers qui, sans être au bénéfice d'une autorisation d'établissement, sont domiciliés ou en séjour en Suisse, respectivement dans le canton (83 al. 1 LIFD / 32 al. 1 LHID).

Les contribuables domiciliés à l'étrangers, c'est-à-dire qui ne sont ni domiciliés ni en séjour en Suisse au sens du droit fiscal, sont soumis à l'impôt à la source pour certains types de revenus définis dans la loi.

On citera notamment les personnes suivantes :

- Les travailleurs exerçant une activité lucrative dépendante en Suisse sur le revenu de leur activité (91 LIFD⁶⁰ / 35 al. 1 let. a LHID)
- Les artistes, sportifs, conférenciers, sur leurs revenus et les indemnités découlant de leur activité personnelle en Suisse (92 LIFD / 35 al. 1 let. b LHID) ;
- Les administrateurs ou membres de la direction de personnes morales ayant leur siège ou leur administration effective en Suisse (respectivement les de personnes morales étrangères ayant un établissement stable en Suisse), notamment sur les participations de collaborateur qu'ils perçoivent (93 LIFD / 35 al. 1 let. c et d LHID) ;
- Les personnes domiciliées à l'étranger au moment où elles reçoivent des avantages appréciables en argent provenant de participation de collaborateur (97a LIFD / 35 al. 1 let. i LHID)⁶¹.

L'AFC a établi un tableau synoptique⁶² permettant de récapituler les différentes hypothèses de taxation à la source et qui sera reproduit ci-après.

Ce tableau ne concerne toutefois que les actions de collaborateurs et les options de collaborateur librement négociables et cotées en bourse.

Les options de collaborateur non-négociables ou non cotées en bourse sont en effet soumises à la procédure de taxation proportionnelle qui sera exposée ci-dessous (cf. IV/B *infra*).

⁶⁰ L'art. 91 LIFD précisant « pendant de courtes périodes ou comme frontaliers ».

⁶¹ Ce cas de figure entraîne une imposition « proportionnelle » dont il sera question sous IV/B *infra*.

⁶² Circulaire AFC N°37, p. 14.

Type d'activité lucrative au moment de l'imposition	Domicile fiscal au moment de l'imposition	
	Suisse	Etranger
Employé exclusivement	Cas relevant de l'art. 83 LIFD: Les revenus provenant d'actions de collaborateur sont imposés à la source avec les autres revenus de l'activité lucrative salariée.	Cas relevant des art. 91 ou 97 LIFD: Les revenus provenant d'actions de collaborateur sont imposés à la source avec les autres revenus de l'activité lucrative salariée. Demeure réservée l'imposition proportionnelle des participations de collaborateur remises à titre de bonus (application par analogie de l'art. 17d LIFD).
Membre du conseil d'administration exclusivement (CA)	Cas relevant de l'art. 83 LIFD: Les revenus provenant d'actions de collaborateur sont imposés à la source avec les autres revenus de l'activité lucrative salariée.	Cas relevant de l'art. 93 LIFD: Les membres d'un conseil d'administration qui reçoivent des actions de collaborateur sont imposés à la source pour cette prestation.
À la fois employé et membre du CA	Cas relevant de l'art. 83 LIFD: Les revenus provenant d'actions de collaborateur sont imposés à la source avec les autres revenus de l'activité lucrative salariée.	Cas relevant des art. 91 ou 97 et 93 LIFD: Dans ces cas, il convient de déterminer au préalable pour quel genre d'activité lucrative (employé ou CA) les actions de collaborateur ont été remises. L'imposition dépendra alors du genre d'activité lucrative. Demeure réservée l'imposition proportionnelle des participations de collaborateur remises à titre de bonus (application par analogie de l'art. 17d LIFD).

Il sied de relever que s'agissant des contribuables qui ne sont pas domiciliés en Suisse, il faut réserver les règles prévues par les Conventions de double imposition (« CDI »)⁶³, ainsi que les divers accords spécifiques conclus en la matière. Ces règles découlent du droit fiscal international et peuvent modifier le champ d'application du régime de l'impôt à la source⁶⁴.

Le fédéralisme induisant une autonomie des cantons en matière de législation fiscale, plusieurs cantons limitrophes ont conclu des accords avec les pays voisins pour régler la taxation de certains contribuables comme les « frontaliers » ou les « semainiers ». Même si la question sort du cadre de la présente contribution en raison de sa complexité, on mentionnera, s'agissant de la Romandie, que la France a conclu des accords fiscaux avec huit cantons limitrophes⁶⁵ qui prévoient l'imposition des revenus des frontaliers à leur lieu de résidence, soit la France. Le canton de Genève n'a pas adhéré à cet accord et l'imposition des frontaliers comme des semainiers est le fait du canton de Genève qui applique la procédure de l'imposition à la source⁶⁶.

Du point de vue de l'employeur, il y aura donc lieu de (faire) vérifier soigneusement le contenu des CDI et des accords cantonaux éventuellement conclus afin de déterminer à quel pays échoit la compétence d'imposer le contribuable.

⁶³ Pour la liste des CDI, cf. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/0.67.html>.

