



Economiesuisse
Hegibachstrasse 47
8032 Zurich

Lausanne, le 14 janvier 2013

U:\1p\politique_economique\consultations\2012\POL1288_fiscalite.docx LMA

Consultation fédérale : Projet de circulaire fédérale no 37 sur l'imposition des participations de collaborateurs

Mesdames, Messieurs,

Nous avons bien reçu votre courriel du 21 décembre dernier, relatif au projet de circulaire no 37 (imposition des participations de collaborateurs), et vous remercions de nous consulter à ce propos.

La loi fédérale du 17 décembre 2010 sur l'imposition des participations de collaborateur (RO 2011 3259) introduit d'importantes nouveautés en matière d'imposition des participations de collaborateurs. Le principal changement touche le moment de l'imposition et le calcul de l'impôt dans le contexte international. Les nouvelles obligations concernant la production d'attestations à l'autorité de taxation prévues à l'art. 129 al. 1 let. d LIFD sont détaillées dans l'ordonnance du 27 juin 2012 sur l'obligation de délivrer des attestations pour les participations de collaborateur (Ordonnance sur la participation de collaborateur, OPart, RS 642.115.325.1).

La Circulaire soumise à consultation précise les conséquences et l'interprétation de ces dispositions légales fédérales récemment introduites. Elle reprend et définit des notions introduites dans les deux textes législatifs.

Nous avons toutefois relevé certains éléments qui, à notre sens devraient être corrigés :

Chapitre 3.2.2 : Valeur vénale des actions de collaborateur non cotées en bourse.

Le projet de circulaire prévoit ce qui suit:

« Si la valeur établie sur la base de la formule n'est calculée qu'une fois par année, elle peut être considérée comme valeur vénale déterminante uniquement si l'attribution de l'action de collaborateur a lieu dans les six mois suivant le jour déterminant pour l'évaluation. Si tel n'est pas le cas, il faut prendre en compte de manière appropriée la valeur établie sur la base de la formule du jour d'évaluation consécutif.

S'il existe une valeur de marché pour les actions n'étant pas cotées en bourse (c.-à-d. un

prix adéquat déterminé par un tiers indépendant), c'est en principe cette valeur qui fait office de valeur vénale déterminante. A titre exceptionnel, si l'employeur en fait la demande, il est possible de prendre en compte la valeur intrinsèque comme valeur vénale déterminante, malgré l'existence d'une valeur de marché. Toutefois, cela implique que l'employeur dispose d'un droit d'emption illimité pour le rachat des actions des collaborateurs à leur valeur calculée de cette même manière ».

Ce mode de calcul est largement défavorable aux PME et aux Start-Up, qui sont en phase de croissance. En effet, selon ce mode de calcul préconisé, la différence entre la valeur vénale et le prix d'attribution aux collaborateurs qui constitue un avantage appréciable en argent (imposable) est artificiellement accru. Il est par ailleurs dénué de sens si l'employeur dispose d'un droit d'emption calculé selon la valeur de formule initiale. Du moment qu'il existe un droit d'emption illimité de l'employeur à la valeur de formule initiale, il n'y a aucune raison d'avoir besoin d'un accord spécifique du fisc pour utiliser cette valeur de formule qui d'emblée doit s'appliquer.

Chapitre 3.4.1 : Déblocage anticipé

Le projet de circulaire prévoit ce qui suit :

« Si les actions de collaborateur sont débloquées avant l'échéance du délai de blocage, le collaborateur réalise, au moment du déblocage, un avantage appréciable en argent motivé dans les rapports de travail, c'est-à-dire un revenu d'une activité lucrative salariée (art. 17, al. 1, LIFD). Le motif du déblocage anticipé n'a pas d'importance, tout comme le fait qu'au moment de la souscription le collaborateur ait pu acquérir l'action à un prix supérieur à la valeur vénale réduite fiscalement.

Le revenu imposable correspond à la différence entre la valeur vénale non réduite de l'action au moment du déblocage et la valeur réduite correspondant aux années restantes pour le délai de déblocage. Il est tenu compte au pro rata temporis des années entamées de délai de blocage. »

La manière de calculer l'avantage lié au déblocage anticipé est hautement critiquable et génère, sans base légale suffisante, un impôt sur le gain en capital privé, exclu selon le droit suisse.

Le résultat de cette méthode est choquant en cas d'augmentation de la valeur de l'action pendant la durée du blocage: par exemple si l'action a une valeur vénale ou valeur de formule « libre » de **CHF 1'000** à l'octroi au 30 janvier 2013, que l'action est bloquée durant 10 ans, la valeur vénale réduite est déterminée par la formule suivante :

$$1000/(1,06)^n = 1000/1,7908 = \text{CHF } 558,39$$

L'abattement correspond à $1000 - 558,39 = \text{CHF } 441,61$.

