

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4647/2008-FIN

ATA/87/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 9 février 2010

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur B _____

et

N _____ S.A.

représentés par Me David Minder, avocat

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOUS EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE

et

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

EN FAIT

1. Le litige concerne l'impôt à la source 2000.
2. N_____ S.A. (ci-après : la société, la débitrice ou la recourante), dont le but est de développer commercialement des produits résultant de la recherche biomédicale de haut niveau, principalement, mais pas exclusivement, dans le domaine de l'immunologie, des maladies auto-immunes et du contrôle de l'expression des gènes, a été constituée le 3 mars 1998. Son siège se trouve à Y_____.
3. Par contrat du 6 novembre 2000, Monsieur B_____ (ci-après : le contribuable ou le recourant), domicilié aux Etats-Unis, a été engagé par la société, avec effet au 1er octobre 2000, pour prendre la direction du siège de la société à Genève, et intégrer son comité directeur.

Son salaire annuel était fixé à CHF 360'000.-.

Il était également prévu que le contribuable recevrait 4'080 options d'achat (Call Options) de la société correspondant à 8% du capital-actions, d'une valeur nominale de CHF 10.-, chacune permettant l'acquisition, à différents termes échelonnés (période de "vesting"), d'une action de la société. 1'020 de ces options seraient libérées dès le 31 décembre 2000, puis dès cette date, 64 options à la fin de chaque mois pendant 47 mois, 52 options étant libérées le 48^{ème} mois.

Les parties avaient encore stipulé des conditions d'accélération du « vesting » (« Accelerated vesting », art. 6 ch. 2 lit. f du contrat de travail) et de déchéance des options ("Event of termination and causes", art. 7 du contrat de travail).

L'art. 6 ch. 2 lit. f permettait au contribuable d'exercer immédiatement son droit d'option et durant une période de 90 jours en cas de licenciement sans justes motifs et en cas de démission pour justes motifs.

L'art. 7 prévoyait une déchéance des options non encore exercées en cas de licenciement immédiat et en cas de démission sans justes motifs.

4. En décembre 2000, les conseillers de la société ont présenté à l'administration fiscale (ci-après : AFC-GE) un projet de plan d'options ("N_____ SA Stock option plan"). Ce plan concernait les employés de la société et avait pour but de leur offrir des options leur permettant d'acquérir des actions de cette dernière. Seul le comité directeur était habilité à déterminer les modalités applicables aux options attribuées ("...The board of Director shall, in its sole discretion, determine the mode and conditions under which stock of the Company

is made available to satisfy the purposes of this Plan"). Le plan fixait des périodes de "vesting" annuelles de 25% sur quatre ans.

Les parties se sont accordées sur le fait que les options offertes aux collaborateurs selon le plan présenté, pouvaient être évaluées et, par conséquent, faire partie du revenu imposable des personnes concernées lors de leur octroi.

5. Par courrier du 30 octobre 2001, la société a confirmé les principes d'imposition retenus pour le plan d'options. Elle sollicitait néanmoins que soit pris en compte dans le calcul de la valeur des options, un taux de volatilité inférieur à 50%.
6. Le 21 décembre 2001, l'AFC-GE a accepté un taux de volatilité de 20%.
7. Par lettre signature du 6 septembre 2005, l'AFC-GE a informé la débitrice de l'ouverture d'une procédure en rappel et en soustraction d'impôt pour les périodes 2000 et 2001 au motif que des retenues d'impôt à la source concernant le contribuable n'avaient pas été effectuées.
8. En réponse, la société a expliqué, le 23 novembre 2005, que le contribuable s'était installé avec sa famille à Genève à compter du 20 juillet 2001. Auparavant, il déployait une part importante de son activité depuis les Etats-Unis où il était domicilié. A cette époque, il n'avait exercé qu'une partie de son travail en Suisse, de façon irrégulière. La société n'avait pas considéré, en toute bonne foi, que le contribuable pouvait être assujéti à l'impôt suisse, l'amende devait donc être fixée au minimum, soit au tiers de l'impôt soustrait.
9. En date du 19 décembre 2005, l'AFC-GE a informé la débitrice que la procédure ouverte à son encontre était terminée. Elle lui remettait en conséquence un bordereau "rectificatif d'impôt à la source" pour la période fiscale 2000 de CHF 139'851.-. Elle se réservait le droit d'infliger une amende lorsque l'ensemble de la procédure de redressement fiscal serait terminée.