⁶⁴ Xavier OBERSON, *op. cit.*, p. 290 N°5.

⁶⁵ Berne, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura.

⁶⁶ Sur ces aspects, cf. Xavier OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, Ed. Stämpfli, Berne 2014, p. 197, Nos 617ss ainsi que Tamara ULDRY PACOT, *op. cit.* pp. 253ss.

c) Obligations de l'employeur dans des situations transnationales

Les art. 88 et 100 LIFD ainsi que 37 LHID prévoient que l'employeur a les obligations suivantes dans le cadre de l'imposition à la source :

- Retenir l'impôt dû à l'échéance des prestations en espèces et de prélever auprès du travailleur l'impôt dû sur les autres prestations (notamment les prestations en nature et en pourboires);
- Remettre au contribuable un relevé ou une attestation indiquant le montant de l'impôt retenu;
- Verser périodiquement les impôts à l'autorité fiscale compétente, établir à son intention les relevés y relatifs et lui permettre de consulter tous les documents utiles au contrôle de la perception de l'impôt.

Rapporté aux plans d'intéressement, cela signifie que l'employeur a la charge de déterminer le traitement fiscal applicable aux plans d'intéressement qu'il offre à ses employés selon les critères qui ont été exposés *supra* sous III.

Il lui incombe également d'informer le contribuable au moyen d'un relevé ou d'une attestation du montant qu'il doit retenir.

Il doit encore retenir effectivement le montant de l'impôt correspondant, le verser à l'autorité fiscale compétente et tenir à disposition de cette dernière tous documents pertinents à la détermination du montant imposable tiré de la participation accordée.

A noter que les art. 175 al. 1 LIFD 56 al. 1 LHID prévoient que l'employeur qui, tenu de percevoir un impôt à la source ne l'aura pas retenu ou n'aura pas retenu un montant suffisant, intentionnellement ou par négligence, sera puni d'une amende proportionnée à sa faute, allant du tiers au triple de l'impôt soustrait, l'amende étant en règle générale égale au montant simple de l'impôt soustrait.

Le régime de l'imposition à la source transforme ainsi l'employeur en « comptable » de son employé, s'agissant notamment de la taxation des plans d'intéressement, tout en assortissant tout manquement à cet égard de conséquences pouvant être financièrement lourdes en cas d'ouverture d'une procédure de soustraction fiscale, infraction dont on ne saurait trop rappeler qu'elle est également punissable par simple négligence.

Ainsi qu'il a été vu ci-dessus, l'opération consistant à calculer la valeur vénale sujette à taxation (l'assiette) des participations reçues dans le cadre d'un plan d'intéressement peut potentiellement être fastidieuse voire nécessiter le recours à un expert fiscaliste breveté.

On pourrait se demander si l'employé assujéti à l'impôt à la source concernant les participations qu'il reçoit dans le cadre d'un plan d'intéressement pourrait, dans le cas d'un employeur récalcitrant, contraindre judiciairement ce dernier au respect et à l'exécution de ses obligations en matière de droit public fiscal⁶⁷. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne semble s'être penchée sur la question, mais on relèvera que l'art. 342 du Code des obligations, qui prévoit une réserve en faveur du droit public du travail pourrait fonder, à tout le moins par analogie, une telle action.

La question paraît toutefois plutôt théorique puisque l'autorité procédera en général dans une telle hypothèse à une taxation d'office (130 al. 2 LIFD et 46 al. 3 LHID) en estimant le montant de l'impôt sur la base des renseignements disponibles⁶⁸.

B. L'IMPOSITION PROPORTIONNELLE

Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, certains types de participations ne sont pas imposés à l'acquisition mais seulement au moment de leur exercice.

Il s'agit en particulier des avantages appréciables en argent dérivant d'options non-négociables ou non-cotées en bourse qui sont imposables au moment de l'exercice des options (art. 17b al. 1 LIFD / 7d al. 1 LHID). Cette règle vise les options qui ne sont pas immédiatement libres (cotées ou non), et, d'autre part, les options qui seraient immédiatement disponibles (sans période de blocage ou *vesting*), mais non cotées⁶⁹.

La situation se complexifie, lorsque l'employé se voit accorder des participations de telle nature à l'étranger et qu'il vient s'installer ensuite en Suisse avant l'exercice des options. De même, un employé peut se voir remettre de telles participations, puis modifier son domicile et s'installer à l'étranger. La question se pose alors, du point de vue suisse, de savoir quel pays est compétent pour taxer quelle part de l'avantage appréciable en argent éventuellement réalisé lors de l'exercice des options. Ces hypothèses sont fréquentes en pratique, dès lors que les options de collaborateur sont attribuées principalement aux cadres supérieurs d'entreprises qui, à l'époque de la globalisation, sont souvent appelés à travailler en dehors des frontières nationales pour des périodes plus ou moins longues⁷⁰.

La loi fédérale sur l'imposition des participations de collaborateur a réglé cette problématique en instaurant un système de taxation dite proportionnelle selon laquelle seule la période passée en Suisse entre l'acquisition et la naissance du droit d'exercice de l'option de collaborateur non négociable (ou non cotée en bourse) donne lieu à l'impôt.