Le calcul du revenu complémentaire qui devrait être attesté selon la circulaire au moment du déblocage anticipé est le suivant :

Si la valeur vénale libre au moment du déblocage, soit **CHF 1'200** par hypothèse :
 $\text{CHF } 1'200 - (\text{CHF } 1200/(1,06)^5)$, soit

CHF 1'200 – CHF 1'200 / 1,338, soit

CHF 1'200 – CHF 896,86, soit **CHF 303.14, soit 70% de supplément.**

Le résultat génère, sans base légale, un accroissement de l'imposition sur l'avantage appréciable en argent dont le principe est posé à l'art. 17 al. 1 LIFD. En effet, l'abattement accordé à l'octroi des actions bloquées pendant 10 ans était de CHF 441 et le revenu complémentaire lié au déblocage anticipé de 5 ans est de CHF 303.- soit près de 70% du montant initial.

Si l'abattement correct sur 5 ans avait été appliqué dès l'octroi des actions, il aurait été de :

CHF 1'000 – (1'000 / 1,06)⁵, soit CHF 252.

Nous sommes d'avis que la prise en compte de la valeur vénale au moment de la levée anticipée du blocage conduit à l'imposition d'un bénéfice en capital privé, non prévue par la loi. L'article 11 OPart ne repose en outre pas sur une base légale suffisante à notre avis. Il conviendrait à notre avis de baser le calcul sur la valeur vénale et le nombre d'années de blocage effectifs au moment de l'octroi.

Chapitre 3.4.3 : restitution des actions de collaborateurs.

Selon la circulaire :

Si, sur la base d'une obligation réglementaire ou contractuelle, un collaborateur doit restituer des actions de collaborateur à son employeur, il peut en résulter une perte de patrimoine motivée par les rapports de travail ou un revenu imposable. La différence positive entre le prix de restitution et la valeur vénale (escomptée conformément au délai de blocage restant), respectivement la valeur calculée sur la base de la formule constituée pour le collaborateur un revenu imposable provenant d'une activité lucrative salariée et non pas un gain en capital privé franc d'impôt. C'est pourquoi, il faut établir par analogie une attestation comprenant les indications prévues à l'article 11, alinéa 4, OPart. Dans ce cas, 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. Si l'action de collaborateur doit être restituée sans dédommagement ou à sa valeur vénale du moment, le collaborateur peut faire valoir la perte de patrimoine au cours de la période fiscale de la restitution de l'action au moyen d'une déduction de frais généraux sur le revenu (cf. art. 12, al. 1, OPart).

Notre analyse est la suivante :

a) Actions restituées à l'employeur sans dédommagement

La restitution de collaborateur sans dédommagement ou à une valeur inférieure à la valeur vénale, à la fin des rapports de travail est susceptible d'impacter fortement les collaborateurs qui ont payé l'impôt en plein sur la prestation.

Depuis 2002, plusieurs administrations fiscales de Suisse alémanique se sont entendues sur la déduction d'un «salaire négatif» en cas de préemption des droits de participation de

collaborateur¹. De cette manière, un salaire réduit est inscrit sur le certificat de salaire des collaborateurs.

Selon le commentaire de l'OPart, la plupart des autres autorités de taxation ont décidé de considérer le manque à gagner comme des frais d'acquisition du revenu déductibles dans le cadre de l'impôt sur le revenu en vertu de l'art. 339a du code des obligations (CO). D'après cette pratique, le salaire est inscrit dans son entier sur le certificat de salaire et le prix de restitution est déduit dans le cadre de la déclaration d'impôt. Selon le commentaire de l'OPart, la jurisprudence récente² a confirmé la légalité de cette procédure, parce qu'elle respecte le principe constitutionnel de l'imposition selon la capacité économique.

La LPart reprend cette jurisprudence.

Selon les explications ressortant de la circulaire (exemple), la valeur vénale réduite à l'octroi au 30 janvier 2013 pour tenir compte de la durée de blocage de 10 ans est de CHF 558,39.

La formule $[(x \div (1,06)^n) - y]$ permet de calculer la valeur vénale ou la valeur calculée d'après une formule, diminuée de l'escompte fiscal au moment de la restitution. Après déduction du prix de restitution, le résultat est la différence que le contribuable peut faire valoir dans sa déclaration d'impôt en la déduisant de son revenu imposable.