L'avis de modification annexé à ce courrier montrait qu'outre le salaire et les diverses indemnités alloués au contribuable, l'AFC-GE avait également pris en considération pour le calcul de l'impôt, un montant de CHF 337'579.-, correspondant à la valeur des options attribuées au contribuable au moment de son engagement.
10. Par actes des 17 janvier et 24 mars 2006, la société et le contribuable ont formé réclamation à l'encontre de la décision précitée en concluant à son annulation. Ils contestaient le principe de l'imposition des 4'080 options offertes au contribuable, avec effet au 1^{er} octobre 2000. A cette date, puis durant la période du 1^{er} octobre 2000 au 20 juillet 2001, le contribuable était domicilié aux Etats-Unis avec sa famille. Or, les options accordées à des contribuables domiciliés à l'étranger ne pouvaient pas faire l'objet d'une imposition en Suisse au moment de

leur attribution. Celles-ci pouvaient éventuellement être imposées au moment de leur exercice à "hauteur de la différence entre la valeur du titre sous-jacent (au moment de l'exercice) et le prix d'exercice", voire subsidiairement à la fin de la période de "vesting" (2000 à 2004) pour une valeur estimée à CHF 169'248.-.

11. Par décision du 11 mai 2006, l'AFC-GE a rejeté la réclamation et maintenu le bordereau du 19 décembre 2005.

Le contribuable était soumis à l'impôt à la source depuis le 1^{er} octobre 2000. Les options de collaborateurs constituaient une part du revenu de l'activité lucrative dépendante et étaient imposables à ce titre.

Il était d'usage dans les entreprises de rémunérer de manière plus importante les collaborateurs bénéficiant de compétences particulières ainsi que ceux occupant des positions stratégiques au sein de la société. Le nombre d'actions offert au contribuable n'était pas exceptionnel en soi considérant sa fonction dominante.

Leur proportion au regard de celles des autres employés ne remettait pas en cause une imposition à l'octroi, ce d'autant plus que tous les paramètres fixés dans le cadre de l'attribution des options le permettaient en application de la circulaire n° 5 de l'administration fédérale des contributions du 30 avril 1997 portant sur l'imposition des actions et options de collaborateurs (ci-après : circulaire n° 5). Ainsi, les conditions prévalant au moment de l'attribution, notamment la durée de blocage, la durée de vie de l'option, le prix de l'exercice et l'évaluation du sous-jacent rendaient possible une évaluation objective de l'option à CHF 82,74.

Bien que les conditions d'exercice des options du contribuable fussent sensiblement différentes de celles des autres participants au plan de la société, la durée de blocage demeurait semblable, à savoir 4 ans. La différence fondamentale entre l'allocation faite le 30 septembre 2000 aux autres collaborateurs et celle du contribuable effectuée le 1^{er} octobre 2000, résidait dans le fait que ce dernier disposait de clauses de déblocages mensuels échelonnés sur 48 mois alors que les autres collaborateurs disposaient de déblocages annuels (25% par an). Cette différence était justifiée tant pour des raisons économiques que pour des raisons de fidélité, les options attribuées ayant notamment pour but de motiver les collaborateurs et les faire participer au développement du projet.

Enfin, l'AFC-GE ne pouvait adhérer à la proposition de la débitrice consistant à actualiser l'évaluation en considérant l'évolution économique de la société depuis le 1^{er} octobre 2000. Ce procédé aurait pour effet de créer une inégalité de traitement entre le contribuable et les collaborateurs imposés en 2000 sur une valeur d'octroi déterminée à ce moment-là.