⁶⁷ Pour le cas de figure de l'employeur qui, tout en respectant ses obligations à l'égard de l'autorité fiscale, omet de faire les retenues correspondantes sur le salaire de son employé ainsi que la possibilité pour cet employeur de se retourner contre l'employé, cf. WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁸ Dans un tel cas, l'employeur ne saurait, à notre avis, être libéré de l'obligation de calculer la part de l'impôt qui aurait dû être retenue sur le salaire de l'employé si l'employeur avait correctement exécuté ses obligations fiscales, au risque que l'employé soit lésé par une retenue fiscale fondée sur une taxation d'office, potentiellement trop importante, et imputable à la seule faute de l'employeur.

⁶⁹ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 730.

⁷⁰ Cf. Message sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur, *in* FF 2005, p. 519, p.535.

En d'autres termes, l'imposition doit toujours avoir lieu au moment de l'exercice de l'option (17b al. 3 LIFD / 7d al. 3 LHID) mais seule une proportion – fonction du temps passé en Suisse durant la période de *vesting* – de l'avantage appréciable en argent est sujet à l'impôt en Suisse.

Les notions de « *période de vesting* » et « *vesting* » sont définies aux art. 2 et 3 OPart qui doit être lue en parallèle avec les dispositions légales de la LIFD et la LHID en matière de taxation proportionnelle.

L'art. 2 OPart définit ainsi la période de *vesting* comme étant « *la période allant de l'acquisition de la participation de collaborateur à la naissance du droit d'exercice* », l'art. 3 al. 2 OPart précisant que le délai de blocage postérieur à l'acquisition du droit (d'exercice) n'est pas pris en compte pour déterminer la période de *vesting*.

L'art. 3 al. 1 OPart définit le *vesting* comme étant le moment de la naissance du droit (d'exercice). Le Commentaire de l'OPart de l'AFC précise, de manière un peu tautologique, que le droit naît « *au moment où l'ensemble des conditions sont réunies pour que le collaborateur acquière le droit d'exercice* » ; dans la plupart des plans d'option, ce moment coïncide avec l'échéance du délai de blocage⁷¹.

a) L'importation de participations

Les art. 17d LIFD / 7f LHID prévoient ainsi que « *Si 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'exercice de l'option de collaborateur non négociable*⁷² (art. 17b, al. 3 [7d al. 3 dans la LHID]), 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. »

Cette hypothèse est communément appelée « *importation de participations* » ou « *cas in* »⁷³.

Les salariés qui étaient domiciliés en Suisse pendant tout l'intervalle visé par les art. 17d LIFD / 7f LHID ne sont ainsi pas concernés par l'imposition proportionnelle.

⁷¹ Cf. Commentaire de l'AFC de l'Ordonnance sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur, pp. 6 et 7, accessible à www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/27341.pdf, cité ci-après « Commentaire AFC de l'OPart »

⁷² A noter que l'art. 17d LIFD ne mentionne que les options de collaborateur non-négociables tout en se référant à l'art. 17b al. 3 qui mentionne également les options de collaborateurs négociables (ou libres) mais non-cotées en bourse. La doctrine est d'avis qu'en dépit du texte légal, l'art. 17d vise également les options de collaborateur libres non-cotées en bourse, bien qu'elles n'aient par définition pas de période de *vesting* (cf. Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 731). L'AFC semble se rallier à ce point de vue (cf. Circulaire AFC N°37, p. 15).

⁷³ Bettina KAHIL-WOLFE, *Imposition proportionnelle des « options de collaborateurs » : quelle portée pour les assurances sociales in Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle (RSAS) 2013*, p. 62, 65.

Le message relatif au projet de loi fédérale sur l'imposition des participations illustre le mécanisme par l'exemple suivant⁷⁴ :

Le collaborateur X d'une société mère étrangère reçoit des options bloquées pendant cinq ans. Au moment de l'attribution, il habite et travaille dans le pays A.

Au bout de deux ans, il passe à la filiale suisse de cette société et il y travaille pendant plus de trois ans. Il pourrait donc exercer ses options ici, en Suisse. Toutefois, les actions de son entreprise n'ont pas encore augmenté suffisamment; c'est pourquoi il attend encore un peu avant d'exercer ses options. Il exerce enfin ses options au cours de la 7^e année, mais il travaille alors dans le pays B pour une autre filiale. L'avantage appréciable en argent se monte à 50 par option.

La Suisse peut en imposer les trois cinquièmes, donc 30, et le pays A, les deux cinquièmes.

En revanche, le pays B ne peut pas imposer cet avantage appréciable en argent car le collaborateur ne s'y trouvait pas au moment de l'attribution ni au moment de la naissance du droit d'exercice

Une telle situation peut donner lieu à une imposition selon une procédure ordinaire ou selon l'impôt à la source en fonction des critères de rattachement personnel rappelés sous IV/A *supra*.

Tel sera le cas par exemple, de l'employé étranger non-titulaire d'un permis d'établissement d'une société sise en Suisse qui s'est vu accorder, alors qu'il travaillait en Allemagne en 2011 un plan d'intéressement comprenant des options de collaborateur soumises à une période de *vesting* de 5 ans et qui s'est ensuite installé en Suisse dès l'année 2014, année à compter de laquelle il a travaillé en Suisse au service de l'employeur jusqu'à l'acquisition effective des droits d'option en 2016.