- x : valeur vénale ou la valeur établie selon la formule de l'action au moment de la restitution, soit CHF 1'200
- y : prix de restitution, soit CHF 0
- n : durée restante = 5 ans

Les frais d'acquisition du revenu sont donc calculés de la manière suivante :

(CHF 1'200/1,06 puissance 5) moins CHF 0, soit **CHF 896,86**

Comme le canton d'Argovie l'a relevé dans la procédure d'audition³, l'OPart va au-delà de l'obligation d'attester en vertu de la loi et la formule inscrite à l'article 11 devrait faire l'objet d'une loi ou d'une ordonnance distincte. De plus, nous ne voyons pas que cette solution, reprise sans analyse aucune de la pratique zurichoise, puisse être imposée aux cantons, celle-ci ne résultant pas de la LHID.

A notre avis, si une action est soumise à une clause de déchéance automatique et large dans son application, c'est-à-dire ne dépendant pas uniquement du fait du bénéficiaire, la solution serait plutôt de considérer que son bénéficiaire n'a pas acquis un droit irrévocable et ne peut donc pas être imposé à l'octroi (voir à ce sujet les commentaires à la fin du cas 1 e) ci-dessus dans lequel la clause de déchéance était potestative).

b) Actions restituées à l'employeur à leur valeur vénale du moment

¹ Revue fiscale 2003, p. 570

² Arrêt du 26 août 2010 du Tribunal administratif du canton de Schwyz, consid. 2.2.3, et l'arrêt du 17 mai 2002 de la Commission de recours fiscal II du canton de Zurich, publié dans Zürcher Steuerpraxis 4/2002, p. 302

³ Audition relative à l'OAP du 27 juin 2012, page 12.

- x : valeur vénale ou la valeur établie selon la formule de l'action au moment de la restitution, soit CHF 1'200
- y : prix de restitution, soit CHF 1'200
- n : durée restante = 5 ans

$(CHF\ 1'200/(1,06)^5)$ moins CHF 1'200, soit CHF 896,86 moins CHF 1'200 = moins CHF 303, **soit un revenu complémentaire de CHF 303.**

Cette solution n'a à notre avis aucun sens, l'employé réalisant en effet un gain en capital privé, l'employeur lui rachetant ses actions à leur valeur vénale. Il conviendrait en revanche de corriger l'escompte pour tenir compte du déblocage anticipé des actions, en application de l'article 11 OPart.

Chapitre 3.4.4 : Aliénation d'actions de collaborateurs détenues dans la fortune privée.

La circulaire prévoit ce qui suit :

S'agissant de l'impôt fédéral direct, l'aliénation d'actions de collaborateur détenues dans la fortune privée constitue en principe un gain en capital privé franc d'impôt (cf. art. 16, al. 3, LIFD) ou une perte de capital insignifiante sur le plan fiscal.

Exceptionnellement, seule la plus-value réalisée sur la valeur intrinsèque, c'est-à-dire la différence entre la valeur intrinsèque de la participation de collaborateur lors de l'aliénation et la valeur intrinsèque déterminée selon la même méthode d'évaluation lors de l'attribution, constitue un gain en capital privé franc d'impôt. En revanche, la différence entre la recette de la vente et la valeur de l'action de collaborateur au moment de la vente calculée selon la même méthode d'évaluation que lors de l'attribution constitue un revenu imposable (cf. art. 16, al. 1, LIFD). Ceci est notamment valable dans les situations suivantes:

- pour la détermination du revenu imposable découlant de l'attribution d'actions de collaborateur non cotées en bourse, à défaut d'une valeur de marché, la valeur intrinsèque des actions fait foi et ces dernières sont aliénées après une durée de détention de moins de cinq ans.*
- pour la détermination du revenu imposable découlant de l'attribution d'actions de collaborateur non cotées en bourse, la valeur intrinsèque des actions de collaborateur fait foi et celles-ci sont rachetées par l'employeur.*
- pour la détermination du revenu imposable découlant de l'attribution d'actions de collaborateur non cotées en bourse, malgré l'existence d'une valeur de marché, la valeur intrinsèque des actions fait foi, conformément à la demande déposée (cf. ch. 3.2.2).*

Il s'agit d'une méthode vicieuse d'introduire par la petite porte un impôt sur les gains en capital privé et une violation claire de l'article 16 al. 3 LIFD. Cette mesure va en outre introduire une grave discrimination des start-up et des PME.

Il faudrait aussi préciser que l'abandon de la valeur de formule et la perte par l'employeur de son droit d'emption illimité à la valeur de formule en cas de mise en bourse de la société (ou autre « liquidity event » est une clause standard et ne doit pas entraîner un impôt si la mise en bourse n'était pas prévisible au moment de l'octroi.

La question de l'acquisition irrévocable

Dans un ATF du 14 octobre 2010⁴, rendu dans une affaire genevoise et dont l'état de fait a inspiré le présent cas, le Tribunal fédéral a rappelé le principe de la réalisation du revenu.

Selon la jurisprudence, un revenu est réalisé lorsqu'une prestation est faite au contribuable ou que ce dernier acquiert une prétention ferme sur laquelle il a effectivement un pouvoir de disposition. La réalisation suppose un titre juridique ferme, qui peut consister en l'acquisition d'une prétention ou en l'acquisition de la propriété. L'acquisition de la prétention précède en général la prestation en argent. 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 considération⁵.

Selon les règles générales sur la réalisation du revenu, les options ne constituent pas des prétentions fermes à l'achat d'actions par le collaborateur tant qu'elles sont soumises à conditions suspensives⁶. Elles ne peuvent être considérées comme revenu et par conséquent être imposées que lorsque les conditions suspensives sont réalisées et que la prétention du contribuable est acquise de manière irrévocable.

Le moment de l'acquisition irrévocable du droit formateur revenant au bénéficiaire de l'option d'achat d'actions peut ainsi, selon les circonstances, correspondre soit à l'attribution des options, soit à leur exercice, soit encore à un autre moment, comme à la fin de la période de "vesting", qui constitue la période pendant laquelle le collaborateur doit mériter une option notamment en atteignant certains objectifs professionnels ou en ne résiliant pas son contrat de travail avant un certain délai, la fin de cette période étant qualifiée de "vesting"⁷.

Ce moment ne saurait être désigné d'une manière générale pour toute option d'achat d'action de collaborateur, encore moins par la simple mention de "vesting", tant il est possible d'une part qu'une telle notion recouvre diverses sortes de conditions suspensives et d'autre part que l'acquisition irrévocable de l'option dépende d'autres conditions suspensives qui ne sont pas incluses dans les clauses dites de "vesting"⁸. Les termes "imposition at vesting" peuvent par conséquent être source de confusion. En effet, ils ne sont conformes au droit fiscal suisse que lorsque l'on entend par imposition "at vesting" des options, l'imposition de celles-ci à leur date d'acquisition irrévocable ou définitive⁹.

⁴ 2C-236/2010

⁵ Arrêts 2C_116/2010 du 21 juin 2010, consid. 2.3; 2A.151/2005 du 1er novembre 2005, consid. 2; ATF 115 Ib 238 consid 3d p. 242; 113 Ib 23 consid. 2e p. 26; 105 Ib 238 consid. 4a p. 242 et les références citées.

⁶ cf. notamment M. Weidmann, Realisation und Zurechnung des Einkommens, IFF Forum für Steuerrecht, 2003, p. 83 ss, p. 98.

⁷ Arrêt 2C_138/2010 du 2 juin 2010, consid. 2.2

⁸ G. Prod'Hom/P. Prod'Hom, Le projet d'imposition des plans d'options de collaborateurs, ECS 2003, p. 855 ss, p. 857.

⁹ G. Prod'Hom/Per Prod'Hom, op. cit., p. 857; cf. aussi Rapport du Groupe de travail Mixte, Imposition des options de collaborateurs à l'attention du Département des finances, Berne, 21 décembre 2001, p. 38.

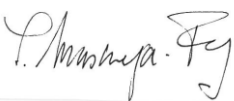
Cette solution est conforme à la position de l'OCDE en matière de double imposition internationale¹⁰, ainsi qu'à celle préconisée par l'Administration fédérale des contributions dans sa lettre-circulaire du 6 mai 2003 sous le titre: Imposition des options de collaborateurs avec une clause "vesting"¹¹.

En conclusion, la CVCI se montre très critique face à ce projet de circulaire défavorable aux entreprises. Elle demande que cette circulaire soit revue, dans le sens des précédentes considérations.

Nous vous remercions de l'intérêt que vous porterez à ces lignes et vous adressons, Mesdames, Messieurs, nos salutations les meilleures.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Guy-Philippe Bolay
Directeur adjoint



Lydia Masméjan
Responsable de projets

¹⁰ OECD, Cross-border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans, Rapport approuvé par le Comité des affaires fiscales, n° 26, proposition d'adjonction du ch. 12.3 au commentaire de l'art. 15 de la convention-modèle.

¹¹ cf. sur ce point: A. Orlé/F. Mercuri, L'imposition des options de collaborateurs, ECS 2003, p. 782 ss, p. 784.