12. Le 13 juin 2006, la société et le contribuable ont recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière d'impôts, remplacée, depuis le 1^{er} janvier 2009, par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission).

La décision appliquait de manière erronée les circulaires de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH). Selon celles-ci, seule une imposition à l'exercice était soutenable au vu des nombreuses conditions personnelles prévues par contrat du 6 novembre 2000.

Fondée en 1998, la société n'était encore qu'une "start up" à l'octroi des options. La volatilité des actions sous-jacentes d'une telle entreprise n'était pas déterminable en l'absence de cours et de volatilité historique. Celle-ci faisait défaut, ce qu'admettait l'AFC-GE en évaluant les options sur une base de 20%. En l'absence de volatilité spécifique et déterminable, les options ne pouvaient être imposées qu'au moment de leur exercice.

Conformément à la lettre-circulaire du 6 mai 2003 de l'AFC-CH relative à l'imposition des options de collaborateurs avec une clause "vesting" (ci-après : lettre-circulaire 2003), les options assorties d'une telle clause ne pouvaient être imposées au moment de leur attribution.

L'imposition des options à l'octroi violait le principe de la capacité contributive car le revenu n'était pas réalisé, il ne le serait qu'au moment de l'exercice des options. D'autre part, le revenu imposé correspondait, au vu du nombre important d'options offertes, à un revenu fictif équivalant à plus d'une année de salaire.

L'AFC-GE n'excluait une imposition au "vesting" ou à l'exercice que par souci d'égalité de traitement avec les autres collaborateurs de la société. Ce faisant, elle admettait implicitement qu'une telle imposition n'était en soi pas exclue. Or, en tant que directeur, le contribuable n'était pas soumis au même plan d'options que les employés de la société. Ses options avaient fait l'objet d'une opération particulière et distincte du plan.

Les contribuables ont conclu principalement à ce que les options soient imposées à l'exercice, et à la fixation du montant imposable complémentaire au titre de l'impôt à la source 2000 à CHF 89'610 -. Subsidiairement, ils ont conclu à une imposition des options au "vesting" en 2000, 2001, 2002, 2003 et 2004, à la fixation d'un montant imposable complémentaire au titre de l'impôt à la source 2000 à CHF 89'610.- et au renvoi du dossier à l'AFC-GE pour qu'elle procède au calcul de la valeur fiscale de 1'020 options "vestées" au 31 décembre 2000, et qu'elle établisse un nouveau bordereau rectificatif tenant compte en sus d'une déduction d'une commission de perception de 3%. Enfin, ils ont sollicité l'octroi d'une indemnité de procédure.

13. Le 3 mai 2007, l'AFC-GE a répondu en concluant au rejet du recours. Les contribuables ont encore répliqué le 9 mai 2007.

14. Par décision du 3 novembre 2008, la commission a rejeté le recours.

Les conditions pour l'ouverture d'une procédure en rappel d'impôt étaient remplies.

La précarité du droit du contribuable sur les options de la société n'était pas établie. Celui-ci n'avait à aucun moment dit qu'il avait été ou aurait risqué d'être déchu de son droit d'option. Il était par ailleurs toujours inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur délégué de la société. Les options litigieuses avaient donc été effectivement et définitivement octroyées au contribuable dans la période de vesting expirant en janvier 2005. Le risque de perte des options promises étant très limité, l'imposition devait se faire au moment de l'attribution des options, en tenant compte d'un abattement lié à la durée du blocage. On ne pouvait pas en ce sens assimiler la situation du contribuable à celle d'un salarié dont l'octroi des options était lié à la réalisation d'objectifs incertains ou dont la fin des rapports de travail, même sans motif, impliquait la perte de toutes les options non encore acquises.

Les options avaient été correctement évaluées par l'AFC-GE et ce calcul était conforme à la circulaire n° 5. Les reprises étaient en conséquence validées et le bordereau en cause confirmé.