Il en découle donc qu'en cas d'imposition à la source, l'employeur devra éventuellement compter avec l'application de la méthode de l'imposition proportionnelle lui faisant obligation de procéder à des calculs pouvant s'avérer complexes pour déterminer l'impôt devant être retenu sur l'avantage appréciable en argent retiré par son employé de la participation accordée.

b) L'exportation de participations

Les art. 97a al. 1 LIFD / 35 al. 1 let. i LHID prévoient le mécanisme inverse : « *Les personnes qui sont domiciliées à l'étranger lorsqu'elles perçoivent des avantages appréciables en argent dérivant d'options de collaborateur non négociables (art. 17b, al. 3) sont imposées proportionnellement sur cet avantage conformément à l'art. 17d.* »

Cette hypothèse est communément appelée « *exportation de participations* » ou « *cas out* ».

Les art. 97a al. 1 LIFD / 35 al. 1 let. i LHID doivent toutefois être lus en parallèle (i) avec l'art. 8 OPart qui élargit son champ d'application aux expectatives sur des actions de collaborateurs (RSU/RSA) et aux participations de collaborateur improprement dites⁷⁵ et (ii) avec les art. 13 et 14 OPart qui excluent du champ d'application de la taxation proportionnelle aux personnes déjà soumises à l'impôt à la source

⁷⁴ Cf. Message sur la loi fédérale régissant l'imposition des participations de collaborateur, in FF 2005, p. 519, p.539. Pour d'autres exemples, cf. Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, pp. 731ss.

⁷⁵ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, p. 735.

selon les art. 91, 93 et 97 LIFD et qui sont alors imposées en plein sur l'avantage appréciable en argent retiré de la participation.

Dans l'hypothèse d'exportation de participations, l'imposition s'effectue toujours selon la procédure de l'imposition à la source et c'est l'employeur, voire l'ancien employeur, suisse qui est tenu de déterminer la retenue d'impôt, de l'effectuer et de verser l'impôt à la source. L'obligation s'applique également, en matière d'impôt fédéral, lorsque l'avantage appréciable en argent est versé par une société étrangère du groupe⁷⁶.

Cet impôt est, sur le plan fédéral de 11.5% (art. 97a al. 2 LIFD), le taux étant fixé par les cantons pour l'impôt sur le revenu cantonal.

L'exportation de participation impose ainsi des obligations importantes à l'employeur qui doit notamment :

- Déterminer correctement si la procédure d'imposition à la source s'applique en fonction des exceptions posées par la loi ;
- Pouvoir se renseigner auprès de l'entreprise étrangère du groupe ayant émis l'option pour connaître (i) la date éventuelle d'exercice de l'option ou d'attribution de l'avantage lié à l'expectative ou la participation improprement dite et (ii) les paramètres permettant de déterminer l'avantage appréciable en argent réalisé par l'employé ;
- Pouvoir renseigner dans la même mesure auprès de l'entreprise étrangère ayant accordé les participations lorsque l'employé a quitté le service de l'employeur ;
- Pouvoir se renseigner sur un éventuel retour en Suisse avant l'exercice des droits liés aux participations en question, puisqu'un retour sur territoire suisse modifie le calcul à effectuer ;
- Pouvoir se renseigner sur la vente éventuelle des participations en question de l'employeur, la vente étant assimilée par la doctrine à l'exercice du droit déclenchant l'obligation de taxation ;
- Sur la base de ces informations, calculer correctement la part proportionnelle de l'avantage appréciable en argent éventuellement réalisée par l'employé ou l'ancien employé sur la participation, effectuer la retenue d'impôt correspondante et la verser à l'autorité fiscale.

Ces obligations faites à l'employeur d'aller récolter de l'information, dans un contexte transnational, impliquant possiblement des tiers à une relation de travail qui peut elle-même avoir pris fin, ne sont pas sans poser des problèmes juridiques et pratiques majeurs, ainsi que le souligne la doctrine⁷⁷.

Nous aborderons ces aspects ci-dessous, après avoir traité des obligations imposées par l'OPart, et esquisserons quelques solutions possibles.

⁷⁶ Cette hypothèse est expressément mentionnée à l'art. 100 al. 1 let. d LIFD, mais pas à l'art. 35 al. 1 let. i LHID.

⁷⁷ Pierre Marie GLAUSER/Valentina MOSHEK, *op. cit.*, pp. 735 et 736.

C. L'OBLIGATION DE DÉLIVRER DES ATTESTATIONS

a) Le régime légal et les obligations dans un contexte transnational

Ainsi qu'il ressort de l'exposé qui précède, l'employeur joue un rôle central dans la réglementation fiscale sur l'imposition des plans d'intéressement. C'est lui, voire la société sise à l'étranger du groupe auquel l'employeur appartient, qui accorde au collaborateur les parts de société imposables.

Les art. 129 al. 1 let. d LIFD et 45 let. e LHID prévoient ainsi que l'employeur doit, pour chaque période fiscale, produire une attestation qui contient « *toutes les données nécessaire à la taxation* ».

Cette obligation est précisée par les dispositions de l'OPart.

Cette dernière prévoit ainsi que les attestations doivent être délivrée « *lors de l'attribution de participations de collaborateur* » et/ou « *lors de la réalisation de l'avantage appréciable en argent provenant des participations* » (art. 1 OPart).

L'art. 4 OPart prévoit que, s'agissant des plans d'actions de collaborateur, l'attestation doit contenir les indications suivantes :

- la désignation du plan de participation des collaborateurs;
- la date d'acquisition des actions de collaborateur;
- la valeur vénale pour les actions de collaborateur cotées ou la valeur établie selon la formule pour les actions de collaborateur non cotées au moment de l'acquisition;
- le cas échéant, le délai de blocage et les obligations liées à la restitution des actions;
- le prix d'acquisition convenu;
- le nombre d'actions de collaborateur acquises;
- l'avantage appréciable en argent attesté dans le certificat de salaire ou dans le décompte de l'impôt à la source.

L'art. 5 al. 2 OPart prévoit que, s'agissant des plans d'options, des expectatives sur actions et des participations improprement dites de collaborateur (par renvoi de l'art. 6 OPart) l'attestation doit contenir les indications suivantes :

Au moment de l'acquisition des options:

- la désignation du plan de participation des collaborateurs;
- la date d'acquisition des participations de collaborateur;
- la date de la naissance du droit d'exercice, si elle peut être déterminée;
- le nombre de participations de collaborateur acquises.

Lors de leur exercice, de la « vente des actions » (*recte* de la vente des options⁷⁸) ou de leur conversion en actions de collaborateur:

- la désignation du plan de participation des collaborateurs;

⁷⁸ La comparaison des textes français et allemand révèle que le premier contient l'adjonction « des actions » qui rend le sens peu compréhensible. Il semble que le texte légal parle bien de la vente des options. L'AFC va également dans ce sens (cf. Circulaire AFC N°37, p. 7, ch. 2.5

- la date d'acquisition des participations de collaborateur;
- la date de l'exercice, de la vente ou de la conversion;
- la valeur vénale des actions cotées, ou la valeur établie selon la formule des actions non cotées, sur lesquelles reposent les participations lors de l'exercice, de la vente ou de la conversion;
- le prix d'exercice, de vente ou de conversion convenu;
- le nombre de participations de collaborateur exercées, vendues ou converties;
- l'avantage appréciable en argent attesté dans le certificat de salaire ou dans le décompte de l'impôt à la source.

S'agissant des plans d'intéressement portant sur des options librement négociables et cotées en bourses (donc imposée au moment de leur attribution), l'AFC précise qu'une seule attestation suffira, celle-ci devant porter sur la période fiscale durant laquelle le collaborateur acquiert les options de collaborateur et doit contenir les indications énumérées à l'article 5 OPart⁷⁹.

S'agissant des autres options (non librement négociables ou non cotées) de collaborateur, des expectatives sur des actions de collaborateur et des participations de collaborateur improprement dites, deux attestations seront toujours nécessaires: la première au moment de l'attribution de la participation de collaborateur et la seconde au moment de la réalisation (cf. art. 5, al. 2, let. a et b, OPart)⁸⁰.

Ces attestations doivent être jointes au certificat de salaire ou au décompte d'impôt à la source (art. 10 OPart).

L'obligation s'étend à la fin des rapports de travail, dès lors que l'art. 15 al. 1 OPart prévoit que « *si les avantages appréciables en argent provenant d'options de collaborateur, d'expectatives sur des actions de collaborateur ou de participations de collaborateur improprement dites sont réalisés à un moment où il n'existe plus aucun rapport de travail entre le bénéficiaire et l'employeur, ce dernier remet l'attestation à l'autorité fiscale cantonale du canton de domicile du bénéficiaire.* »

L'obligation d'attester n'est ainsi pas subordonnée à l'existence d'un contrat de travail mais dépend seulement du versement de ces prestations sur la base d'un contrat de travail⁸¹.

Dans les cas de figure d'une « importation de participation » décrite ci-dessus, mais étendu aux expectatives sur des actions de collaborateurs et aux participations improprement dites, l'art. 7 OPart prévoit que l'employeur doit fournir, en plus, le nombre de jours durant lequel le collaborateur a travaillé en Suisse au cours de la période de *vesting* et l'avantage appréciable en argent à calculer selon une formule figurant à l'alinéa second. L'employeur a ainsi, dans ce cas de figure, l'obligation de se procurer les données correspondantes auprès de la société sise à l'étranger qui a attribué les participations au collaborateur⁸².

Dans les cas de figure relevant d'une « exportation de participation » décrite ci-dessus, l'art. 8 OPart prévoit que l'employeur a, en plus des obligations d'attestation figurant à l'art. 5 OPart, l'obligation de déclarer la réalisation, d'attester le nombre de jours durant lesquels le collaborateur a travaillé en Suisse

⁷⁹ Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 21.

⁸⁰ Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 21.

⁸¹ Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 14.

⁸² Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 19 *ad* art. 7 OPart.

au cours de la période de *vesting*, d'attester l'avantage appréciable en argent (qui se calcule selon une formule figurant à l'alinéa second) et de verser l'impôt à la source.

b) Problèmes pratiques et esquisse de solutions

i. L'importation de participations

Ainsi qu'il a été vu ci-dessus, l'employeur a une obligation (potentielle) de taxation à la source et une obligation d'attestation portant sur des participations qui ont pu être délivrées par une société tierce à l'étranger, si l'employé entre au service de l'employeur suisse avant la naissance du droit à cette participation ou, en cas de plans d'options non librement négociables ou non-cotées, avant l'exercice desdites options par l'employé. On songe en particulier au transfert conventionnel d'un employé, d'un employeur étranger ayant attribué la participation, vers un employeur suisse, ce avant l'échéance de la période de *vesting*.

Ces obligations impliquent que l'employeur dispose de tous les détails listés à l'art. 5 al. 2 OPart portant sur la participation en question. Concrètement, cela signifie que l'employeur doit obtenir ces informations auprès de son employé de manière suffisamment documentée et/ou se renseigner auprès de l'entité étrangère qui a accordé les participations, cette entité pouvant être l'ancien employeur voire une société tierce liée à ce dernier.

La démarche devrait en principe être facilitée dans le cadre de relations de groupe (lorsque l'employeur suisse est lié par un rapport de groupe à l'employeur ou l'entité étrangère ayant attribué les participations), puisque l'employeur disposera en principe d'un interlocuteur au sein du même groupe auprès de qui il pourra obtenir les renseignements précis et les documents justificatifs nécessaires. Il serait toutefois prudent que les filiales suisses de groupes s'assurent de la présence d'un canal d'information *ad-hoc* leur permettant de récolter ces informations, voir de mettre en place une procédure, par convention écrite, pour le transfert de ces informations.

A noter que dans les échanges qui auront lieu avec l'entreprise étrangère du groupe, il est possible que des données personnelles de l'employé soient transmises par l'employeur suisse. Dans un tel cas, l'employeur suisse devra respecter les obligations prévues par la Loi fédérale sur la protection des données⁸³ et notamment le cadre fixé par l'art. 6 LPD en matière de transfert de données à l'étranger. L'employeur devra ainsi s'assurer alternativement que le siège de l'entreprise qu'il contacte se trouve dans un pays assurant un niveau de protection suffisant en matière de protection des données (art. 6 al. 1 LPD)⁸⁴ ou que l'employé donne son consentement au transfert de données (art. 6 al. 2 let. b LPD) ou encore qu'un accord *ad-hoc* conclu entre lui et l'entreprise étrangère permette d'assurer les garanties de protection en matière de protection des données⁸⁵ (art. 6 al. 2 let. a LPD).

La démarche de l'employeur se compliquera en revanche grandement, à notre avis, lorsque l'ancien employeur ne sera pas en relation de groupe avec l'employeur suisse. Ce dernier dépendra dans ce cas entièrement du bon vouloir de son interlocuteur pour l'obtention des informations, le simple fait que la

⁸³ RS 235.1

⁸⁴ Pour ce faire, le Préposé fédéral à la protection des données tient à jour une liste des pays respectant les exigences légales, cf. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=fr>.

⁸⁵ Pour des clauses-types, cf. cf. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html?lang=fr>.

législation suisse impose une obligation de prise de renseignement à l'employeur n'étant très probablement pas suffisant à créer une obligation pour une société tierce avec laquelle l'employeur n'a aucun rapport juridique. Il serait ainsi prudent pour l'employeur (i) d'aborder ouvertement, dès l'entretien d'embauche, la question de l'octroi éventuel de participations par l'ancien employeur étranger et (ii) d'insérer des clauses contractuelles prévoyant que l'employé, en signant le contrat de travail, confirme avoir pleinement renseigné son employeur sur les participations accordées qui pourraient donner lieu à taxation ou attestation et (iii) de prévoir une clause contractuelle faisant obligation à l'employé de signaler immédiatement à l'employeur le moment d'exercice de l'option et/ou d'acquisition du droit à une expectative sur action ou à une autre participation improprement dite, ainsi que le résultat économique qu'il en aura tiré.

ii. *L'exportation de participations*

Le cas de figure pouvant poser problème est celui où l'employé, ayant acquis une option (non librement négociables ou non cotée en bourse) mais ne l'ayant pas encore exercée, ou ayant acquis des expectatives sur action ou des participations improprement dites n'ayant pas encore donné naissance à un droit, modifie son lieu de travail pour l'étranger, par exemple en allant travailler sur un autre site de l'employeur sis à l'étranger, ou encore passe au service d'une filiale du groupe sise à l'étranger ou encore résilie son contrat de travail pour partir à l'étranger⁸⁶.

Un tel cas, ainsi que l'on l'a vu, donne lieu à une taxation proportionnelle et oblige l'employeur à percevoir l'impôt à la source au moment de l'exercice de l'option et/ou de la naissance du droit l'expectative ou la participation improprement dite.

En sus des renseignements mentionnés que l'employeur devra récolter au titre des importations de participation mentionnés ci-dessus, le problème additionnel sera ici que l'employeur n'aura en principe plus de contact régulier avec l'employé, hormis le cas du déplacement du lieu de travail à l'étranger avec maintien des rapports de travail.

Si on pourrait fonder un devoir de l'employé de renseigner l'employeur sur les aspects en question durant les rapports de travail sur la base de l'art. 321a CO, il n'en va toutefois pas de même dès la fin des rapports de travail où l'obligation de « *savegarde fidèle des intérêts de l'employeur* » ne s'étend plus, dans une certaine mesure, qu'à l'obligation de garder le secret, lequel n'est ici d'aucune utilité.

Il en découle que la problématique nécessite assurément un règlement contractuel prévoyant pour l'employé une obligation de renseigner s'étendant après la fin des rapports de travail. Il serait ainsi opportun que l'employeur prévoie contractuellement un devoir de renseigner s'étendant après la fin des rapports de travail, d'emblée dans le contrat de travail, ou par avenant au moment de l'octroi du plan d'intéressement contenant des participations susceptibles d'être concernées par des exportations.

⁸⁶ A noter que le cas de résiliation des rapports de travail reste assez théorique, dès lors que la plupart des participations accordées dans le cadre de plans d'intéressement contiennent la condition suspensive que l'employé soit au service de l'employeur à la fin de la période de *vesting*. En cas de résiliation par l'employé avant la fin de la période de *vesting*, la participation n'est donc pas due. Autre est le cas de la résiliation des rapports de travail par l'employeur peu avant la fin de la période de *vesting*. Dans un tel cas, à notre avis, l'employé pourrait plaider l'application de l'art. 156 CO, si le licenciement devait s'avérer être abusif au sens de l'art. 336 CO. Dans ce cas, l'employé pourrait conclure à ce que l'ex-employeur lui attribue les participations nonobstant la fin des rapports de travail avant la période de *vesting*. Dans un tel cas, la problématique de la taxation des participations et l'établissement des attestations y-relatives renaîtrait.

Un problème supplémentaire découle de l'imposition à la source à laquelle l'employeur est soumis. En effet, bien que l'employé ait quitté le service de son employeur ce dernier demeure soumis à l'imposition à la source proportionnelle sur l'avantage appréciable en argent réalisé par l'exercice des options ou de l'acquisition du droit de l'expectative ou la participation improprement dite. Cela suppose que l'employeur soit en mesure d'effectuer une retenue d'impôt à un moment où l'employé ne travaille potentiellement plus pour lui et ne réside plus en Suisse.

Une telle problématique nécessite également assurément un règlement contractuel en amont au moyen de clauses prévoyant des obligations postérieures à la relation de travail. La retenue d'impôt pourrait par exemple s'effectuer de manière « provisoire » par l'employeur au moyen d'un dépôt que l'employé s'engagerait à consigner sur un compte séquestre, voire en mains de l'employeur, et qui servirait à la retenue d'impôt au moment de l'exercice des options ou de l'acquisition du droit de l'expectative ou de la participation improprement dite. Naturellement, l'opération suppose une estimation de l'impôt que l'employeur devra verser, parfois plusieurs années en avance. L'employeur ne sera ainsi jamais réellement assuré que l'impôt à verser ne dépassera pas le montant que l'employé aura consigné en particulier dans le cas où la valeur de l'entreprise ayant émis l'option aura augmenté brutalement avant l'exercice des options. Une estimation de l'impôt au moment de la sortie de l'employé permettrait de réajuster à la hausse le montant consigné si nécessaire.

Cette solution entraîne toutefois elle-même des conséquences en matière de comptabilité (comment traiter comptablement les retenues « provisoires » ?) et fiscale (ces retenues sont-elles sujettes à taxation, notamment sur le capital ?) dont le traitement dépasse le cadre de la présente contribution.

iii. La cessation des rapports de travail avant l'exercice du droit à la participation

Selon l'art. 15 OPart, « si les avantages appréciables en argent provenant d'options de collaborateur, d'expectatives sur des actions de collaborateur ou de participations de collaborateur improprement dites sont réalisés à un moment où il n'existe plus aucun rapport de travail entre le bénéficiaire et l'employeur, ce dernier remet l'attestation à l'autorité fiscale cantonale du canton de domicile du bénéficiaire. »

Il en découle donc, comme pour le cas de l'exportation de participation, que l'employeur reste tenu d'établir les attestations prévues par l'OPart postérieurement à la fin des rapports de travail pour certaines catégories de participation.

Le traitement de cette problématique suppose, à l'instar du cas de l'exportation de participation, un règlement contractuel en amont prévoyant l'obligation pour obliger l'employé à fournir les renseignements qui permettront à l'employeur respecter ses devoirs d'attestation contenus dans l'OPart. Si les participations, découlant du plan d'intéressement accordé par l'employeur sont émises par une société étrangère du groupe, l'employeur prendra également soin de s'assurer de la présence d'un canal de communication avec cette dernière permettant de récolter des informations supplémentaires confirmant le cas échéant celles que l'employé aura déjà fournies (p.ex. : date de l'exercice de l'option, le prix d'exercice, la valeur d'estimation du titre reçu au moment de l'exercice etc.).

iv. La vente des options avant leur exercice

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, la doctrine, suivie en cela par l'AFC, considère que la vente des participations reçues sous forme d'option (non librement négociables ou non cotées) est un élément déclencheur la

taxation au même titre que l'exercice des options au sens des art. 17b al. 3 LIFD / 7d al. 3 LHDI. La vente d'options semble également déclencher l'obligation correspondante pour l'employeur d'établir l'attestation prévue à l'art. 5 al. 2 let. b OPart⁸⁷.

L'employeur pourrait contourner cette problématique, dans le cas des options non-cotées⁸⁸, par une clause d'incessibilité. L'option n'étant en effet rien d'autre qu'un contrat, rien n'empêche à priori d'y insérer ou de faire insérer une clause d'incessibilité.

S'agissant d'options cotées mais non-négociables durant la période *vesting*, l'incessibilité n'est, par définition, pas possible puisque la liquidité du titre implique qu'il puisse être échangé sur le marché des titres sur lequel l'option est cotée. L'employeur se prémunira en général de ce risque en ne donnant pas de maîtrise physique sur les options à son employé avant l'échéance de la période de *vesting*. Dès l'échéance de la période de *vesting*, le titre sera toutefois en principe librement négociable sur le marché sur lequel l'option est cotée.

Cela signifie que l'employeur doit pouvoir se ménager un moyen contractuel de connaître la vente éventuelle de la participation à un tiers par son employé. Comme dans le cas des importations et exportations de participation, il convient donc que l'employeur prévoie une clause *ad-hoc*, dans le contrat de travail ou l'avenant à signer lors de l'octroi du plan d'intéressement, faisant obligation à l'employé de signaler à l'employeur la vente d'options, même après la fin des rapports de travail.

Il paraît toutefois difficile en pratique de s'assurer du respect de l'obligation contractuellement prévue, puisque la vente de l'option peut passer inaperçue de l'employeur si l'acheteur de l'option (non-cotée) n'exerce pas ses droits et si l' (ancien) employé ne lui déclare pas la vente.

v. *L'octroi de participations avant les rapports de travail*

En dernier lieu, on relèvera les participations peuvent également être concédées en vue de rapports de travail futurs, ainsi que le rappelle l'AFC elle-même⁸⁹.

Ni la législation fiscale, ni l'OPart ne saisissent directement cette hypothèse, qui paraît d'ailleurs relativement risquée du point de vue l'employeur, en particulier si les rapports de travail venaient à ne pas se concrétiser. On relèvera, s'agissant des obligations d'attestation, que l'AFC rappelle, à propos de l'art. 15 OPart, que « *l'obligation d'attester d'après l'art. 129 LIFD n'est pas subordonnée à l'existence d'un contrat de travail mais prend naissance par le versement d'une prestation fondée sur un contrat de travail (antérieur).* »

Il nous semble ainsi que si les rapports de travail se concrétisent, les participations versées seront soumises aux dispositions pertinentes de la législation fiscale et de l'OPart mais pas si elles ne débouchent pas sur un contrat de travail.

⁸⁷ Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 8.

⁸⁸ On pourrait se demander si l'option cotée mais non-négociable doit être considérée comme acquise à l'échéance de la période *vesting*, en application des art. 17b al. 1 LIFD / 7d al. 1 LHDI et donc taxable dès ce moment, nonobstant le texte des art. 17b al. 3 LIFD / 7d al. 3 LHDI.

⁸⁹ Circulaire AFC N° 37, p. 5.

V. CONCLUSION

Les plans d'intéressements sont sans aucun doute des instruments autorisant une flexibilité très intéressante pour les employeurs souhaitant mettre en place des formes de rémunération attrayantes afin de recruter leurs meilleurs éléments.

Ils induisent toutefois une complexité certaine dans le traitement fiscal des bénéficiaires que les employés en retirent et dans le processus d'attestation imposé par la loi.

Cette complexité s'accroît encore dans un contexte transnational où, on l'a vu, la loi impose à l'employeur la recherche de renseignements qui ne se trouvent pas forcément dans sa sphère d'influence directe, en particulier lorsqu'il est fait obligation à l'employeur de documenter le résultat de l'exercice d'options émises par une société étrangère avec laquelle il n'a pas de contact.

Cette complexité nécessite sans aucun doute une réglementation contractuelle en amont de la relation de travail, un aménagement de canaux de communications permettant à l'employeur de recueillir facilement l'information dans les rapports de groupe, ainsi qu'un processus de suivi des employés quittant l'entreprise en possession d'options non-exercées ou d'autres participations qui y sont assimilées.

Eu égard à cette complexité, on ne peut s'étonner que les autorités fiscales soient simplement parties du principe que, dans la pratique, les employeurs allaient parvenir à respecter ces nombreuses obligations « sans surcroît de travail »⁹⁰, position qui nous paraît plutôt relever du vœu pieux.

Gageons que la jurisprudence viendra préciser les obligations s'imposant à l'employeur à ce titre, cette fois en tenant compte de la réalité des rapports de travail dans un monde des affaires qui s'accommode mal des frontières nationales.

* * *
* *
*

⁹⁰ Cf. Commentaire AFC de l'OPart, p. 9 *in fine*.