15. Le 17 décembre 2008, la débitrice et le contribuable ont recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée en reprenant leur argumentation développée dans leurs précédentes écritures.

En sus, la commission ne contestant pas le fait que les options étaient soumises à de nombreuses conditions personnelles, aurait dû admettre qu'à teneur de la circulaire n° 5, l'allocation des options constituait de simples droits expectatifs à imposer au moment de leur réalisation seulement, soit ultérieurement à l'octroi.

Pour trancher la question de savoir si l'on se trouvait ou non en présence de simples droits d'expectative, respectivement d'un risque de perte des options promises, il fallait nécessairement se placer au moment de l'octroi des options, et non des années après, soit a posteriori. Il était dès lors singulier que la commission se place au moment du "vesting" intégral des options en 2005, voire en 2008, pour démontrer d'une part que les options à "vesting", constituaient, au moment de leur attribution, des droits fermes et irrévocables, comme l'exigeait le principe de réalisation, et que d'autre part, les conditions de déchéance des options posées au moment de l'octroi n'avaient dans les faits aucune portée.

La société et le contribuable ont persisté dans leurs conclusions prises par devant la commission.

16. Le 13 janvier 2009, la commission a persisté dans les considérants et le dispositif de sa décision et produit son dossier.
17. L'AFC-GE a répondu au recours, le 19 février 2009, en concluant à son rejet.

Les clauses particulières figurant dans le contrat de travail du 6 novembre 2000, justifiant d'après les recourants l'empêchement d'une imposition à l'octroi selon la circulaire n° 5, ne différaient pas beaucoup de celles figurant dans le plan. A contrario, on trouvait un nombre important de similitudes.

a. En décembre 2000, le plan "N_____ S.A. Stock Option Plan" avait été présenté à l'AFC-GE. Bien que celui-ci ait été soumis sous la forme d'un projet, il avait ensuite été adopté par la recourante puisque plusieurs attributions d'options avaient été effectuées durant l'année 2000.

Sur la base de cette présentation, l'AFC-GE avait admis que les options allouées pouvaient être objectivement évaluées et faire partie du revenu imposable des personnes concernées à l'octroi. Cela n'avait pas été contesté par les contribuables lors de leur démarche du 30 octobre 2001 concernant la modification de l'un des paramètres rentrant dans la formule d'évaluation des options.

b. Le plan "N_____ S.A. Stock Option Plan" était entré en vigueur le 5 février 2001 et avait une durée de vie de 10 ans. Ce plan prévoyait une imposition des options à l'octroi. Les contribuables s'y référaient dans leurs écritures par devant la commission. Aussi, les options attribuées au contribuable et aux autres collaborateurs étaient issues du même plan. La seule différence résidait dans le mode de déblocage des options, le contribuable bénéficiant d'un plus avantageux.

Il était par conséquent justifié de taxer les options reçues par le recourant de la même manière que celles des autres collaborateurs de la société, soit au moment de leur attribution. Choisir un autre mode d'imposition pour le contribuable engendrait une inégalité de traitement.

L'imposition à l'octroi était de surcroît justifiée en application de la circulaire n° 5.

c. La capacité contributive du recourant n'était pas violée pour plusieurs raisons. D'une part, la réalisation de son revenu avait eu lieu au moment de l'attribution des options en application de la circulaire n° 5. D'autre part, il avait été traité comme les autres collaborateurs.

De plus, le contrat de travail prévoyait une indemnité équivalente à une année de salaire, ce qui laissait penser qu'elle avait été pensée afin de compenser la perte éventuelle des options non exercées.

Enfin, le contribuable avait conclu un contrat de prêt avec la société le 11 décembre 2001, qui constituait un avenant à son contrat de travail, et prévoyait une ligne de crédit de CHF 500'000.- pouvant être utilisée à des fins privées ou professionnelles. Dans tous les cas, le recourant n'avait aucune obligation de remboursement.

18. Le 6 avril 2009, les recourants ont répliqué en confirmant leurs conclusions.
- a. Le principe de la réalisation était la concrétisation sur le plan légal du principe de la capacité contributive de niveau constitutionnel. La circulaire n° 5 n'était donc pas applicable si son interprétation aboutissait à une violation du principe supérieur de réalisation. Cette circulaire, à laquelle se référait l'AFC-GE pour justifier d'une imposition à l'octroi, ne traitait pas des options à « vesting ». Ces dernières faisaient l'objet d'une réglementation spécifique dans la lettre-circulaire 2003. Or, celle-ci excluait précisément une imposition à l'octroi de telles options en application du principe de réalisation. L'acquisition ferme et irrévocable du revenu dans le cas de ces options intervenait au plus tôt au moment du « vesting ».
 - b. L'indemnité "Severance payment", à laquelle faisait référence l'AFC-GE, allouant une année de salaire entier au contribuable, ne lui était donnée que si les rapports de travail prenaient fin pour des raisons qui ne lui étaient pas imputables. Cette disposition contractuelle ne réglait ni le sort des options offertes, ni la compensation de leur perte.
 - c. La situation du contribuable était différente de celle des autres collaborateurs. Le droit à l'égalité de traitement n'avait donc pas d'impact spécifique. Le recourant n'avait d'ailleurs jamais été mentionné comme faisant partie des personnes bénéficiant du plan dont le traitement fiscal avait été soumis à l'approbation de l'AFC-GE ; il n'était dès lors pas lié par ce traitement.

19. Par écriture du 5 mai 2009, l'AFC-GE a dupliqué.

La lettre-circulaire 2003 était fondée sur un arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 20 novembre 2002 et fixait l'imposition des options au moment de l'acquisition irrévocable du droit. Pour des raisons pratiques, le canton de Genève n'avait jamais appliqué cette circulaire, ni d'ailleurs la majorité des autres cantons. Le moment de l'acquisition irrévocable du droit était difficile en pratique à déterminer, attendu qu'il dépendait de différents facteurs. La taxation des options en cause devait en conséquence être appréhendée sous l'angle de la circulaire n° 5.

Dès le moment où les options avaient été acceptées par l'employé, celui-ci réalisait une augmentation de son patrimoine réel, même si par la suite il ne pourrait jamais bénéficier des expectatives de gains en capital liées aux options reçues.

Par ailleurs, il se justifiait de régler la situation du recourant de la même manière que celle des autres collaborateurs, dès lors que le processus d'acceptation avait été identique dans les deux cas.

20. Le 12 mai 2009, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Elle ne l'est en revanche pas par les motifs qu'elles invoquent.
3. Les recourants admettent le principe d'une imposition à la source pour l'année 2000. Reste à déterminer à quel moment le revenu provenant des options allouées en 2000 a été réalisé, le revenu n'étant imposable que dans cette hypothèse. Cette condition essentielle constitue en effet le fait générateur de l'imposition (X. OBERSON ; Droit fiscal suisse, Bâle, 2007, p. 83 n. 12).
4. Suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 6 novembre 1995 (RDAF 1997 II 561) portant sur le revenu des personnes physiques et sur l'aspect particulier d'une attribution d'actions à un salarié, l'AFC-CH a édicté la circulaire n° 5.
5. a. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'article 49 lettre a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) (ATF 121 II 478 consid. 2b, ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées).

b. Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en

considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c).

6. a. Selon la circulaire n° 5, les options de collaborateurs donnent à leurs bénéficiaires un droit formateur à acquérir, à un prix de faveur, des droits de participation dans l'entreprise qui émet l'option ou dans une autre entreprise proche de celle-ci (options call) (chiffre 2.2).

b. Le collaborateur qui obtient des options à un prix de faveur réalise un revenu découlant d'une activité lucrative dépendante. Compte tenu de la complexité de la situation qu'engendre l'émission par l'employeur d'options de collaborateurs, l'employeur est soumis à un devoir de collaborer particulier aussi bien lors de la remise de l'option que durant la période représentée par un éventuel délai de blocage (interdiction d'exercer l'option, de l'aliéner ou de la transmettre). Le devoir de collaborer implique notamment que l'employeur fasse évaluer l'option par des spécialistes rompus au commerce des options et qui disposent de méthodes d'évaluation reconnues dans la pratique (chiffre 4.1).

c. Les options d'une durée supérieure à 10 ans ou qui sont assorties d'un délai de blocage de plus de 5 ans n'ont pas qualité d'options de collaborateurs au sens de cette circulaire, étant donné que de telles options ne peuvent pas être évaluées objectivement. Il en va de même des options assorties de nombreuses conditions personnelles. En pareils cas, on se trouve en présence de simples droits d'expectative. Par conséquent, au moment de l'attribution des options, on ne saurait considérer qu'un revenu découlant d'une activité lucrative dépendante est réalisé. Ce n'est qu'au moment où elle est exercée que l'option constitue un revenu imposable pour le collaborateur (chiffre 4.1).

7. Le 6 mai 2003, l'AFC-CH a été amenée à préciser la circulaire n° 5 par la lettre-circulaire 2003. Elle faisait suite à un arrêt du 20 novembre 2002 du Tribunal administratif du canton de Zurich, qui avait estimé que le revenu provenant d'options évaluables de collaborateurs était réalisé au moment du "vesting", et non au moment de l'octroi.

L'AFC-CH a précisé que par "période vesting", il fallait comprendre la période pendant laquelle le collaborateur devait en quelque sorte "mériter" les options. Le collaborateur qui n'atteignait pas certains objectifs ou qui quittait l'entreprise pouvait perdre ses options avant même de pouvoir les exercer. Jusqu'à la fin de la "période vesting", l'acquisition de la propriété de l'option était donc soumise à une condition suspensive. Aussi longtemps que cette condition n'était pas remplie, le collaborateur n'acquiescail pas irrévocablement la propriété de l'option. Il ne possédait donc qu'un simple droit expectatif. Par conséquent, il

n'était pas juste d'imposer les options à "vesting" au moment de l'attribution (point 2 de la lettre-circulaire 2003 intitulé "Précisions concernant la circulaire n° 5").

L'AFC-CH a précisé qu' « un examen des plans d'options de collaborateurs actuels à la lumière de cet arrêt (arrêt zurichois) a révélé toutefois que les options à "vesting" ne sont en règle générale pas encore irrévocablement acquises au termes de la "période vesting". L'acquisition irrévocable de la propriété est la plupart du temps subordonnée en plus à la condition que le collaborateur soit toujours au service de l'entreprise au moment où il exerce ses options. Jusqu'à l'exercice de l'option, le collaborateur n'a pas la possibilité de réaliser la valeur incorporée à l'option, car les options de collaborateurs sont inaliénables. Elles ne rapportent un revenu que si elles peuvent être exercées effectivement. Jusqu'à ce moment, il ne s'agit toujours que d'un simple droit expectatif. Il faut donc rejeter l'imposition à la fin de la "période vesting" » (point 2 de la lettre-circulaire 2003).

"Au cas où les options à "vesting" ne sont que de "simples droits expectatifs" jusqu'à l'exercice de l'option, l'imposition du revenu doit n'avoir lieu qu'au moment de l'exercice de l'option conformément à la circulaire n° 5 du 30 avril 1997" (point 2 de la lettre-circulaire 2003).

Dans son rapport adressé au Département fédéral des finances, le groupe de travail mixte, travaillant sur le projet de loi fédérale sur l'imposition des participations de collaborateurs, relève également que l'imposition des options à "vesting" au moment de l'attribution peut être erronée. Il propose de les imposer au moment de l'acquisition irrévocable de la propriété de l'option (point 5 de la lettre-circulaire 2003).

8. Dans un arrêt récent du 8 septembre 2009 (ATA/439/2009), le Tribunal administratif s'est penché sur la question du moment déterminant pour l'imposition d'options attribuées à un employé par sa société. Dans cette affaire, ce dernier acquérait un droit ferme sur 3'875 options en 2001. 25% des options devait être libéré douze mois après la date de l'offre, un autre 25%, vingt-quatre mois après la date de l'offre, et le solde de 50% trente-six mois après la date de l'offre, et cela pour autant que le bénéficiaire soit toujours employé par la société à la date correspondante. Celui-ci ayant été licencié en 2003, le Tribunal administratif a estimé, au regard de la lettre-circulaire 2003, qu'il fallait imposer les options reçues au moment de l'exercice de leur exercice et non dans le cadre de l'IFD 2001 et 2002.
9. Dans le cas d'espèce, les recourants ont conclu, par contrat du 6 novembre 2000, à l'octroi de 4'080 options en faveur du contribuable. Ce contrat est le seul document à prendre en considération, dès lors qu'il ne fait référence à aucun autre plan et qu'il dispose à son article 18 qu'il constitue l'entier de l'accord entre les parties ("This Agreement constitutes the entire agreement among the parties hereto with respect to the subject matter hereof"). Il prévoit également des

périodes de "vesting" particulières pour le contribuable qui divergent de celles mises en place pour le reste des collaborateurs de l'entreprise. De surcroît, il stipule que le contribuable, en sa qualité de CEO de la société, est membre de son comité directeur, et en cette qualité il participe à la détermination des modalités d'attribution d'options aux autres employés. Cela explique pourquoi l'allocation d'options à ce dernier est exclusivement traitée par les dispositions du contrat. L'argument de l'AFC-GE consistant à exclure une imposition à l'exercice par souci d'égalité de traitement avec les autres collaborateurs est dès lors erroné. C'est bien au regard du contrat précité qu'il faut déterminer à quel moment les options en cause doivent être imposées.

Ledit contrat prévoit certes une clause d'"accelerated vesting", autorisant le recourant à exercer immédiatement son droit d'option durant une période de 90 jours en cas de licenciement "ordinaire" et en cas de démission pour justes motifs. Le contribuable perd en revanche son droit d'exercer ses options en cas de licenciement avec effet immédiat et en cas de démission sans justes motifs. A l'instar de l'affaire jugée par le Tribunal administratif ci-dessus mentionnée, le contrat prévoit donc des options à conditions cumulatives dans la mesure où le recourant ne peut acquérir de droit ferme avant une certaine date sur une partie seulement des options. Il s'ensuit, qu'au regard cette jurisprudence et en application des circulaires précitées, une imposition à l'exercice des options offertes est justifiée. En effet, l'acquisition irrévocable de la propriété des options ne peut avoir lieu avant.

Une imposition à l'exercice permet également de réconcilier l'imposition de ce type d'instruments avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la notion générale de réalisation du revenu (G. Prod'hom, P. Prod'hom, Le projet d'imposition des plans d'options de collaborateurs in L'expert-comptable suisse 10/03 p. 856).

10. Bien fondé, le recours sera admis. La décision de la commission du 3 novembre 2008 sera annulée de même que le bordereau de l'AFC-GE du 19 décembre 2000.

Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de l'AFC-GE, le recours n'étant pas dirigé contre une décision de la commission cantonale de recours en matière administrative (art. 11 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03).

Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée conjointement aux recourants, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 17 décembre 2008 par Monsieur B_____ et N_____ S.A. contre la décision de la commission cantonale de recours en matière d'impôts du 3 novembre 2008 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 3 novembre 2008 de la commission cantonale de recours en matière d'impôts ;

annule le bordereau rectificatif d'impôt à la source 2000 du 19 novembre 2000 ;

renvoie la cause à l'administration fiscale cantonale pour nouvelle taxation dans le sens des considérants ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge de l'administration fiscale cantonale ;

alloue à Monsieur B_____ et N_____ S.A., une indemnité de procédure conjointe de CHF 1'500.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à

communiquent le présent arrêt à Me David Minder, avocat des recourants, à l'administration fiscale cantonale et à la commission cantonale de recours en matière administrative.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni et M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

F. Rossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :