

Plans d'options d'achat d'actions pour les salariés : problèmes transfrontaliers concernant l'impôt sur le revenu



CENTRE DE POLITIQUE ET D'ADMINISTRATION FISCALES

23 août 2004

**PLANS D'OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS POUR LES SALARIÉS : PROBLÈMES
TRANSFRONTALIERS CONCERNANT L'IMPÔT SUR LE REVENU :**

RAPPORT APPROUVÉ PAR LE COMITÉ DES AFFAIRES FISCALES

En mars 2002, le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE a rendu public un premier projet de rapport sur les problèmes d'impôt sur le revenu transfrontaliers relatifs aux plans d'options d'achat d'actions pour les salariés. Un certain nombre de problèmes conventionnels pouvant être causés par les options d'achat d'actions pour les salariés étaient identifiés dans ce rapport

Suite à l'examen des commentaires reçus sur ce premier projet, le Comité a produit un second projet de rapport qui incluait des propositions de modifications aux Commentaires du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Ce nouveau projet a été rendu public le 23 juillet 2003.

Le Comité remercie les individus et organisations qui ont formulé des commentaires sur ce deuxième projet. Compte tenu de ces commentaires, le Comité a maintenant complété son rapport sur la question. Le rapport final (ci-joint) a été approuvé le par le Comité le 16 juin 2004.

SOMMAIRE

Introduction.....	3
Description générale des plans d'option d'achat d'actions.....	3
Problèmes concernant le salarié.....	6
Décalage quant au moment où l'avantage dont bénéficie le salarié est imposé.....	6
Distinction entre le revenu d'emploi et les gains en capital.....	9
Difficulté de détermination des services auxquels l'option d'achat d'actions se rattache.....	12
Services d'emploi fournis dans plus d'un État.....	15
Imposition dans plusieurs États de résidence.....	17
Problèmes de mise en application.....	20
Aliénation d'options d'achat d'actions du fait d'une fusion ou d'une acquisition et du remplacement des options.....	21
Questions de valorisation.....	22
Attribution d'options d'achat d'actions aux membres d'un conseil d'administration ou de surveillance.....	23
Problèmes concernant l'employeur.....	24
Déductibilité des coûts des plans d'options d'achat d'actions.....	24
Rémunération « supportée par » un établissement stable.....	25
ANNEXE 1 - ILLUSTRATION GRAPHIQUE.....	26
ANNEXE 2 - MODIFICATIONS AU MODÈLE DE CONVENTION FISCALE DE L'OCDE.....	27

PLANS D'OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS POUR LES SALARIÉS : PROBLÈMES TRANSFRONTALIERS CONCERNANT L'IMPÔT SUR LE REVENU

Introduction

1. Cette note examine les problèmes transfrontaliers que peut poser, dans le contexte des conventions fiscales, l'utilisation de plans d'options d'achat d'actions comme élément de rémunération des salariés et présente un certain nombre de modifications aux commentaires du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE qui visent à régler ces problèmes. Cette note vise principalement les problèmes concernant l'imposition des salariés ; les problèmes de prix de transfert posés par les plans d'options d'achat d'actions pour les salariés¹ n'y sont pas traités.

2. Cette note concerne uniquement les plans d'options d'achat d'actions pour les salariés, à l'exclusion de toute autre forme de rémunération à caractère participatif — plans d'attribution d'actions ou d'achat d'actions², plans d'attribution d'actions fictives, droits liés à l'appréciation de la valeur de l'action ou options attribuées aux salariés par des employeurs non constitués en société (fonds communs de placement attribuant des options d'achat de parts du fonds, par exemple). Même si les problèmes et les principes examinés ici peuvent être pertinents en ce qui concerne le traitement fiscal de ces autres formes de rémunération participative, il faudra examiner les caractéristiques de chacune de ces formules avant de décider s'il est opportun de leur appliquer les principes développés dans cette note et, le cas échéant, selon quelle modalité.

3. Pour les besoins de cette note, il n'est faite aucune distinction entre les options « dans l'argent »³ et les options « en dehors de l'argent », toutes les options étant couvertes ici, que le prix d'exercice soit inférieur, égal ou supérieur à la valeur de l'action sous-jacente au moment où l'action est attribuée.

4. Cette note n'examine pas les problèmes de sécurité sociale qui ont trait aux options d'achat d'actions. De même, les problèmes de valorisation que posent les options d'achat d'actions ne sont traités que sous des aspects limités, en rapport essentiellement avec les problèmes connexes de change.

Description générale des plans d'option d'achat d'actions

5. On trouvera ci-après une brève description de certains aspects de ces plans aux fins de cette note :

1. Aux États-Unis, les plans d'actionnariat des salariés (*employee stock-ownership plans*) sont désignés par l'acronyme ESOP, qui est aussi utilisé ici, dans la version anglaise, pour désigner les plans d'options d'achat d'actions pour les salariés (*employee stock-option plans*).

2. Pour les besoins de cette note, les plans d'achat d'actions qui attribuent aux salariés des options d'achat d'actions ou d'autres droits d'acquies des actions de l'employeur (plans appelés « *section 423 plans* » aux États-Unis, par exemple) sont considérés comme des plans d'options d'achat d'actions, à la différence des plans qui permettent simplement aux salariés de recevoir directement des actions ou d'acheter directement des actions de l'employeur.

3. Une option est dite « dans l'argent » lorsque le prix d'exercice de l'option est inférieur à la valeur marchande de l'action sous-jacente au moment de l'attribution de l'option. À l'inverse, une option d'achat est dite « en-dehors de l'argent » lorsque le prix d'exercice est égal ou supérieur à cette valeur marchande.

Option d'achat d'actions Une option d'achat d'actions est une option d'achat, autrement dit un droit d'acquérir une action auprès d'un vendeur donné à un moment donné (option dite européenne) ou pendant une période donnée (action dite américaine) pour un prix donné (prix d'exercice).

Plan d'options d'achat d'actions Dans le cadre d'un tel plan, des options d'achat d'actions sont attribuées aux salariés, généralement sous certaines conditions (période d'acquisition des droits [*vesting*], par exemple). Le « vendeur » des actions est souvent, mais pas nécessairement, l'employeur (par exemple, le « vendeur » peut être une entreprise associée). De même, l'option peut être attribuée par l'employeur, une entreprise associée ou un intermédiaire (notamment une fiducie [*trust*]). Les actions sur lesquelles portent les options dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions sont généralement émises par la société à cette occasion, mais il n'est pas rare qu'il s'agisse d'actions déjà émises que la société acquiert sur le marché. En règle générale, la date d'attribution est la date à laquelle est accordé aux salariés, généralement sous certaines conditions telles qu'une période d'acquisition du droit, le droit d'acquérir des actions dans un certain délai.

*Avantages pour le salarié*⁴ Avantage au moment où l'option est attribuée (ou au moment où elle est ultérieurement acquise) : l'option est attribuée au salarié gratuitement ou pour un prix inférieur à la valeur marchande au moment de l'attribution.

Avantage au moment où l'option est exercée : le salarié acquiert une action à un prix inférieur à sa valeur marchande et l'avantage dont il bénéficie correspond à la différence entre le prix payé et la valeur marchande de l'action à ce moment⁵.

Avantage au moment où les actions sont cédées : si les actions acquises dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions s'apprécient par la suite, cette plus-value peut être réalisée simplement en vendant les actions à leur valeur marchande.

Valeur d'une option d'achat d'actions Sur le plan financier, on peut valoriser une option à tout moment, y compris au moment où elle est attribuée (si la période d'exercice de l'option est trop longue ou si les conditions de son exercice sont trop complexes, l'évaluation risque cependant d'être beaucoup moins fiable). Les économistes financiers ont conçu des formules pour déterminer la valeur d'une option. Ces formules peuvent prendre en compte divers paramètres (qui peuvent eux-mêmes devoir être estimés) : prix au comptant de l'action, prix d'exercice, échéance, volatilité, taux d'intérêt et dividendes. La valeur d'une option dépend également des restrictions qui peuvent y être attachées (un délai d'acquisition des droits pour l'exercice ou la cession, ou un droit d'annulation, par exemple).

Acquisition [vesting] d'une option La notion d'acquisition [*vesting*] est couramment utilisée dans le cas des options américaines attribuées aux salariés. Une option est

4 . Le graphique présenté en annexe identifie les différents moments d'un plan d'options d'achat d'actions pour les salariés, avec les avantages qui s'y attachent.

5 . Un autre avantage découle de l'exercice de l'option : les dividendes que le salarié pourra percevoir ultérieurement en tant qu'actionnaire.

généralement considérée comme acquise lorsque toutes les conditions de son exercice sont remplies et l'option peut donc être exercée.

Parmi les conditions qui doivent être généralement remplies pour que le salarié puisse exercer l'option qui lui a été attribuée, on exige souvent du salarié qu'il continue à travailler pour l'employeur durant une certaine période. Dans la mesure où une telle condition doit être remplie pour que l'option puisse être exercée, cette condition a dans de nombreux pays la nature juridique d'une condition préalable (common law) ou d'une condition suspensive (droit civil). L'option n'est pas considérée comme acquise tant que cette condition n'est pas remplie. Toutefois, dans de nombreux pays, une condition subséquente (common law) ou une condition résolutoire (droit civil) n'empêcherait pas l'acquisition de l'option. Tel serait le cas, par exemple, d'une condition applicable après le moment à partir duquel l'option peut être exercée et en vertu de laquelle l'option devient caduque si la relation d'emploi cesse avant que l'option soit exercée. Lorsque toutes les conditions (notamment celle qui vient d'être indiquée) en vertu desquelles l'option peut devenir caduque ont disparu, on dit que l'option, déjà acquise dans l'exemple précédent, est acquise « irrévocablement ». Il y a donc une différence importante entre « acquisition » et « acquisition irrévocable » ; lorsqu'elle vise le moment où une option devient exerçable ou peut être exercée, la présente note vise le moment de l'« acquisition » et pas le moment de l'« acquisition irrévocable ».

La notion d'acquisition soulève des difficultés pour les options européennes dans la mesure où ces options ne sont pas exerçables avant la date d'expiration de l'option, c'est-à-dire la date à laquelle l'option doit être exercée (et deviendra caduque si elle n'est pas exercée à cette date)⁶. Aux fins de la présente note, il importe de distinguer la durée d'emploi nécessaire pour obtenir le droit d'exercer une option d'achat d'actions et la période qui est simplement le délai à l'issue duquel l'option pourra être exercée (période de blocage). Une option doit être considérée comme acquise dès que toutes les conditions nécessaires à son exercice sont réunies et que le droit d'exercer l'option ne peut plus devenir caduc, même si l'option n'est exerçable qu'à une date ultérieure. Par conséquent, aux fins de la présente note, une option européenne doit être considérée comme acquise à compter de la date à laquelle l'emploi n'est plus exigé (dès lors que toutes les autres conditions sont remplies), même si l'option ne peut être exercée qu'après cette date. Toutefois, lorsqu'il est prévu que l'option deviendra caduque si la relation d'emploi cesse avant la date à laquelle l'option peut être exercée, l'option ne sera pas considérée aux fins de la présente note comme ayant été acquise avant cette date.

6 . Un problème similaire se posera pour une option américaine en cas de délai entre le moment où toutes les conditions attachées à l'option sont remplies (de sorte que le droit d'exercer l'option à une date ultérieure ne peut plus devenir caduc) et le début de la période au cours de laquelle l'option peut être exercée.

Problèmes concernant le salarié

Décalage quant au moment où l'avantage dont bénéficie le salarié est imposé

6. Le fait que les avantages résultant d'un plan d'options d'achat d'actions pour les salariés soient imposés à des moments différents selon les pays est une source évidente de difficultés.

7. En règle générale, un pays peut imposer les avantages résultant, pour un salarié, d'un plan d'options d'achat d'actions à l'un ou l'autre des moments ci-après⁷ :

- lorsque l'option est attribuée ;
- lorsque l'option est acquise ou irrévocablement acquise ;
- lorsque l'option est exercée ou cédée ;
- lorsqu'il n'y a plus de restrictions à la vente des actions acquises au titre de l'option; ou
- lorsque les actions acquises au titre de l'option sont vendues⁸.

8. Un pays peut aussi taxer les divers éléments constitutifs de l'avantage lié aux options d'achat d'actions à des moments différents. Par exemple, il peut taxer partiellement l'avantage au moment où l'option est attribuée et, ensuite, au moment où les actions sont cédées ; ou bien encore, il peut taxer, dans un premier temps, l'avantage lié à une option d'achat d'actions pour autant que l'option soit « dans l'argent » et ne taxer qu'ultérieurement l'avantage résiduel (résultant de l'appréciation de la valeur de l'action après que l'option a été attribuée).

9. A l'évidence, lorsque les pays n'appliquent pas l'impôt au même moment aux différents éléments constitutifs de l'avantage lié aux options d'achat d'actions, cette situation peut créer les problèmes habituels d'allègement de la double imposition si l'État de la résidence et l'État de la source n'imposent pas au même moment (problèmes qui sont partiellement résolus par le report des crédits d'impôt étrangers sur les exercices ultérieurs ou antérieurs).

10. Cette situation peut aussi amener à se demander s'il y a lieu d'accorder un allègement et, dans l'affirmative, sur quel revenu. Par exemple, si l'État de la résidence n'impose pas les options d'achat d'actions et considère, en revanche, que le montant total du gain réalisé au titre de la vente des actions est un gain en capital, il peut être réticent à exempter le revenu imposé dans l'État de la source à un stade différent (au moment de l'exercice de l'option, par exemple) ou à accorder un crédit au titre de cet impôt. Même si l'État de la résidence accepte d'accorder un crédit d'impôt, il le limitera généralement au montant de l'impôt national perçu sur le même revenu, ce qui l'oblige à déterminer la quote-part de ce qu'il considère comme un gain en capital correspondant ce qui a été taxé par l'État de la source.

11. L'exemple suivant illustre les problèmes que soulève l'imposition à différents moments :

7. Cette liste n'est pas exhaustive puisque, dans certains pays, l'imposition peut intervenir à d'autres moments (par exemple, lorsque le salarié cesse d'être résident).

8. On notera que, dans un certain nombre de pays, le traitement fiscal des avantages résultant de l'option d'achat d'actions ou de la plus-value résultant de la vente des actions diffère selon la durée de détention des titres après qu'ils ont été acquis par le salarié.

Exemple: Le salarié E, résident de l'État A, a travaillé pendant sept mois dans l'État B. Une partie de la rémunération perçue par E au titre de son emploi dans l'État B l'a été sous forme d'options d'achat d'actions de la société Y, résidente de l'État B. En vertu de la législation de l'État B, le revenu d'emploi lié à l'option d'achat d'actions est soumis à l'impôt au moment de la vente des actions et est considéré comme correspondant à la différence entre le prix de vente des actions et le prix d'exercice (le montant payé par le salarié). Dans l'État A, l'avantage lié à l'option d'achat d'actions correspond à la différence entre la valeur des actions lorsque l'option est exercée et le montant payé par le salarié, cet avantage étant taxé lorsque l'option est exercée. E exerce son option au cours de l'année 1 et est alors imposé dans l'État A. Il vend les actions pendant l'année 3, moment où l'État B le taxe sur le gain réalisé.

12. L'article 15 autorise l'État de la source à imposer non seulement le revenu d'emploi qui est versé, crédité ou définitivement acquis alors que le salarié est présent dans cet État, mais encore tout revenu perçu ou réalisé avant ou après cette présence dans l'État de la source au titre des services rendus dans cet État. La condition posée par l'article 15 pour l'imposition par l'État de la source est que le revenu en question soit reçu au titre de l'exercice d'un emploi dans cet État, quel que soit le moment où ce revenu peut être versé, crédité, etc. L'État B peut donc imposer le gain en conformité avec l'article 15. Cependant, l'État B appliquera l'impôt au stade de la vente des actions. Puisque l'État A aura déjà imposé le même avantage deux ans auparavant, comme va-t-on accorder l'allègement de la double imposition ? Par ailleurs, l'État A pourra-t-il faire valoir que le fait générateur de l'impôt dans l'État B n'est pas le même pour refuser l'allègement ? Enfin, l'État A devrait-il essayer de déterminer la fraction de l'impôt perçu dans l'État B correspondant à ce qu'il impose lui-même (soit la différence entre le prix d'exercice et la valeur de l'action au moment où l'option a été exercée) ?

13. Un autre problème peut se poser si la loi nationale de l'État A considère que l'avantage résultant de l'exercice de l'option d'achat a sa source dans l'État A et non dans l'État B. Dans ce cas, toutefois, si l'État A reconnaît le droit de l'État B d'imposer l'avantage en vertu de la convention fiscale entre l'État A et l'État B, l'État A (État de la résidence) doit reconnaître le droit de l'État B (État de la source) de taxer l'avantage en vertu des règles de détermination de la source qui figurent dans la convention conclue par ces deux États. Les règles de la convention qui ont trait à l'élimination de la double imposition (si elles sont fondées sur le Modèle de l'OCDE) exigent effectivement que l'État A exonère cet avantage ou accorde un crédit d'impôt, même si son droit national localise différemment la source du revenu (comme l'explique la partie III du rapport sur l'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes).

14. Ainsi qu'il ressort des paragraphes précédents, les règles différentes des pays en matière d'imposition des options d'achat d'actions créent des risques de double imposition. Même si l'on peut faire valoir que tout élément de la rémunération d'un salarié, y compris son salaire, comporte le même risque, le fait est que les options d'achat d'actions poseront probablement davantage de problèmes, parce qu'elles sont souvent taxées à un moment (par exemple, lorsque l'option est exercée ou lorsque les actions sont vendues) qui est très différent du moment où le salarié exerce ses fonctions.

15. Le problème de l'allègement de la double imposition lorsque l'État de la résidence et l'État de la source ne taxent pas les options d'achat d'actions au même moment est en partie résolu du fait que l'application des dispositions du Modèle de convention fiscale de l'OCDE relatives à l'allègement de la double imposition n'est pas limitée dans le temps, en ce sens que l'allègement doit être accordé même si l'État de la résidence applique l'impôt à un autre moment que l'État de la source. Mais ceci ne règlera sans doute pas le problème dans le cas des pays qui ne suivent pas les articles 23A ou 23B du Modèle de convention fiscale, par exemple parce qu'ils subordonnent l'allègement de la double imposition qu'ils accordent en vertu des conventions fiscales à ce qui est accordé en vertu de leur législation nationale. On

s'attend toutefois que ces pays recherchent d'autres moyens d'alléger la double imposition qui, sinon, pourrait en résulter.

16. L'autre problème évoqué au paragraphe 10 ci-dessus se pose lorsque l'État de la résidence et l'État de la source non seulement appliquent l'impôt à des moments différents, mais, ce faisant, donnent aussi une qualification différente à l'avantage (gain en capital ou revenu d'emploi). Ce problème est traité dans la section suivante.

17. A la lumière de cette analyse, le Comité a décidé de modifier comme suit les Commentaires du Modèle de Convention fiscale :

Ajouter le paragraphe 2.2 suivant aux commentaires sur l'article 15 :

« 2.2 La condition prévue par l'article pour l'imposition par l'État de la source est que les salaires, traitements et autres rémunérations similaires proviennent de l'exercice d'un emploi dans cet État. Cette règle s'applique quel que soit le moment où ce revenu peut être versé, crédité ou autrement définitivement acquis par le salarié. »

Ajouter le titre et les paragraphes 12 et 12.1 suivants aux commentaires sur l'article 15 :

« Traitement des options d'achat d'actions pour les salariés »

12. Les règles différentes d'un pays à l'autre qui s'appliquent à l'imposition des options d'achat d'actions pour les salariés créent des problèmes particuliers qui sont examinés ci-après. S'il est vrai qu'un grand nombre de ces problèmes se posent pour d'autres formes de rémunération des salariés, en particulier celles qui se fondent sur la valeur des actions de la société de l'employeur ou d'une société apparentée, ils sont particulièrement aigus dans le cas des options d'achat d'actions. Cela tient pour une large part à ce que les options d'achat d'actions sont souvent imposées à un moment (par exemple, lorsque l'option est exercée ou lorsque les actions sont vendues) qui est différent du moment où sont fournis les services d'emploi que ces options rémunèrent.

12.1 Comme il est indiqué au paragraphe 2.2, l'article autorise l'État de la source à imposer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui constitue une rémunération provenant de l'emploi exercé dans cet État, même si l'impôt est perçu à un moment ultérieur, lorsque le salarié n'est plus employé dans cet État. »

Ajouter le paragraphe 32.8 suivant aux commentaires sur les articles 23A et 23B :

F. Décalage quant au moment de l'imposition

« 32.8 Les dispositions de la Convention qui autorisent l'État de la source à imposer des éléments particuliers de revenu ou de capital ne prévoient aucune restriction quant au moment où l'impôt en question doit être appliqué (voir, par exemple, le paragraphe 2.2 des commentaires sur l'article 15). Puisque aussi bien l'article 23A que l'article 23B exigent que l'allègement soit accordé lorsqu'un élément de revenu ou de capital peut être imposé par l'État de la source conformément aux dispositions de la Convention, il s'ensuit que cet allègement doit être accordé quel que soit le moment où l'impôt est exigé par l'État de la source. L'État de la résidence doit donc accorder l'allègement de la double imposition par la méthode de l'imputation ou de l'exemption pour cet élément de revenu ou de capital, même si l'État de la source l'impose au cours d'une année antérieure ou postérieure. Toutefois, certains États ne suivent pas le libellé de l'article

23A ou de l'article 23B dans leurs conventions bilatérales et subordonnent l'allègement de la double imposition qu'ils accordent en vertu des conventions fiscales à ce qu'ils accordent en vertu de leur législation nationale. On attend néanmoins de ces pays qu'ils recherchent d'autres moyens (par exemple, la procédure amiable) pour alléger la double imposition qui pourrait sinon se produire dans le cas où l'État de la source applique l'impôt au cours d'une année fiscale différente. »

Distinction entre le revenu d'emploi et les gains en capital

18. Il ne fait aucun doute qu'une option d'achat d'actions attribuée dans le cadre de la rémunération d'un emploi entre dans la catégorie des « salaires, traitements et autres rémunérations similaires », même si la société qui l'attribue n'est pas l'employeur du bénéficiaire (cas, par exemple, où le plan d'options d'achat d'actions couvre les salariés des filiales)⁹. Même s'il est clair que l'attribution à un salarié d'options d'achat d'actions fait partie de sa rémunération au regard de l'article 15, certains commentateurs considèrent que la détention et l'exercice ultérieur de l'option constituent une décision d'investissement et que la différence entre le gain réalisé au moment de l'exercice de l'option et la valeur de l'option au moment où elle a été attribuée est un gain en capital relevant de l'article 13, qui ne permet pas l'imposition du gain dans l'État de la source, et non de l'article 15, qui la permet. D'autres commentateurs sont d'avis que cette analyse ne doit s'appliquer qu'à la fraction du gain observé après l'acquisition [*vesting*] de l'option, puisque le salarié ne peut pas, avant ce moment, prendre une décision d'investissement, à savoir conserver ou exercer l'option. Toutefois, d'autres commentateurs font valoir que tout avantage découlant de l'option, y compris tout gain réalisé lors de la vente des actions acquises au moyen de cette option, doit être considéré comme un revenu d'emploi, puisque le salarié a exercé l'option et acquis l'action uniquement parce qu'il a été rémunéré grâce à cette option.

19. Si les pays devaient adopter des interprétations différentes sur ce point, les conflits d'interprétation en résultant créeraient des situations de double imposition ou de double exemption. Hormis cet éventuel conflit d'interprétation, il peut y avoir conflit de qualification¹⁰ entre un pays qui impose l'option d'achat d'actions au moment de son attribution et un autre qui l'impose au moment de l'exercice de l'option. Le premier État pourrait conclure qu'au regard de sa loi nationale le gain en capital réalisé au moment de la cession des actions, qui relève de l'article 13 (et n'est donc pas imposable dans l'État de la source), correspond à la différence entre le prix de cession et la somme du prix d'exercice et de la valeur de l'option au moment où elle a été attribuée. Toutefois, le deuxième État considérerait que le gain en capital ne serait que la fraction du gain qui excède la valeur de l'action au moment de l'exercice de l'option. Si le premier État admet que l'approche du deuxième État ne viole pas la convention, il y aura conflit de qualification au sens de la section III du rapport sur l'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes, ce conflit devant être traité et résolu selon les principes décrits aux paragraphes 31.1 à 32.7 des commentaires sur les articles 23A et 23B. Par conséquent, le premier État admettant que l'imposition par le deuxième État ne viole pas la Convention, cette imposition doit être considérée comme conforme aux dispositions de la Convention et le premier État doit accorder un allègement (pour autant que l'article de la convention applicable relatif à l'élimination de la double imposition repose sur le libellé du Modèle de convention fiscale).

9. Dans certains pays, l'obligation de retenue à la source qui est faite à l'employeur direct peut créer des difficultés administratives lorsque l'option est accordée par un tiers et n'est pas considérée comme étant accordée par l'employeur.

10. La différence entre les deux types de conflit est expliquée au paragraphe 32.5 des commentaires sur les articles 23A et 23B du Modèle de convention de l'OCDE.

20. La question de savoir si un avantage est un gain en capital ou un revenu d'emploi se pose également pour les gains réalisés lors de l'aliénation des options d'achat d'actions par le salarié. Cette aliénation peut se produire si les options sont cédées ou si elles sont annulées ou acquises par l'employeur (par exemple, lorsque l'emploi cesse ou lorsque l'option est remplacée).

21. Les discordances des conventions fiscales qui créent des situations de double imposition ou de double non-imposition seront plus fréquentes lorsqu'un pays traite l'intégralité de l'avantage lié à une option d'achat d'actions comme un gain en capital, la majorité des autres pays considérant que cet avantage est en totalité ou en partie un revenu d'emploi.

22. Le fait qu'un grand nombre de pays imposent comme revenu d'emploi l'intégralité du gain réalisé au moment de l'exercice de l'option (c'est-à-dire la différence entre la valeur marchande des actions à ce moment et le montant acquitté par le salarié pour les acquérir) montre que ces pays considèrent qu'aux fins des articles 13 et 15 la ligne de partage est le moment où l'option est exercée et où le salarié devient donc actionnaire.

23. Le Comité est convenu que cette solution, qui correspond à la pratique suivie par de nombreux pays, était la plus adéquate. Il n'est pas seulement commode de retenir la date d'exercice comme ligne de partage entre le revenu d'emploi et les gains en capital ; il paraît juste également de considérer que le salarié soit traité comme un investisseur uniquement dès le moment où il acquiert la qualité d'actionnaire et investit de l'argent à cet effet. Le Comité est donc convenu que tout avantage découlant de l'option d'achat d'actions jusqu'à ce que l'option soit exercée, vendue ou autrement aliénée doit être traité comme un revenu d'emploi auquel l'article 15 s'applique.

24. Le Comité est également convenu que l'avantage découlant d'une option d'achat d'actions destinée à un salarié ne pouvait pas en règle générale relever de l'article 21 ou de l'article 18, même si l'option était exercée après cessation de l'emploi ou départ en retraite. L'article 21, qui a un caractère résiduel, n'est pas applicable, puisque ce sont l'article 13 ou l'article 15 qui s'appliquent. L'article 18 ne concerne que les retraites et autres rémunérations similaires, ce qui ne couvre pas les options d'achat d'actions des salariés. Ainsi, par exemple, si une option devenue exerçable avant qu'un salarié prenne sa retraite est exercée après le départ en retraite, l'article 18 ne sera pas applicable à l'avantage découlant de l'option.

25. L'exemple suivant illustre les conclusions auxquelles est parvenu le Comité :

Exemple : Le salarié E est résident de l'État A le 1er janvier 1998 et il travaille dans cet État à cette date. Il se voit attribuer une option d'achat d'actions au prix 1, sous réserve d'occuper cet emploi au moins jusqu'au 1er janvier 2001. Le 31 décembre 1999, il part travailler dans l'État B, dont il devient résident. Il exerce l'option le 1er janvier 2001, la valeur marchande des actions acquises étant alors égale à 7, mais il ne vend les actions que le 31 décembre 2002, la valeur marchande étant alors égale à 9. Les États A et B taxent à l'exercice et l'État B taxe également lorsque les actions acquises sont vendues.

Le gain qui naît entre l'attribution de l'option et la date d'acquisition du droit et d'exercice, en l'occurrence 6, doit être considéré comme un revenu d'emploi visé à l'article 15. L'État A peut taxer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui découle de l'emploi exercé dans cet État. Si l'année comporte 260 jours ouvrables, l'État A peut taxer 2/3 de ce gain, c'est-à-dire 4 (cela résulte des conclusions de la section ci-après qui traite de la détermination des services d'emploi auxquels l'option se rapporte). L'État B doit accorder un allègement pour cet impôt, par la méthode de l'exemption ou par la méthode de l'imputation. Mais une fois que l'option a été exercée, le salarié se trouve dans la même situation que tout

actionnaire. Le gain qui se rapporte à la période écoulée entre l'acquisition et la vente des actions acquises en vertu de l'option relève de l'article 13 et l'État B, en tant qu'État de la résidence, a seul le droit d'imposer ce gain.

26. Le Comité a donc décidé que ces conclusions devraient être prises en compte dans le Modèle de convention fiscale sous la forme des modifications suivantes :

Ajouter le paragraphe 32 suivant aux commentaires sur l'article 13

«32. Il faut distinguer le gain en capital pouvant résulter de l'aliénation d'actions acquises par exercice d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié ou au membre d'un conseil d'administration ou de surveillance de l'avantage résultant de l'option d'achat d'actions qui relève des articles 15 ou 16. Les principes sur lesquels cette distinction se fonde sont examinés au paragraphe 12.2 à 12.5 des commentaires sur l'article 15 et au paragraphe 3.1 des commentaires sur l'article 16. »

Remplacer le paragraphe 2.1 des commentaires sur l'article 15 par le texte suivant (changement en italiques gras)

« 2.1. Les pays Membres ont généralement compris l'expression « salaires, traitements et rémunérations similaires » comme incluant les avantages en nature reçus au titre d'un emploi (par exemple **des options d'achat d'actions**, l'usage d'une habitation ou d'une automobile, le bénéfice d'une assurance-maladie ou d'une assurance-vie et les adhésions à des clubs). »

Ajouter les paragraphes 12.2 à 12.5 suivants aux commentaires sur l'article 15

«12.2 L'article s'applique à l'avantage lié à l'emploi qui résulte d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié quel que soit le moment où cet avantage est imposé, mais il faut distinguer cet avantage lié à l'emploi du gain en capital pouvant provenir de l'aliénation d'actions acquises par exercice de l'option. C'est cet article, et non l'article 13, qui s'applique à tout avantage découlant de l'option jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée (par exemple en cas d'annulation ou d'acquisition par l'employeur ou l'émetteur). Toutefois, dès lors que l'option a été exercée ou aliénée, l'avantage lié à l'emploi a été réalisé, et tout gain ultérieur sur les actions acquises (c'est-à-dire la valeur des actions telle qu'observée après l'exercice) est obtenu par le salarié en sa qualité d'investisseur-actionnaire et relève de l'article 13. En effet, c'est au moment de l'exercice que l'option - ce que le salarié a obtenu du fait de son emploi - s'éteint et que le bénéficiaire acquiert le statut d'actionnaire (et, généralement, investit de l'argent pour acquérir ce statut). Mais lorsque l'option qui a été exercée donne le droit au salarié d'acquérir des actions qui ne seront irrévocablement acquises qu'à la fin d'une période d'emploi exigée, il convient d'appliquer cet article à l'accroissement de valeur éventuellement observé jusqu'à la fin de la période d'emploi exigée qui est postérieure à l'exercice de l'option.

12.3 Le fait que l'article ne s'applique pas à l'avantage obtenu après l'exercice ou l'aliénation de l'option n'implique en aucune manière que l'imposition du revenu d'emploi en droit interne doive intervenir au moment de cet exercice ou de cette aliénation. Comme on l'a déjà indiqué, l'article n'impose aucune restriction quant au moment où le revenu en question peut être imposé par l'État de la source. Par conséquent, l'État de la source pourrait imposer le revenu en question au moment de l'attribution de l'option, au moment de l'exercice (ou de l'aliénation de l'option), au moment de la vente de l'action ou à tout autre moment. Toutefois, l'État de la source ne peut imposer que l'avantage lié à l'option même et pas ce qui correspond à la détention ultérieure des

actions acquises par exercice de cette option (sauf dans les circonstances visées dans la dernière phrase du paragraphe précédent).

12.4 Puisque le paragraphe 1 doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à tout avantage découlant de l'option jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée, peu importe la qualification de cet avantage ou de tout élément de cet avantage en droit fiscal interne. En conséquence, alors même que l'article doit être interprété en ce sens qu'il permet à l'État de la source d'imposer l'avantage observé jusqu'au moment où l'option a été exercée, vendue ou autrement aliénée, c'est à cet État qu'il appartient de se prononcer sur la façon d'imposer cet avantage, par exemple en tant que revenu d'emploi ou en tant que gain en capital. Si l'État de la source décide, par exemple, d'appliquer à l'option un impôt sur les gains en capital lorsque le salarié cesse d'être résident de ce pays, cet impôt sera autorisé en vertu de l'article. Il en sera de même dans l'État de la résidence. Par exemple, alors même que cet État aura un droit exclusif d'imposer l'accroissement de valeur de l'action observé après l'exercice, puisque cet accroissement de valeur sera considéré comme relevant de l'article 13 de la Convention, il pourra décider de l'imposer en tant que revenu d'emploi ou en tant que gain en capital en vertu de sa législation interne.

12.5 L'avantage découlant d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié ne relèvera pas en général de l'article 21, qui ne s'applique pas aux revenus régis par d'autres articles, ou de l'article 18, qui ne s'applique qu'aux retraites et aux rémunérations similaires, même si l'option est exercée après cessation de l'emploi ou départ en retraite. »

Difficulté de détermination des services auxquels l'option d'achat d'actions se rattache

27. Sous réserve de l'exception prévue à son paragraphe 2, l'article 15 autorise l'État de la source à imposer les rémunérations correspondant aux services qui sont fournis sur son territoire. Dans bien des cas, il peut être difficile de déterminer à quels services l'attribution d'une option d'achat d'actions se rapporte. Dans certains cas, l'option d'achat d'actions est considérée comme la récompense de performances passées, dans d'autres comme une incitation en vue de performances futures.

28. Il y a certainement lieu de prendre en compte les dispositions contractuelles à cet égard. Par exemple, une condition selon laquelle le salarié ne peut exercer l'option d'achat d'actions que s'il reste salarié de la société pendant un certain temps est un argument suggérant que l'option est destinée à récompenser des services futurs. À l'inverse, si les options sont attribuées à tous les salariés qui ont été employés pendant une certaine période, si elles sont attribuées en fonction des performances passées, s'il n'est pas possible pour le salarié de perdre le bénéfice des options attribuées ou si le nombre d'options attribuées dépend des résultats financiers d'un exercice comptable précédent, on peut aboutir à la conclusion inverse.

Exemple: Le salarié E, résident de l'État A, est employé par la société Y, résidente de l'État A, qui a un établissement stable dans l'État B. Depuis 1990 et jusqu'au 31 décembre 1997, E a travaillé dans l'État A. En 1998, il a travaillé dans l'État B dans l'établissement stable qui s'y trouve, sans devenir résident de l'État B aux termes de la convention fiscale entre l'État A et l'État B. Le 1er janvier 1999, il revient dans l'État A. Le 31 mars 1999, E reçoit une option d'achat d'actions dans le cadre du plan d'options d'achat d'actions de la société Y. Dans le cadre de ce plan, les options sont attribuées le 31 mars de chaque année à des salariés qui ont été employés pendant toute l'année précédente. Les options ne sont attribuées que si la société a fait des bénéfices pendant l'exercice financier précédent. Ces options sont valables cinq ans, mais ne peuvent pas être exercées pendant les 24 mois suivant l'attribution et ne sont irrévocablement acquises par E que

s'il reste salarié de l'entreprise pendant ces 24 mois. Le 20 juin 2001, E exerce son option. A ce moment, l'État B décide d'imposer en tant que revenu d'emploi lié à l'exercice fiscal 1998 la différence entre le montant payé par E et la valeur marchande des actions à cette époque. L'État A considère toutefois que l'option d'achat d'actions ne se rattache pas à la période pendant laquelle E a été employé dans l'État B.

29. Dans ce cas, le conflit entre l'État A et l'État B peut être considéré comme un conflit sur un point de fait (les États sont en désaccord sur le point de savoir si l'option se rattache ou non à la période d'emploi dans l'État B) ou comme un conflit d'interprétation de l'article 15 (les États ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut entendre par « rémunération au titre d'un emploi salarié exercé dans un État »). Dans les deux cas, les principes énoncés à la section III du rapport sur l'application du Modèle de convention fiscale aux sociétés de personnes pour traiter les conflits de qualification ne résoudraient pas le problème, puisqu'il n'y a pas accord sur le fait que l'État de la source a perçu l'impôt « conformément aux dispositions de la Convention ».

30. Le Comité a examiné de façon approfondie comment résoudre ce problème et a conclu que la meilleure solution possible serait de prévoir, dans les commentaires sur l'article 15, un ensemble général de principes pouvant être appliqués en fonction des faits et circonstances de chaque cas d'espèce, et notamment en fonction des dispositions contractuelles applicables. Il a donc décidé d'ajouter les paragraphes 12.6 à 12.13 suivants aux commentaires sur l'article 15 :

« 12.6 Le paragraphe 1 autorise l'État de la source à imposer les salaires, traitements et autres rémunérations similaires reçus au titre d'un emploi salarié exercé dans cet État. Pour déterminer si et dans quelle mesure une option d'achat d'actions destinée à un salarié provient de l'emploi exercé dans un État, il faut dans chaque cas prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances pertinents, notamment les conditions contractuelles qui se rapportent à cette option (par exemple, les conditions dans lesquelles l'option attribuée peut être exercée ou cédée). Il convient à cet effet d'appliquer les principes généraux suivants.

12.7 Le premier principe est qu'en règle générale une option d'achat d'actions destinée à un salarié ne doit pas être considérée comme se rapportant à des services fournis après la période d'emploi exigée pour que le salarié acquière le droit d'exercer cette option. Par conséquent, lorsqu'une option d'achat d'action est attribuée à un salarié à la condition qu'il exerce ses fonctions pour le même employeur (ou une entreprise associée) pendant trois ans, l'avantage lié à l'emploi qui découle de cette option ne doit généralement pas être attribué aux services accomplis après cette période de trois ans.

12.8 Toutefois, pour l'application du principe qui précède, il importe de distinguer entre une période d'emploi exigée pour obtenir le droit d'exercer une option d'achat d'actions destinée à un salarié et un simple délai fixé pour l'exercice de l'option (délai de blocage). Ainsi, par exemple, une option qui est attribuée à un salarié à la condition qu'il reste au service du même employeur (ou d'une entreprise associée) pendant trois ans peut être considérée comme se rapportant aux services accomplis durant ces trois ans, alors qu'une option qui est attribuée, sans aucune condition d'emploi ultérieur, à un salarié à une certaine date, mais qui, en vertu des conditions dont elle est assortie, ne peut être exercée qu'après un délai de trois ans, ne doit pas être considérée comme se rapportant à l'emploi exercé durant ces années, puisque l'avantage lié à cette option serait obtenu par son bénéficiaire même s'il quittait son emploi immédiatement après l'attribution de l'option et attendait les trois années exigées avant de l'exercer.

12.9 Il importe également de distinguer deux situations: celle où une période d'emploi est exigée comme condition de l'acquisition du droit d'exercer l'option et celle où l'option déjà

acquise peut devenir caduque si elle n'est pas exercée avant la cessation de l'emploi (ou à bref délai après la cessation de l'emploi). Dans la deuxième situation, l'avantage lié à l'option ne doit pas être considéré comme se rapportant aux services accomplis après l'acquisition de l'option, puisque le salarié a déjà obtenu l'avantage et pourrait en fait le réaliser à tout moment. La condition en vertu de laquelle l'option déjà acquise peut devenir caduque en cas de cessation de l'emploi n'est pas une condition pour l'acquisition de l'avantage, mais une condition en vertu de laquelle l'avantage déjà acquis peut ultérieurement être perdu. Cette distinction peut être illustrée par les exemples suivants :

- *Exemple 1:* Le 1 janvier de l'année 1, une option d'achat d'actions est attribuée à un employé. L'acquisition de cette option est sujette à la condition que l'employé demeure à l'emploi du même employeur jusqu'au 1 janvier de l'année 3. Une fois cette condition remplie, l'option devient exerçable du 1 janvier de l'année 3 au 1 janvier de l'année 10 (il s'agit d'une option dite « américaine »).¹¹ Il est toutefois prévu que toute option qui n'aura pas été exercée deviendra caduque lors de la perte de l'emploi. Dans cet exemple, le droit d'exercer l'option est acquis le 1 janvier de l'année 3 (soit la date d'acquisition [vesting]) puisqu'il n'est plus nécessaire d'être employé après cette date pour obtenir le droit d'exercer l'option.
- *Exemple 2:* Le 1 janvier de l'année 1, une option d'achat d'actions est attribuée à un employé. L'option a été accordée à la condition de ne pouvoir être exercée le 1 janvier de l'année 5 que s'il n'a pas été mis fin à l'emploi avant cette date. Dans cet exemple, le droit d'exercer l'option n'est pas acquis avant le 1er janvier de l'année 5 (soit la date d'exercice) puisqu'un emploi jusqu'à cette date est une condition requise pour l'acquisition du droit d'exercer l'option [vesting].

12.10 Il est des cas où ce premier principe ne devrait pas s'appliquer. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'option d'achat d'actions est attribuée à un employé sans condition au moment où il prend ses fonctions, est transféré dans un autre pays ou accède à des responsabilités nouvelles et que, dans chaque cas, l'option est clairement liée aux nouvelles fonctions que le salarié exercera pendant une période déterminée. Dans ce cas, il peut être approprié de considérer que l'option se rapporte à ces nouvelles fonctions, même si le droit d'exercer cette option est acquis avant que ces fonctions n'aient été exercées. En outre, il y a des cas où une option devient exerçable sur un plan technique, mais où cette option confère au salarié le droit d'acquérir des actions qui ne seront pas acquises avant la fin d'une certaine période d'emploi. Dans ce cas, il pourrait être approprié de considérer que l'avantage lié à l'option se rapporte aux fonctions exercées durant toute la période écoulée entre l'attribution de l'option et l'acquisition des actions.

12.11 Le deuxième principe est qu'une option d'achat d'actions destinée à un salarié ne devrait être considérée comme se rapportant à des fonctions exercées avant le moment où elle est attribuée que pour autant que cette attribution vise à récompenser l'exercice de ces fonctions par le bénéficiaire pendant une durée précise. Tel serait le cas, par exemple, lorsque la rémunération est clairement fondée sur la performance passée du salarié durant une certaine période ou sur les résultats financiers passés de l'employeur et subordonnée au fait que le salarié a été employé par l'employeur ou une entreprise associée durant la période à laquelle se rapportent ces résultats financiers. De même, dans certains cas, il peut y avoir des éléments objectifs qui montrent que, durant une période d'emploi passée, les participants à un plan d'options d'achat d'actions étaient

11 Dans le cas d'une option « américaine », le droit d'acquérir une action peut être exercé pendant une certaine période (typiquement quelques années) ; dans le cas d'une option « européenne », ce droit ne peut être exercé qu'à un moment précis (soit à une date donnée).

fondés à penser qu'une partie de leur rémunération au titre de cette période proviendrait du plan par l'attribution ultérieure d'options d'achat d'actions. Un tel élément pourrait être, par exemple, la pratique régulièrement observée d'un employeur ayant attribué un volume similaire d'options d'achat d'actions pendant plusieurs années, tant que rien n'indique que cette pratique pourrait être abandonnée. Sous réserve d'autres facteurs, ce type d'élément pourrait être très pertinent pour déterminer si et dans quelle mesure l'option d'achat d'actions se rattache à cette période d'emploi passée.

12.12 Lorsqu'une période d'emploi est exigée pour obtenir le droit d'exercer une option d'achat d'actions destinée à un salarié, mais que cette condition n'est pas appliquée dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'employeur met fin à la relation d'emploi ou lorsque le salarié atteint l'âge de la retraite, l'avantage lié à l'option d'achat d'actions doit être considérée comme se rattachant uniquement à la période de services effectivement accomplis au moment où ces circonstances se sont en fait produites.

12.13 Enfin, il peut y avoir des cas où certains facteurs amènent à penser que l'option vient récompenser des services passés, alors que d'autres facteurs semblent indiquer qu'elle est liée à des services futurs. En cas de doute, il faudrait admettre que les options d'achat d'actions sont généralement accordées aux salariés pour les inciter à améliorer leurs performances futures ou pour les fidéliser. En conséquence, les options d'achat d'actions attribuées aux salariés sont principalement liées à des services futurs. Cependant, tous les faits et circonstances devront être pris en compte avant de conclure ainsi et il y aura des cas où l'on pourra démontrer que l'option d'achat d'actions se rapporte à la fois à des périodes de service passés et à des périodes de services futurs (par exemple, l'option n'est attribuée que si le salarié a atteint un certain objectif de performance l'année précédente, mais ne peut être exercée que si le salarié continue d'exercer ses fonctions pendant encore trois ans). »

Services d'emploi fournis dans plus d'un État

31. Lorsque les services d'emploi auxquels une option d'achat d'actions se rattache ont été fournis dans plus d'un État, une règle de répartition est nécessaire aux fins de l'application de l'article 15 et des articles 23A et 23B.

32. Une méthode logique de répartition serait de considérer que l'avantage lié à une option d'achat d'actions doit être imputé aux services fournis¹² dans un certain pays en proportion de la période durant laquelle les services ont été fournis dans ce pays par rapport au nombre total de jours durant lesquels a été exercé l'emploi auquel se rapporte l'option d'achat d'actions.¹³

Exemple: Une option est liée à une période d'emploi de trois ans (chaque année ayant 220 jours ouvrables). Durant l'année 1, le salarié est résident de l'État A (pays de résidence de l'employeur), mais fournit des services pendant 110 jours dans l'État B (il est donc présent dans cet État plus de

12. Aux fins de cette formule, les seuls jours d'emploi à prendre en compte sont ceux qui concernent le plan d'options d'achat d'actions, c'est-à-dire les jours où les services sont rendus au même employeur ou à d'autres employeurs lorsque l'emploi par ces derniers est pris en compte pour remplir les conditions de durée d'emploi qu'exige l'acquisition de l'option.

13. Lorsque l'acquisition des options est progressive (par exemple, 25% par année au cours d'une période de quatre ans sous réserve d'un emploi continu auprès de la société durant cette période), la détermination de la période d'emploi pertinente doit se faire séparément pour chaque tranche acquise annuellement.

183 jours, ce qui confère à cet État le droit d'imposition à la source) et durant 20 jours dans l'État C (la présence du salarié ne dépassant pas 183 jours et les autres conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 15 se trouvant réunies, l'État C n'a pas le droit d'imposition à la source en vertu de l'article 15 de la convention entre A et C). L'année 2 et l'année 3, le salarié est résident de l'État D, où il fournit tous ses services.

33. Dans ce cas, l'avantage devrait être imputé dans la proportion de 90/660 aux services fournis dans l'État A, dans la proportion de 110/660 aux services rendus dans l'État B, dans la proportion de 20/660 aux services rendus dans l'État C et dans la proportion de 440/660 aux services rendus dans l'État D. Cette répartition est effectuée pour déterminer dans quelle mesure l'avantage lié à l'option d'achat d'actions se rapporte à des services rendus dans chaque État. Ceci est nécessaire pour déterminer dans quelle mesure l'article 15 confère le droit d'imposition à l'État de la source et pour déterminer sur quelle fraction de l'avantage l'État de la résidence doit accorder un allègement de la double imposition en vertu de l'article 23. Toute fraction de l'avantage imputée aux services fournis dans un État qui ne peut imposer en vertu de l'article 15 paragraphe 2 de la Convention (l'État C dans l'exemple précédent) ne sera donc pas considérée comme imputable aux services fournis dans un autre État même si elle ne peut être taxée dans l'État auquel elle est imputée. Cependant, bien que cette clé de répartition soit utilisée pour déterminer sur quelle fraction du revenu l'État de la résidence est tenu d'accorder un crédit, elle n'a pas pour effet de limiter le droit d'imposition de cet État sauf, naturellement, si cette limitation résulte du fait que l'allègement de la double imposition est accordé au moyen de la méthode de l'exemption. Par conséquent, comme il est expliqué dans la section qui traite de l'imposition par plusieurs États de résidence (voir plus loin), cette clé de répartition ne suffit pas pour éviter la double imposition qui peut résulter de décalages dans le temps dans l'imposition des options d'achat d'actions par les différents États de résidence.

34. Le Comité est convenu que la méthode de répartition décrite ci-dessus est la plus appropriée. Il a donc décidé d'ajouter le paragraphe 12.14 suivant aux commentaires sur l'article 15 :

« 12.14 Lorsque sur la base des principes qui précèdent une option d'achat d'actions est considérée comme se rapportant à un emploi exercé dans plus d'un État, il faudra déterminer, pour l'application de l'article 15 et des articles 23A et 23B, quelle est la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui se rapporte à l'emploi exercé dans chaque État. Dans ce cas, l'avantage lié à l'emploi qui doit être imputé à l'option d'achat d'actions doit être considéré comme obtenu dans un pays donné en proportion du nombre de jours durant lesquels l'emploi a été exercé dans ce pays par rapport au nombre total de jours durant lesquels les services d'emploi auxquels se rapporte l'option d'achat d'actions ont été fournis. A cet effet, les seules périodes de service à prendre en compte sont celles qui sont pertinentes dans l'optique du plan d'options d'achat d'actions, autrement dit celles au cours desquelles les services sont fournis au même employeur ou à d'autres employeurs si l'emploi auprès de ceux-ci intervient dans le calcul de la période d'emploi exigée pour acquérir le droit d'exercer l'option. »

35. Les deux exemples suivants illustrent l'effet de ce paragraphe :

Exemple 1 : Le salarié E est résident de l'État A le 1er janvier 1998 et il travaille dans cet État à cette date. Il se voit attribuer une option d'achat d'actions au prix 1, sous réserve d'occuper cet emploi au moins jusqu'au 1er janvier 2001. Le 31 décembre 1999, il part travailler dans l'État B, dont il devient résident. Il exerce l'option le 1er juillet 2001, la valeur marchande des actions acquises étant alors égale à 8, et il vend immédiatement les actions ainsi acquises. L'avantage lié à l'option d'achat d'actions doit être considéré comme un revenu d'emploi visé à l'article 15. L'État A peut taxer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui résulte de l'emploi exercé sur son territoire, mais seulement en proportion du nombre de jours à prendre en compte pour le plan d'options d'achat d'actions. Si chaque année comporte 260 jours ouvrables, le nombre

de jours à prendre en compte pour le plan d'options d'achat d'actions est égal à 780 (3 x 260). L'État A peut taxer 520 jours (2 x 260) pour l'emploi exercé sur son territoire, soit 66.7 %. Le reliquat de 130 jours d'emploi entre la date de l'acquisition de l'option et son exercice n'est pas à prendre en compte pour le plan d'options d'achat d'actions et est donc ignoré.

Exemple 2 : Le salarié E est résident de l'État A le 1er janvier 1998 et il travaille dans cet État à cette date. Il se voit attribuer une option d'achat d'actions au prix 1, sous réserve d'occuper cet emploi au moins jusqu'au 1^{er} janvier 2001. Le 31 décembre 1999, il part travailler dans l'État B. Du fait de son mauvais état de santé, il cesse son emploi le 30 juin 2000, mais est autorisé à conserver l'option. Il exerce cette option le 1er janvier 2001, la valeur marchande de l'option étant alors égale à 7. Si chaque année comporte 260 jours ouvrables, le nombre de jours à prendre en compte pour le plan d'options d'achat d'actions est égal à 650 (2 ½ x 260) et il s'agit de la totalité de la période d'emploi. L'État A peut taxer, sur ce total de 650 jours, 520 jours (2 x 260) correspondant à l'emploi exercé sur son territoire, soit 80 %.

36. Le Comité est également convenu que les États contractants devaient pouvoir adopter bilatéralement d'autres solutions lorsqu'il s'agit de déterminer si et dans quelle mesure un plan d'options d'achat d'actions provient de services d'emploi rendu dans un État donné, tout en gardant à l'esprit que ces solutions peuvent créer des difficultés lorsque des États tiers sont en cause. Il a donc décidé d'ajouter le paragraphe 12.15 suivant aux commentaires sur l'article 15 :

« 12.15 Les pays Membres ont la possibilité de s'écarter de l'application au cas par cas des principes ci-dessus (paragraphe 12.7 à 12.14) en s'entendant sur une méthode spécifique dans un contexte bilatéral. Par exemple, deux pays imposant essentiellement au moment de l'exercice de l'option peuvent convenir, à titre de principe général, d'imputer le revenu d'une option se rapportant principalement à des services futurs aux services accomplis par un salarié dans les deux États entre la date de l'attribution et la date de l'exercice. Par conséquent, dans le cas d'options qui ne sont exerçables que lorsque le salarié a fourni des services à l'employeur pendant une certaine période, deux États pourraient convenir d'une méthode imputant le revenu de l'option à chaque État en fonction du nombre de jours durant lesquels le salarié a exercé son emploi dans chaque État pour l'employeur au cours de la période se situant entre la date de l'attribution et la date de l'exercice. Un autre exemple serait celui de deux pays appliquant un régime fiscal similaire aux options d'achat d'actions destinées aux salariés et adoptant des dispositions qui confèrent à l'un des États contractants le droit exclusif d'imposition de l'avantage lié à l'emploi, même si une fraction mineure des services d'emploi auxquels l'option se rapporte ont été fournis dans l'autre État. Bien entendu, les pays Membres devront faire preuve de prudence dans l'adoption de telles méthodes, parce qu'elles peuvent entraîner une double imposition ou une double non-imposition si une partie de l'emploi est exercée dans un État tiers qui n'applique pas une méthode similaire. »

Imposition dans plusieurs États de résidence

37. Les commentaires formulés plus haut étaient essentiellement axés sur la problématique résidence-source, mais les situations dans lesquelles l'avantage résultant d'une option d'achat d'actions destinée à un salarié est passible de l'impôt dans plusieurs États n'apparaissent pas seulement, et peut-être pas principalement, du fait du traitement fiscal des options d'achat d'actions dans l'État de la source et dans l'État de la résidence. Lorsqu'un salarié résident d'un État est assujéti à l'impôt en tant que non-résident dans un autre État, l'article 23 prévoit l'allègement de la double imposition. Toutefois, un salarié pourra résider dans des pays différents au moment où l'option lui est attribuée, au moment où le bénéfice de l'option lui est acquis, au moment où l'option est exercée et au moment où les actions acquises au moyen de

l'option sont cédées. Tous les pays concernés peuvent revendiquer le droit d'imposition en tant qu'État de la résidence, et si chacun d'eux a un régime fiscal par lequel l'avantage lié à l'option d'achat d'actions est imposé au moment où le contribuable est son résident¹⁴, il y aura imposition dans plusieurs États de résidence. L'article 23 traite de la double imposition par le pays de la résidence et le pays de la source, mais il ne prévoit pas d'allègement dans tous les cas de double imposition par plusieurs pays de résidence. Les risques d'imposition sur la base de résidences multiples peuvent être aggravés dans le cas des pays qui appliquent une « taxe de départ » aux gains en capital, c'est-à-dire les pays qui considèrent que les gains en capital sont réalisés lorsqu'une personne cesse d'être résidente ou qui maintiennent, par le biais de leurs conventions fiscales, un droit d'imposer les gains en capital d'anciens résidents.

38. L'exemple déjà utilisé dans la section intitulée « Difficulté de détermination des services auxquels l'option d'achat d'actions se rattache » peut servir à montrer les limites de l'allègement de la double imposition prévu par les conventions fiscales en cas de double imposition résidence-résidence.

Exemple: Une option d'achat d'actions concerne une période de trois ans d'emploi (chaque année ayant 220 jours ouvrables). Au cours de l'année 1, le salarié est résident de l'État A (qui est le pays de résidence de l'employeur), mais fournit des services pendant 110 jours dans l'État B (sa présence dans l'État B dépassant 183 jours, cela confère à cet État le droit d'imposer à la source) et pendant 20 jours dans l'État C (la présence du salarié ne dépassant pas 183 jours et les autres conditions du paragraphe 2 de l'article 15 étant réunies, l'État C n'a pas le droit d'imposer à la source en vertu de l'article 15 de la convention entre A et C). Au cours des années 2 et 3, le salarié est résident de l'État D, où il fournit tous ses services.

39. Comme indiqué précédemment, il semble approprié de considérer que, dans ce cas, l'avantage doit être attribué dans une proportion de 90/660 aux services rendus dans l'État A, dans une proportion de 110/660 aux services rendus dans l'État B, dans une proportion de 20/660 aux services rendus dans l'État C et dans une proportion de 440/660 aux services rendus dans l'État D.

40. Dans l'exemple ci-dessus, l'État A sera donc fondé, en vertu de chacune des conventions entre A et B, entre A et C et entre A et D, à imposer l'intégralité de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions, à condition qu'il le fasse tant que le salarié est résident de l'État A (ce qui sera le cas s'il impose au moment de l'attribution). Il devra cependant accorder un allègement de la double imposition pour ce qui est de l'impôt appliqué par l'État B à ce même avantage dans la proportion de 110/660 et par l'État D dans la proportion de 440/660 (ces fractions correspondant aux services rendus dans ces États, pour lesquels l'article 15 de la convention entre A et B et de la convention entre A et D donne le droit d'imposition à la source à ces États). En tant qu'État de la source, l'État B ne sera fondé à imposer l'avantage que dans une proportion de 110/660 en vertu des conventions entre A et B et entre B et D. Les conventions entre A et C et entre C et D interdiront à l'État C d'imposer une quelconque fraction de l'avantage. Enfin, en vertu de chacune des conventions entre A et D, entre B et D et entre C et D, l'État D sera fondé à imposer l'intégralité de l'avantage en tant qu'État de la résidence dès lors qu'il applique l'impôt au moment où le contribuable est son résident. Dans ce cas, l'État D devra accorder un allègement de la double imposition pour l'impôt appliqué par l'État A au même avantage dans la proportion de 90/660 et par l'État B dans la proportion de 110/660.

41. Dans cet exemple, si l'État A impose l'avantage lié à l'emploi au moment de l'attribution, alors que l'État D l'impose au moment de l'exercice, l'État A aura imposé l'intégralité de l'avantage l'année 1, alors que l'État D aura fait de même l'année 3. L'article 15 de la convention entre A et D ne limitera pas le

14. En règle générale, un État n'impose un élément de revenu sur la base de la résidence que si le contribuable est résident de cet État au moment où il est réputé obtenir ce revenu en vertu du droit fiscal interne de cet État.

droit de l'un ou de l'autre État d'imposer une fraction de l'avantage, puisque le contribuable est résident de chacun des États au moment où cet État juge que le revenu est reçu et applique en conséquence cet article, en l'occurrence au moment de l'attribution (année 1) pour l'État A et au moment de l'exercice (année 3) pour l'État D.

42. Naturellement, l'article 23 de la convention entre A et D obligera chaque État à accorder un allègement de la double imposition, par la méthode de l'imputation ou par celle de l'exemption, pour l'impôt que l'autre État aura appliqué à la fraction de l'avantage résultant des services fournis dans l'autre État et que cet autre État a le droit d'imposer en sa qualité d'État de la source. Par conséquent, l'État A devra accorder un allègement au titre de l'impôt perçu par l'État D sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État D durant l'année 2 et l'année 3 (440/660 de l'avantage). Inversement, l'État D devra accorder un allègement au titre de l'impôt perçu par l'État A sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État A durant l'année 1 (90/660 de l'avantage).

43. En conséquence, ni l'État A, ni l'État D n'accorderont d'allègement au titre des impôts perçus dans l'autre État contractant sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État B (110/660 de l'avantage ou dans l'État C (20/660 de l'avantage). Comme l'État A et l'État D accorderont un allègement au titre de l'impôt perçu par l'État B (l'État de la source), il n'y aura double imposition pour ce qui est de la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État B que si l'État A et l'État D sont des pays qui pratiquent l'imputation et si l'impôt perçu par chacun d'eux sur cet avantage excède celui perçu par l'État B. Le problème de double imposition se pose avec plus d'acuité dans le cas de l'État C. Dans ce cas, l'État A et l'État D ont un droit d'imposition intégral (en tant qu'État de la résidence) et, l'État C étant État de la source (sans droit d'imposer à la source), ni l'État A ni l'État D ne sont tenus d'accorder un allègement au titre des impôts perçus dans l'autre État contractant. En conséquence, il y a double imposition intégrale, sans allègement, de la part des États A et D sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État C.

Exemple: 1) L'État B prélève 35\$ d'impôt, tandis que l'État A et l'État D prélèvent l'un et l'autre 40\$ sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État B. L'État A accorde un allègement de 35\$ en vertu de la convention entre A et B et l'État D un allègement de 35\$ en vertu de la convention entre B et D. Le salarié supportera donc un impôt de 45\$ (35\$ + 40\$ + 40\$ - 35\$ - 35\$), avec par deux fois un prélèvement de 5\$ sans allègement (correspondant au surplus d'impôt perçu par l'État A et l'État D par rapport à l'impôt perçu dans l'État B).

2) L'État C ne prélève aucun impôt sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans l'État C, tandis que l'État A et l'État D prélèvent chacun 40\$ sur cette fraction de l'avantage. L'État A n'accordera aucun allègement en vertu de la convention entre A et C et l'État D n'accordera lui non plus aucun allègement en vertu de la convention entre D et C. Le salarié supportera donc un impôt de 80\$ (40\$ + 40\$), avec par deux fois un prélèvement de 40\$ sans allègement.

44. On pourrait faire valoir que l'État D est tenu d'accorder un allègement pour l'impôt perçu par l'État A sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis dans les États B et C, l'impôt étant perçu par l'État A conformément aux dispositions de la convention entre A et D puisque rien, dans cette convention, n'interdit à l'État A d'imposer le salarié sur la base de sa résidence au moment où l'option est attribuée. Cette interprétation aboutit toutefois à un résultat absurde, puisqu'il faudrait, de même, que l'État A accorde un allègement au titre de l'impôt que l'État D a perçu sur la même fraction de l'avantage. Une interprétation qui amènerait chacun des deux États contractants à accorder un allègement au titre de l'impôt perçu par l'autre État sur le même revenu doit à l'évidence être rejetée.

45. L'exemple ci-dessus montre qu'il y a des cas où l'article 23 n'aboutit à aucun allègement de la double imposition résidence-résidence de l'avantage lié à l'emploi qui résulte d'une option d'achat d'actions destinée à un salarié. On pourrait toutefois recourir à la procédure amiable en pareil cas. Une façon de

résoudre la difficulté pourrait consister en ce que les autorités compétentes des deux États conviennent que chaque État accordera un allègement au titre de l'impôt perçu par l'autre État, en fonction de la résidence, sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis durant la période au cours de laquelle le salarié était résident de cet autre État. Par conséquent, dans l'exemple ci-dessus, il serait logique que l'autorité compétente de l'État D accepte d'accorder un allègement (selon la méthode de l'imputation ou selon la méthode de l'exemption) au titre de l'impôt perçu par l'État A sur la fraction de l'avantage se rapportant aux services fournis dans les États B et C, puisqu'au moment où ces services ont été fournis, le contribuable était résident de l'État A et pas de l'État D aux fins de la convention entre A et D.

46. Le Comité est convenu que les Commentaires devaient être modifiés afin de recommander cette méthode pour les cas de double imposition résidence-résidence sans allègement. Il a donc décidé d'ajouter les paragraphes 4.1 à 4.3 suivants aux commentaires sur les articles 23 et 23B :

« 4.1 L'article 4 ne traite toutefois que des cas d'assujettissement intégral concurrent. Le conflit dans le cas *a*) ne peut donc pas être résolu si le même élément de revenu fait l'objet d'un assujettissement total à l'impôt dans les deux pays, mais à des moments différents. L'exemple suivant illustre ce problème. Supposons qu'un résident de l'État R1 tire un avantage imposable d'une option d'achat d'actions destinée aux salariés qui lui est attribuée. L'État R1 impose cet avantage au moment de l'attribution de l'option. L'intéressé devient ultérieurement résident de l'État R2, qui impose l'avantage au moment de l'exercice de l'option. Dans ce cas, la personne en question est imposée dans chaque État au moment où elle est résidente de cet État et l'article 4 ne règle pas cette question, puisqu'il n'y a pas résidence concurrente dans les deux États.

4.2 En pareille situation, le conflit sera ramené à celui du cas *b*) et réglé en conséquence dans la mesure où les services d'emploi auxquels l'option se rapporte ont été fournis dans l'un des États contractants de manière à être imposables dans cet État en vertu de l'article 15, parce que c'est l'État où l'emploi en question est exercé. En effet, dans ce cas, l'État où les services ont été fournis sera l'État de la source aux fins d'élimination de la double imposition par l'autre État. Peu importe que le premier État n'applique pas l'impôt au même moment (voir le paragraphe 32.8). Peu importe également que l'autre État considère qu'il applique l'impôt en tant qu'État de la résidence et non en tant qu'État de la source (voir la dernière phrase du paragraphe 8).

4.3 Toutefois, lorsque les services d'emploi concernés n'ont pas été fournis dans l'un ou l'autre État, on n'aura pas affaire à un conflit dû à une double imposition source-résidence. Dans ce cas, on pourra utiliser la procédure amiable. L'une des solutions possibles serait que les autorités compétentes des deux États conviennent que chaque État accorde un allègement en ce qui concerne l'impôt fondé sur la résidence qui a été perçu par l'autre État sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis durant la période au cours de laquelle le salarié était résident de cet autre État. Par conséquent, dans l'exemple ci-dessus, si les services d'emploi concernés avaient été fournis dans un État tiers avant que la personne ne devienne résidente de l'État R2, il serait logique que l'autorité compétente de l'État R2 accepte d'accorder l'allègement (par la méthode de l'imputation ou par la méthode de l'exemption) au titre de l'impôt perçu par l'État R1 sur la fraction de l'avantage lié à l'emploi qui se rapporte aux services fournis dans l'État tiers, puisqu'au moment où ces services ont été fournis, le contribuable était résident de l'État R1, et pas de l'État R2, aux fins de la convention entre ces deux États. »

Problèmes de mise en application

47. Concrètement, une bonne partie des problèmes transfrontaliers concernant les plans d'options d'achat d'actions destinées aux salariés se situent au niveau de la mise en application et au niveau

administratif. Même si l'on pouvait résoudre les divers problèmes évoqués plus haut en clarifiant ce que chaque pays peut imposer et comment l'allégement de la double imposition doit être accordé, il n'en subsisterait pas moins une lourde charge administrative pour les administrations fiscales et des difficultés de mise en application pour les salariés qui résideraient ou travailleraient successivement dans plusieurs pays. Pour imposer ces salariés, les administrations fiscales doivent déterminer précisément à quels services les options se rapportent et prendre en compte les transactions sur les actions ou les options de sociétés étrangères. Comme plusieurs pays et sociétés ont pu le constater, les options d'achat d'actions de sociétés mères étrangères attribuées aux salariés de filiales locales peuvent poser de sérieuses difficultés sur le plan administratif, d'autant que l'employeur local, qui est généralement le point d'information et de recouvrement de l'impôt frappant les salaires, peut ne pas être directement impliqué dans la mise en oeuvre du plan d'options d'achat d'actions destinées aux salariés.

48. Les entreprises sont parfois confrontées à un problème particulier: l'obligation de retenir l'impôt à la source dans deux pays ou plus pour le même avantage ou un avantage similaire lié à l'emploi et découlant d'une option d'achat d'actions. Par exemple, si un salarié a travaillé dans deux pays différents durant la période où ont été fournis les services auxquels une option d'achat d'actions se rapporte, il se peut que chacun de ces pays oblige l'employeur à retenir à la source l'impôt sur l'intégralité de la différence entre la valeur de l'action sous-jacente et le prix d'exercice lorsque l'option est exercée par le salarié.

49. Les difficultés de mise en application que soulèvent les options d'achat d'actions destinées aux salariés peuvent être réduites en partie par les administrations fiscales si elles font en sorte que leurs règles nationales applicables au traitement des options d'achat d'actions soient claires et bien comprises par les employeurs. Dans de nombreux pays, le traitement des options d'achat d'actions destinées aux salariés est fonction de l'interprétation de règles générales ou de principes généraux. Les administrations fiscales devraient veiller à ce que les contribuables aient aisément accès à l'interprétation qu'elles donnent de ces règles ou principes.

50. On peut remédier au problème décrit ci-dessus en ce qui concerne les obligations de retenue à la source si les pays autorisent les entreprises à ajuster le montant de l'impôt à retenir de façon à prendre en compte tout allégement qui pourra probablement être obtenu par le salarié au titre de la double imposition et à prendre en compte également tout allégement prévu le cas échéant dans une convention fiscale. Puisque les pays, dans leur majorité, imposent l'avantage lié à l'emploi qui se rapporte à une option d'achat d'actions destinée aux salariés au moment de l'exercice (ou plus tard), il serait possible de déterminer, à ce moment, si oui ou non certains des services d'emploi auxquels l'option se rapporte ont été fournis dans un ou plusieurs autres États de sorte qu'ils donnent lieu à allégement. Puisque le montant de l'impôt à acquitter dans l'un ou l'autre de ces autres États ne sera probablement pas déterminé à ce moment, il ne sera pas possible de déterminer exactement l'allégement de la double imposition devant être accordé par l'État de la résidence qui élimine la double imposition par la méthode de l'imputation. On pourrait néanmoins utiliser une estimation raisonnable de l'allégement pour la perception de la retenue à la source applicable à ce moment puisque, dans ce cas, l'employeur de l'État qui impose à l'exercice saura quelle est la durée à laquelle l'avantage lié à l'emploi qui résulte de l'option se rapporte et qu'il saura également, grâce aux documents conservés aux fins de l'impôt intérieur sur les salaires, quelle est la durée de l'emploi exercé à l'étranger.

Aliénation d'options d'achat d'actions du fait d'une fusion ou d'une acquisition et du remplacement des options

51. Après une fusion ou une acquisition, il est possible que les options d'achat d'actions d'une société absorbée ou acquise soient remplacées par des options d'achat d'actions de la société qui lui succède ou qui l'acquiert. Il peut en résulter une aliénation des options d'achats d'actions pour le salarié dans son État de

résidence, dans un État qui a le droit d'imposer ces options d'achat d'actions parce qu'elles ont été attribuées en liaison avec un emploi exercé sur son territoire, ou dans les deux États. Des incompatibilités dans les régimes applicables pourraient aboutir à un décalage dans le temps pour l'élimination de la double imposition. Par ailleurs, si un État considère qu'il n'y a pas aliénation des options d'achat d'actions dans le cas d'une fusion ou d'une acquisition strictement nationale, il semblerait logique que les options attribuées à un salarié résident pour l'achat d'actions d'une société étrangère soient traitées de la même façon par cet État dans le cas d'une fusion ou d'une acquisition strictement étrangères.

Exemple: Le salarié E, résident de l'État A, a des options d'achat d'actions de la société Y, résidente de l'État B. La société Y fusionne avec la société Z, également résidente de l'État B, pour former une nouvelle société YZ. A cette occasion, toutes les options d'achat d'actions de la société Y sont échangées contre les options d'achat d'actions de la société YZ. Alors que dans les deux États A et B, une fusion nationale n'entraîne pas l'aliénation des options d'achat d'actions des salariés résidents, l'État A considère que la fusion YZ entraîne l'aliénation des options d'achat d'actions qui ont été remplacées.

52. Un problème similaire peut se poser lorsqu'une option d'achat d'actions est remplacée par une autre option ou lorsque les conditions qui s'attachent à l'option font l'objet de modifications substantielles et que le salarié auquel l'option initiale a été accordée a transféré sa résidence dans un autre pays avant ce remplacement ou ces modifications. En dehors de la question de la période de services que couvre la nouvelle option (voir ci-dessus), le remplacement d'une option ou les modifications de ses conditions peuvent entraîner l'aliénation de l'option dans un pays, mais pas dans l'autre ; d'où un risque de double imposition.

53. Dès lors que les États conviennent que la nouvelle option ou l'option modifiée remplacent l'option précédente pour déterminer à quelle période des services d'emploi elle se rapporte, ils devraient également convenir que les deux options doivent être traitées comme s'il y en avait une seule aux fins de l'allègement de la double imposition. Par conséquent, chaque État devrait considérer que l'impôt payé à l'autre État au titre de l'avantage lié à l'emploi qui se rapporte soit à l'option initiale, soit à la nouvelle option ou à l'option modifiée, est un impôt payé sur la même option, quand bien même ces États percevraient l'impôt à différents moments.

Questions de valorisation

54. Un problème peut se poser lorsque la valeur de l'action n'enregistre aucun gain (ou un gain moindre) dans la monnaie de l'un des pays, alors qu'elle enregistre un gain (ou un gain plus élevé) dans la monnaie de l'autre pays. Cela ne devrait pas poser de difficultés pour le calcul de l'avantage lié à l'emploi qui découle d'une option d'achat d'actions destinée à un salarié, car cet avantage est généralement calculé sur la base d'une seule transaction et l'avantage peut alors être converti en une autre monnaie avec application d'un seul taux de change. Le problème peut néanmoins se poser lorsqu'il s'agit de déterminer le gain en capital provenant de l'aliénation des actions ou de déterminer le gain s'il est nécessaire de valoriser l'option à deux moments différents entre lesquels les monnaies ont pu fluctuer. Toutefois, ce problème est général pour la détermination des gains en capital et il n'est pas spécifique aux options d'achat d'actions des salariés (voir les paragraphes 16 et 17 des commentaires sur l'article 13).

Attribution d'options d'achat d'actions aux membres d'un conseil d'administration ou de surveillance

55. L'article 16 du Modèle de convention fiscale stipule que « les tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société qui est un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. » Puisque les règles de l'article 15 sont formulées « sous réserve des dispositions de l'article 16 », c'est ce dernier article qui s'applique aux paiements dont bénéficie un membre d'un conseil d'administration ou de surveillance ès qualité, nonobstant le fait que dans la législation nationale de certains États le membre d'un conseil d'administration ou de surveillance d'une société peut être considéré comme un salarié de cette société.

56. Par conséquent, dans la mesure où les options d'achat d'actions sont attribuées au membre d'un conseil d'administration ou de surveillance ès qualité (et non en raison de services d'emploi fournis à un autre titre), l'article 16 confère clairement les droits d'imposition à l'État de résidence de la société. Puisque l'État de résidence du membre d'un conseil d'administration ou de surveillance aura également des droits d'imposition (sous réserve d'accorder l'allègement de la double imposition), un grand nombre des problèmes examinés précédemment dans cette note se poseront également pour ce type d'options :

- dans la mesure où l'État de résidence du membre d'un conseil d'administration ou de surveillance et l'État de résidence de la société peuvent imposer l'avantage lié à l'option à différents moments, le problème évoqué à la section intitulée « Décalage quant au moment où l'avantage dont bénéficie le salarié est imposé » pourront se poser et devront être réglés de la façon qui est recommandée dans cette section ;
- les principes énoncés dans cette note pour la distinction entre le revenu d'emploi et les gains en capital valent également pour la distinction entre les tantièmes, jetons de présence et rétributions similaires, d'une part, et les gains en capital d'autre part ;
- les droits d'imposition accordés à l'État de résidence de la société en vertu de l'article 16 n'étant pas fonction de la fourniture de services dans cet État et étant valables pour l'intégralité de l'avantage qui provient d'une option d'achat d'actions pouvant être considérée comme constituant des tantièmes, jetons de présence ou autres rétributions similaires, il n'y aura pas besoin d'identifier les services auxquels l'option est susceptible de se rapporter ou de répartir l'avantage entre les différents pays dans lesquels les services ont été fournis ;
- les problèmes examinés précédemment en ce qui concerne l'imposition dans plusieurs États de résidence, la mise en application, la valorisation et l'aliénation du fait d'une fusion, d'une acquisition ou du remplacement d'une option, pourront également se poser dans le cas de l'attribution d'options d'achat d'actions aux membres de conseils d'administration ou de surveillance, et ils devront être traités de la manière recommandée dans les sections en question de cette note.

57. Pour ces raisons, le Comité a décidé de modifier comme suit les commentaires sur l'article 16 :

*Remplacer le paragraphe 1.1 des commentaires sur l'article 16 par le texte suivant (les adjonctions au texte actuel sont indiquées en **italiques gras**) :*

« 1.1 Les pays Membres ont généralement compris l'expression « tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires » comme incluant les avantages en nature reçus par une personne en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société (par *exemple des*

options d'achat d'actions, l'usage d'une habitation ou d'une automobile, le bénéfice d'une assurance-maladie ou d'une assurance-vie et les adhésions à des clubs) ».

Ajouter le paragraphe 3.1 suivant aux commentaires sur l'article 16:

« 3.1 Un grand nombre des problèmes examinés aux paragraphes 12 à 12.15 des commentaires sur l'article 15 à propos des options d'achat d'actions attribuées aux salariés se posent également dans le cas des options d'achat d'actions attribuées aux membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société. Dans la mesure où les options d'achat d'actions sont attribuées à un résident d'un État contractant en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société qui est résidente d'un autre État, cet autre État aura le droit d'imposer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui constitue des tantièmes, jetons de présence ou rétributions similaires (voir le paragraphe 1.1 ci-dessus), même si l'impôt est perçu ultérieurement, lorsque la personne n'est plus membre de ce conseil d'administration ou de surveillance. L'article s'applique à l'avantage provenant d'une option d'achat d'actions attribuée aux membres du conseil d'administration ou de surveillance indépendamment du moment où cet avantage est imposé, mais il faut distinguer l'avantage en question du gain en capital pouvant provenir de l'aliénation d'actions acquises par exercice de l'option. C'est cet article, et pas l'article 13, qui s'applique à tout avantage provenant de l'option même jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée (par exemple, par annulation ou par acquisition par la société ou par l'émetteur). Mais une fois que l'option a été exercée ou aliénée, l'avantage imposable au titre de l'article a été réalisé et tout gain ultérieur sur les actions acquises (c'est-à-dire la plus-value sur les actions après l'exercice de l'option) aura été obtenu par le membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance en sa qualité d'investisseur-actionnaire et relèvera de l'article 13. En effet, c'est au moment de l'exercice que l'option — ce que le membre du conseil d'administration ou de surveillance a obtenu en sa qualité — disparaît et le bénéficiaire acquiert le statut d'actionnaire (et généralement investit de l'argent pour le devenir). »

Problèmes concernant l'employeur

58. On analysera brièvement dans cette section certains des problèmes que peuvent poser les plans d'options d'achat d'actions destinées aux salariés sous l'angle de l'application des conventions fiscales à la situation fiscale de l'employeur. Les problèmes que posent les conventions fiscales dans le cas des salariés se traduisent évidemment par des problèmes de mise en application pour les employeurs, mais comme il ne s'agit que de la conséquence des problèmes décrits précédemment, il n'y a pas lieu de traiter ici ce sujet.

Déductibilité des coûts des plans d'options d'achat d'actions

59. La déduction des coûts liés à la gestion d'un plan d'options d'achat d'actions (coûts juridiques, financiers et comptables) ne pose pas de problèmes particuliers, au moins lorsque ces coûts sont supportés par l'employeur¹⁵. Les opinions divergent toutefois sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'avantage pour le salarié constitue une dépense déductible pour l'employeur.

60. Admettre ou non la déductibilité lorsque les actions sont émises dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions est strictement une question de politique fiscale nationale. Le fait que les règles

15. Les problèmes de prix de transfert qui peuvent se poser lorsque les coûts sont supportés par une société qui n'est pas l'employeur (dans le cas d'un plan d'options d'achat d'actions au niveau de la société mère, par exemple) ne sont pas examinés ici.

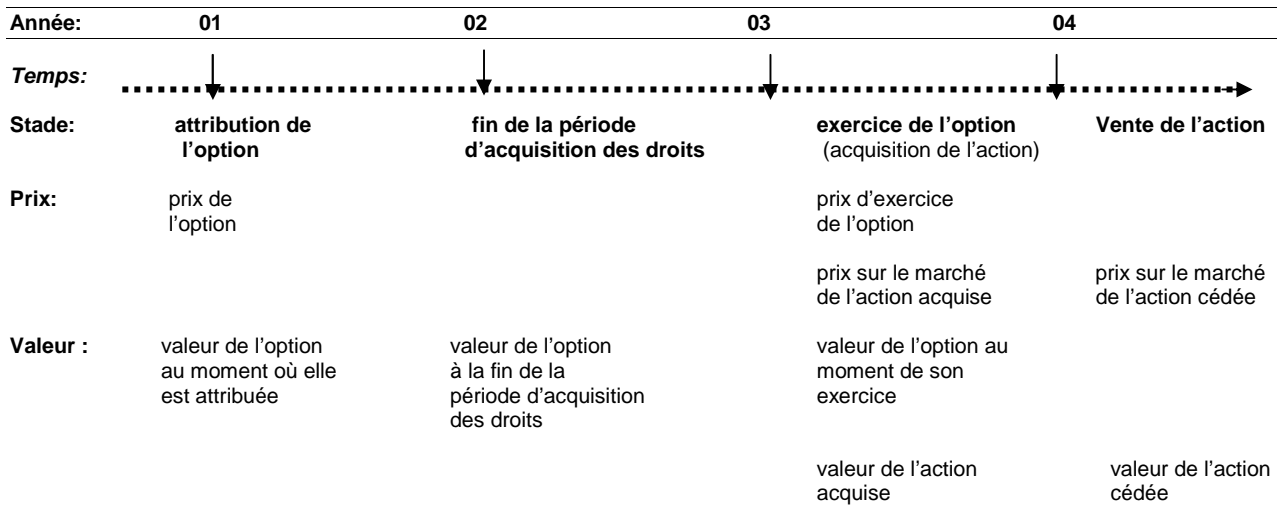
appliquées par les différents pays varient à cet égard peut certes créer des difficultés et engendrer des problèmes d'application, mais ce n'est qu'un exemple des problèmes résultant des discordances entre les règles appliquées par les différents pays pour calculer les bénéfices, problèmes qui ne sont généralement pas couverts par les conventions fiscales.

Rémunération « supportée par » un établissement stable

61. La question de la déduction des coûts est néanmoins pertinente pour l'application de l'alinéa 2c) de l'article 15 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, en l'occurrence pour déterminer si la charge des avantages accordés est supportée par un établissement stable de l'employeur. Comme l'indique le paragraphe 7 des commentaires sur l'article 15, l'expression « la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable » doit s'interpréter comme se référant à une rémunération non déductible pour le calcul des bénéfices de l'établissement stable. Ce paragraphe ne doit pas être interprété en ce sens qu'une rémunération versée sous la forme d'options d'achat d'actions ne saurait être considérée comme supportée par un établissement stable du simple fait que l'État dans lequel l'établissement stable est situé n'autorise pas une déduction lorsque les actions sont émises dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions destinées aux salariés. En pareil cas, l'absence de déduction tient à la nature du paiement, et pas au fait que le paiement n'est pas effectué en liaison avec l'établissement stable. Le fait qu'un tel État autorisera généralement la déduction des coûts se rapportant à la gestion du plan d'options d'achat d'actions lorsqu'il apparaît que ces coûts se rapportent à des services d'emploi fournis à un établissement stable situé dans cet État indique que les conditions de l'alinéa 2c) seront remplies en ce qui concerne cette rémunération. Pour clarifier ce point, le Comité a décidé de modifier comme suit le paragraphe 7 des commentaires sur l'article 15 (modifications en ***italiques gras*** pour les adjonctions, les suppressions étant biffées)

« 7. Selon la troisième condition, si l'employeur possède ***un établissement stable*** dans l'État où l'activité salariée est exercée, ~~un établissement stable~~ l'exemption n'est accordée ~~qu'à condition que~~ la rémunération ne soit pas ~~mise à la charge d'un~~ ***supportée par cet*** établissement stable ~~qu'il possède dans cet État~~. Les termes « supportée par » doivent être interprétés en fonction de la finalité de l'alinéa c) de l'article, qui est de garantir que l'exception prévue par le paragraphe 2 ne s'applique pas à la rémunération qui est déductible, ~~eu égard aux~~ ***pourrait donner lieu à déduction, compte tenu des*** principes énoncés à l'article 7 ***et de la nature de la rémunération***, lors du calcul des bénéfices d'un établissement stable situé dans l'État où l'emploi est exercé. A cet égard, il convient de noter que le fait que l'employeur a, ou n'a pas, effectivement ~~déduit~~ ***fait valoir une déduction pour*** la rémunération dans le calcul des bénéfices imputables à l'établissement stable n'est pas nécessairement probant, le véritable critère étant de savoir ~~si la rémunération bénéficierait d'une déduction à des fins fiscales~~ ***si toute déduction pouvant être opérée pour cette rémunération serait imputée à l'établissement stable***. Ce critère serait vérifié, par exemple, même dans les cas où aucun montant ne serait effectivement déduit, si cela était dû uniquement au fait que l'établissement stable était exonéré d'impôt dans le pays de la source ou que l'employeur décidait simplement de ne pas demander une déduction à laquelle il aurait droit. ***Il serait également vérifié si la rémunération n'était pas déductible uniquement en raison de sa nature (par exemple, lorsque l'État considère que l'émission d'actions dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions destinées aux salariés n'ouvre pas droit à déduction), et non parce qu'elle ne doit pas être imputée à l'établissement stable.*** »

ANNEXE 1
ILLUSTRATION GRAPHIQUE



ANNEXE 2

MODIFICATIONS AU MODÈLE DE CONVENTION FISCALE DE L'OCDE

On trouvera ci-après les modifications des Commentaires du Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui résultent de la présente note (les modifications du texte actuel des Commentaires sont indiquées en *italiques gras* lorsqu'il s'agit d'une adjonction et sont ~~biffées~~ lorsqu'il s'agit d'une suppression.) :

Commentaires sur l'article 13

1. Ajouter le paragraphe 32 suivant aux commentaires sur l'article 13

« 32. Il faut distinguer le gain en capital pouvant résulter de l'aliénation d'actions acquises par exercice d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié ou au membre d'un conseil d'administration ou de surveillance de l'avantage résultant de l'option d'achat d'actions qui relève des articles 15 ou 16. Les principes sur lesquels cette distinction se fonde sont examinés au paragraphe 12.2 à 12.5 des commentaires sur l'article 15 et au paragraphe 3.1 des commentaires sur l'article 16. »

Commentaires sur l'article 15

2. Remplacer le paragraphe 2.1 des commentaires sur l'article 15 par le texte suivant (changement en *italiques gras*)

*« 2.1. Les pays Membres ont généralement compris l'expression « salaires, traitements et rémunérations similaires » comme incluant les avantages en nature reçus au titre d'un emploi (par exemple **des options d'achat d'actions**, l'usage d'une habitation ou d'une automobile, le bénéfice d'une assurance-maladie ou d'une assurance-vie et les adhésions à des clubs). »*

3. Ajouter le paragraphe 2.2 suivant aux commentaires sur l'article 15 :

« 2.2 La condition prévue par l'article pour l'imposition par l'État de la source est que les salaires, traitements et autres rémunérations similaires proviennent de l'exercice d'un emploi dans cet État. Cette règle s'applique quel que soit le moment où ce revenu peut être versé, crédité ou autrement définitivement acquis par le salarié. »

4. Remplacer le paragraphe 7 des commentaires sur l'article 15 par le paragraphe suivant :

*« 7. Selon la troisième condition, si l'employeur possède **un établissement stable** dans l'État où l'activité salariée est exercée, ~~un établissement stable~~ l'exemption n'est accordée ~~qu'à~~ condition que la rémunération ne soit pas ~~mise à la charge d'un~~ **supportée par cet** établissement stable ~~qu'il possède dans cet État~~. Les termes « supportée par » doivent être interprétés en fonction de la finalité de l'alinéa c) de l'article, qui est de garantir que l'exception prévue par le paragraphe 2 ne s'applique pas à la rémunération qui est ~~déductible, en regard aux~~ **pourrait donner lieu à déduction, compte tenu des** principes énoncés à l'article 7 **et de la nature de la rémunération**, lors du calcul des bénéfices d'un établissement stable situé dans l'État où l'emploi est exercé. A cet égard, il convient de noter que le fait que l'employeur a, ou n'a pas, effectivement ~~déduit~~ **fait valoir une déduction pour** la rémunération dans le calcul des bénéfices imputables à l'établissement stable n'est pas nécessairement probant, le véritable critère étant de savoir ~~si la rémunération bénéficierait d'une déduction à des fins fiscales~~ **si toute déduction pouvant être***

opérée pour cette rémunération serait imputée à l'établissement stable. Ce critère serait vérifié, par exemple, même dans les cas où aucun montant ne serait effectivement déduit, si cela était dû uniquement au fait que l'établissement stable était exonéré d'impôt dans le pays de la source ou que l'employeur décidait simplement de ne pas demander une déduction à laquelle il aurait droit. Il serait également vérifié si la rémunération n'était pas déductible uniquement en raison de sa nature (par exemple, lorsque l'État considère que l'émission d'actions dans le cadre d'un plan d'options d'achat d'actions destinées aux salariés n'ouvre pas droit à déduction), et non parce qu'elle ne doit pas être imputée à l'établissement stable. »

5. Ajouter le titre et les paragraphes 12 à 12.15 suivants aux commentaires sur l'article 15 :

« Traitement des options d'achat d'actions pour les salariés

12. Les règles différentes d'un pays à l'autre qui s'appliquent à l'imposition des options d'achat d'actions pour les salariés créent des problèmes particuliers qui sont examinés ci-après. S'il est vrai qu'un grand nombre de ces problèmes se posent pour d'autres formes de rémunération des salariés, en particulier celles qui se fondent sur la valeur des actions de la société de l'employeur ou d'une société apparentée, ils sont particulièrement aigus dans le cas des options d'achat d'actions. Cela tient pour une large part à ce que les options d'achat d'actions sont souvent imposées à un moment (par exemple, lorsque l'option est exercée ou lorsque les actions sont vendues) qui est différent du moment où sont fournis les services d'emploi que ces options rémunèrent.

12.1 Comme il est indiqué au paragraphe 2.2, l'article autorise l'État de la source à imposer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui constitue une rémunération provenant de l'emploi exercé dans cet État, même si l'impôt est perçu à un moment ultérieur, lorsque le salarié n'est plus employé dans cet État.

12.2 L'article s'applique à l'avantage lié à l'emploi qui résulte d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié quel que soit le moment où cet avantage est imposé, mais il faut distinguer cet avantage lié à l'emploi du gain en capital pouvant provenir de l'aliénation d'actions acquises par exercice de l'option. C'est cet article, et non l'article 13, qui s'applique à tout avantage découlant de l'option jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée (par exemple en cas d'annulation ou d'acquisition par l'employeur ou l'émetteur). Toutefois, dès lors que l'option a été exercée ou aliénée, l'avantage lié à l'emploi a été réalisé, et tout gain ultérieur sur les actions acquises (c'est-à-dire la valeur des actions telle qu'observée après l'exercice) est obtenu par le salarié en sa qualité d'investisseur-actionnaire et relève de l'article 13. En effet, c'est au moment de l'exercice que l'option - ce que le salarié a obtenu du fait de son emploi - s'éteint et que le bénéficiaire acquiert le statut d'actionnaire (et, généralement, investit de l'argent pour acquérir ce statut). Mais lorsque l'option qui a été exercée donne le droit au salarié d'acquérir des actions qui ne seront irrévocablement acquises qu'à la fin d'une période d'emploi exigée, il convient d'appliquer cet article à l'accroissement de valeur éventuellement observé jusqu'à la fin de la période d'emploi exigée qui est postérieure à l'exercice de l'option.

12.3 Le fait que l'article ne s'applique pas à l'avantage obtenu après l'exercice ou l'aliénation de l'option n'implique en aucune manière que l'imposition du revenu d'emploi en droit interne doive intervenir au moment de cet exercice ou de cette aliénation. Comme on l'a déjà indiqué, l'article n'impose aucune restriction quant au moment où le revenu en question peut être imposé par l'État de la source. Par conséquent, l'État de la source pourrait imposer le revenu en question au moment de l'attribution de l'option, au moment de l'exercice (ou de

l'aliénation de l'option), au moment de la vente de l'action ou à tout autre moment. Toutefois, l'État de la source ne peut imposer que l'avantage lié à l'option même et pas ce qui correspond à la détention ultérieure des actions acquises par exercice de cette option (sauf dans les circonstances visées dans la dernière phrase du paragraphe précédent).

12.4 Puisque le paragraphe 1 doit être interprété en ce sens qu'il s'applique à tout avantage découlant de l'option jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée, peu importe la qualification de cet avantage ou de tout élément de cet avantage en droit fiscal interne. En conséquence, alors même que l'article doit être interprété en ce sens qu'il permet à l'État de la source d'imposer l'avantage observé jusqu'au moment où l'option a été exercée, vendue ou autrement aliénée, c'est à cet État qu'il appartient de se prononcer sur la façon d'imposer cet avantage, par exemple en tant que revenu d'emploi ou en tant que gain en capital. Si l'État de la source décide, par exemple, d'appliquer à l'option un impôt sur les gains en capital lorsque le salarié cesse d'être résident de ce pays, cet impôt sera autorisé en vertu de l'article. Il en sera de même dans l'État de la résidence. Par exemple, alors même que cet État aura un droit exclusif d'imposer l'accroissement de valeur de l'action observé après l'exercice, puisque cet accroissement de valeur sera considéré comme relevant de l'article 13 de la Convention, il pourra décider de l'imposer en tant que revenu d'emploi ou en tant que gain en capital en vertu de sa législation interne.

12.5 L'avantage découlant d'une option d'achat d'actions attribuée à un salarié ne relèvera pas en général de l'article 21, qui ne s'applique pas aux revenus régis par d'autres articles, ou de l'article 18, qui ne s'applique qu'aux retraites et aux rémunérations similaires, même si l'option est exercée après cessation de l'emploi ou départ en retraite.

12.6 Le paragraphe 1 autorise l'État de la source à imposer les salaires, traitements et autres rémunérations similaires reçus au titre d'un emploi salarié exercé dans cet État. Pour déterminer si et dans quelle mesure une option d'achat d'actions destinée à un salarié provient de l'emploi exercé dans un État, il faut dans chaque cas prendre en compte l'ensemble des faits et circonstances pertinents, notamment les conditions contractuelles qui se rapportent à cette option (par exemple, les conditions dans lesquelles l'option attribuée peut être exercée ou cédée). Il convient à cet effet d'appliquer les principes généraux suivants.

12.7 Le premier principe est qu'en règle générale une option d'achat d'actions destinée à un salarié ne doit pas être considérée comme se rapportant à des services fournis après la période d'emploi exigée pour que le salarié acquière le droit d'exercer cette option. Par conséquent, lorsqu'une option d'achat d'action est attribuée à un salarié à la condition qu'il exerce ses fonctions pour le même employeur (ou une entreprise associée) pendant trois ans, l'avantage lié à l'emploi qui découle de cette option ne doit généralement pas être attribué aux services accomplis après cette période de trois ans.

12.8 Toutefois, pour l'application du principe qui précède, il importe de distinguer entre une période d'emploi exigée pour obtenir le droit d'exercer une option d'achat d'actions destinée à un salarié et un simple délai fixé pour l'exercice de l'option (délai de blocage). Ainsi, par exemple, une option qui est attribuée à un salarié à la condition qu'il reste au service du même employeur (ou d'une entreprise associée) pendant trois ans peut être considérée comme se rapportant aux services accomplis durant ces trois ans, alors qu'une option qui est attribuée, sans aucune condition d'emploi ultérieur, à un salarié à une certaine date, mais qui, en vertu des conditions dont elle est assortie, ne peut être exercée qu'après un délai de trois ans, ne doit pas être considérée comme se rapportant à l'emploi exercé durant ces années, puisque l'avantage lié à cette option serait obtenu par son bénéficiaire même s'il quittait son emploi

immédiatement après l'attribution de l'option et attendait les trois années exigées avant de l'exercer.

12.9 Il importe également de distinguer deux situations: celle où une période d'emploi est exigée comme condition de l'acquisition du droit d'exercer l'option et celle où l'option déjà acquise peut devenir caduque si elle n'est pas exercée avant la cessation de l'emploi (ou à bref délai après la cessation de l'emploi). Dans la deuxième situation, l'avantage lié à l'option ne doit pas être considéré comme se rapportant aux services accomplis après l'acquisition de l'option, puisque le salarié a déjà obtenu l'avantage et pourrait en fait le réaliser à tout moment. La condition en vertu de laquelle l'option déjà acquise peut devenir caduque en cas de cessation de l'emploi n'est pas une condition pour l'acquisition de l'avantage, mais une condition en vertu de laquelle l'avantage déjà acquis peut ultérieurement être perdu. Cette distinction peut être illustrée par les exemples suivants :

- *Exemple 1: Le 1 janvier de l'année 1, une option d'achat d'actions est attribuée à un employé. L'acquisition de cette option est sujette à la condition que l'employé demeure à l'emploi du même employeur jusqu'au 1 janvier de l'année 3. Une fois cette condition remplie, l'option devient exercable du 1 janvier de l'année 3 au 1 janvier de l'année 10 (il s'agit d'une option dite « américaine »).¹⁶ Il est toutefois prévu que toute option qui n'aura pas été exercée deviendra caduque lors de la perte de l'emploi. Dans cet exemple, le droit d'exercer l'option est acquis le 1 janvier de l'année 3 (soit la date d'acquisition [vesting]) puisqu'il n'est plus nécessaire d'être employé après cette date pour obtenir le droit d'exercer l'option.*
- *Exemple 2: Le 1 janvier de l'année 1, une option d'achat d'actions est attribuée à un employé. L'option a été accordée à la condition de ne pouvoir être exercée le 1 janvier de l'année 5 que s'il n'a pas été mis fin à l'emploi avant cette date. Dans cet exemple, le droit d'exercer l'option n'est pas acquis avant le 1er janvier de l'année 5 (soit la date d'exercice) puisqu'un emploi jusqu'à cette date est une condition requise pour l'acquisition du droit d'exercer l'option [vesting].*

12.10 Il est des cas où ce premier principe ne devrait pas s'appliquer. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'option d'achat d'actions est attribuée à un employé sans condition au moment où il prend ses fonctions, est transféré dans un autre pays ou accède à des responsabilités nouvelles et que, dans chaque cas, l'option est clairement liée aux nouvelles fonctions que le salarié exercera pendant une période déterminée. Dans ce cas, il peut être approprié de considérer que l'option se rapporte à ces nouvelles fonctions, même si le droit d'exercer cette option est acquis avant que ces fonctions n'aient été exercées. En outre, il y a des cas où le une option devient exercable sur un plan technique, mais où cette option confère au salarié le droit d'acquérir des actions qui ne seront pas acquises avant la fin d'une certaine période d'emploi. Dans ce cas, il pourrait être approprié de considérer que l'avantage lié à l'option se rapporte aux fonctions exercées durant toute la période écoulée entre l'attribution de l'option et l'acquisition des actions.

12.11 Le deuxième principe est qu'une option d'achat d'actions destinée à un salarié ne devrait être considérée comme se rapportant à des fonctions exercées avant le moment où elle est attribuée que pour autant que cette attribution vise à récompenser l'exercice de ces

16 Dans le cas d'une option « américaine », le droit d'acquérir une action peut être exercé pendant une certaine période (typiquement quelques années) ; dans le cas d'une option « européenne », ce droit ne peut être exercé qu'à un moment précis (soit à une date donnée).

fonctions par le bénéficiaire pendant une durée précise. Tel serait le cas, par exemple, lorsque la rémunération est clairement fondée sur la performance passée du salarié durant une certaine période ou sur les résultats financiers passés de l'employeur et subordonnée au fait que le salarié a été employé par l'employeur ou une entreprise associée durant la période à laquelle se rapportent ces résultats financiers. De même, dans certains cas, il peut y avoir des éléments objectifs qui montrent que, durant une période d'emploi passée, les participants à un plan d'options d'achat d'actions étaient fondés à penser qu'une partie de leur rémunération au titre de cette période proviendrait du plan par l'attribution ultérieure d'options d'achat d'actions. Un tel élément pourrait être, par exemple, la pratique régulièrement observée d'un employeur ayant attribué un volume similaire d'options d'achat d'actions pendant plusieurs années, tant que rien n'indique que cette pratique pourrait être abandonnée. Sous réserve d'autres facteurs, ce type d'élément pourrait être très pertinent pour déterminer si et dans quelle mesure l'option d'achat d'actions se rattache à cette période d'emploi passée.

12.12 Lorsqu'une période d'emploi est exigée pour obtenir le droit d'exercer une option d'achat d'actions destinée à un salarié, mais que cette condition n'est pas appliquée dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'employeur met fin à la relation d'emploi ou lorsque le salarié atteint l'âge de la retraite, l'avantage lié à l'option d'achat d'actions doit être considérée comme se rattachant uniquement à la période de services effectivement accomplis au moment où ces circonstances se sont en fait produites.

12.13 Enfin, il peut y avoir des cas où certains facteurs amènent à penser que l'option vient récompenser des services passés, alors que d'autres facteurs semblent indiquer qu'elle est liée à des services futurs. En cas de doute, il faudrait admettre que les options d'achat d'actions sont généralement accordées aux salariés pour les inciter à améliorer leurs performances futures ou pour les fidéliser. En conséquence, les options d'achat d'actions attribuées aux salariés sont principalement liées à des services futurs. Cependant, tous les faits et circonstances devront être pris en compte avant de conclure ainsi et il y aura des cas où l'on pourra démontrer que l'option d'achat d'actions se rapporte à la fois à des périodes de service passés et à des périodes de services futurs (par exemple, l'option n'est attribuée que si le salarié a atteint un certain objectif de performance l'année précédente, mais ne peut être exercée que si le salarié continue d'exercer ses fonctions pendant encore trois ans).

12.14 Lorsque sur la base des principes qui précèdent une option d'achat d'actions est considérée comme se rapportant à un emploi exercé dans plus d'un État, il faudra déterminer, pour l'application de l'article 15 et des articles 23A et 23B, quelle est la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui se rapporte à l'emploi exercé dans chaque État. Dans ce cas, l'avantage lié à l'emploi qui doit être imputé à l'option d'achat d'actions doit être considéré comme obtenu dans un pays donné en proportion du nombre de jours durant lesquels l'emploi a été exercé dans ce pays par rapport au nombre total de jours durant lesquels les services d'emploi auxquels se rapporte l'option d'achat d'actions ont été fournis. A cet effet, les seules périodes de service à prendre en compte sont celles qui sont pertinentes dans l'optique du plan d'options d'achat d'actions, autrement dit celles au cours desquelles les services sont fournis au même employeur ou à d'autres employeurs si l'emploi auprès de ceux-ci intervient dans le calcul de la période d'emploi exigée pour acquérir le droit d'exercer l'option.

12.15 Les pays Membres ont la possibilité de s'écarter de l'application au cas par cas des principes ci-dessus (paragraphes 12.7 à 12.14) en s'entendant sur une méthode spécifique dans un contexte bilatéral. Par exemple, deux pays imposant essentiellement au moment de l'exercice de l'option peuvent convenir, à titre de principe général, d'imputer le revenu d'une

option se rapportant principalement à des services futurs aux services accomplis par un salarié dans les deux États entre la date de l'attribution et la date de l'exercice. Par conséquent, dans le cas d'options qui ne sont exerçables que lorsque le salarié a fourni des services à l'employeur pendant une certaine période, deux États pourraient convenir d'une méthode imputant le revenu de l'option à chaque État en fonction du nombre de jours durant lesquels le salarié a exercé son emploi dans chaque État pour l'employeur au cours de la période se situant entre la date de l'attribution et la date de l'exercice. Un autre exemple serait celui de deux pays appliquant un régime fiscal similaire aux options d'achat d'actions destinées aux salariés et adoptant des dispositions qui confèrent à l'un des États contractants le droit exclusif d'imposition de l'avantage lié à l'emploi, même si une fraction mineure des services d'emploi auxquels l'option se rapporte ont été fournis dans l'autre État. Bien entendu, les pays Membres devront faire preuve de prudence dans l'adoption de telles méthodes, parce qu'elles peuvent entraîner une double imposition ou une double non-imposition si une partie de l'emploi est exercée dans un État tiers qui n'applique pas une méthode similaire. »

Commentaires sur l'article 16

6. Remplacer le paragraphe 1.1 des commentaires sur l'article 16 par le texte suivant :

« 1.1 Les pays Membres ont généralement compris l'expression « tantièmes, jetons de présence et autres rétributions similaires » comme incluant les avantages en nature reçus par une personne en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société (par exemple *des options d'achat d'actions*, l'usage d'une habitation ou d'une automobile, le bénéfice d'une assurance-maladie ou d'une assurance-vie et les adhésions à des clubs) ».

7. Ajouter le paragraphe 3.1 suivant aux commentaires sur l'article 16:

« 3.1 *Un grand nombre des problèmes examinés aux paragraphes 12 à 12.15 des commentaires sur l'article 15 à propos des options d'achat d'actions attribuées aux salariés se posent également dans le cas des options d'achat d'actions attribuées aux membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société. Dans la mesure où les options d'achat d'actions sont attribuées à un résident d'un État contractant en sa qualité de membre du conseil d'administration ou de surveillance d'une société qui est résidente d'un autre État, cet autre État aura le droit d'imposer la fraction de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions qui constitue des tantièmes, jetons de présence ou rétributions similaires (voir le paragraphe 1.1 ci-dessus), même si l'impôt est perçu ultérieurement, lorsque la personne n'est plus membre de ce conseil d'administration ou de surveillance. L'article s'applique à l'avantage provenant d'une option d'achat d'actions attribuée aux membres du conseil d'administration ou de surveillance indépendamment du moment où cet avantage est imposé, mais il faut distinguer l'avantage en question du gain en capital pouvant provenir de l'aliénation d'actions acquises par exercice de l'option. C'est cet article, et pas l'article 13, qui s'applique à tout avantage provenant de l'option même jusqu'à ce qu'elle soit exercée, vendue ou autrement aliénée (par exemple, par annulation ou par acquisition par la société ou par l'émetteur). Mais une fois que l'option a été exercée ou aliénée, l'avantage imposable au titre de l'article a été réalisé et tout gain ultérieur sur les actions acquises (c'est-à-dire la plus-value sur les actions après l'exercice de l'option) aura été obtenu par le membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance en sa qualité d'investisseur-actionnaire et relèvera de l'article 13. En effet, c'est au moment de l'exercice que l'option — ce que le membre du conseil d'administration ou de surveillance a obtenu en qualité — disparaît et le bénéficiaire acquiert le statut d'actionnaire (et généralement investit de l'argent pour le devenir). »*

Commentaires sur les articles 23A et 23B

8. Ajouter les paragraphes suivants 4.1 à 4.3 aux commentaires sur les articles 23A et 23B :

« 4.1 L'article 4 ne traite toutefois que des cas d'assujettissement intégral concurrent. Le conflit dans le cas a) ne peut donc pas être résolu si le même élément de revenu fait l'objet d'un assujettissement total à l'impôt dans les deux pays, mais à des moments différents. L'exemple suivant illustre ce problème. Supposons qu'un résident de l'État R1 tire un avantage imposable d'une option d'achat d'actions destinée aux salariés qui lui est attribuée. L'État R1 impose cet avantage au moment de l'attribution de l'option. L'intéressé devient ultérieurement résident de l'État R2, qui impose l'avantage au moment de l'exercice de l'option. Dans ce cas, la personne en question est imposée dans chaque État au moment où elle est résidente de cet État et l'article 4 ne règle pas cette question, puisqu'il n'y a pas résidence concurrente dans les deux États.

4.2 En pareille situation, le conflit sera ramené à celui du cas b) et réglé en conséquence dans la mesure où les services d'emploi auxquels l'option se rapporte ont été fournis dans l'un des États contractants de manière à être imposables dans cet État en vertu de l'article 15, parce que c'est l'État où l'emploi en question est exercé. En effet, dans ce cas, l'État où les services ont été fournis sera l'État de la source aux fins d'élimination de la double imposition par l'autre État. Peu importe que le premier État n'applique pas l'impôt au même moment (voir le paragraphe 32.8). Peu importe également que l'autre État considère qu'il applique l'impôt en tant qu'État de la résidence et non en tant qu'État de la source (voir la dernière phrase du paragraphe 8).

4.3 Toutefois, lorsque les services d'emploi concernés n'ont pas été fournis dans l'un ou l'autre État, on n'aura pas affaire à un conflit dû à une double imposition source-résidence. Dans ce cas, on pourra utiliser la procédure amiable. L'une des solutions possibles serait que les autorités compétentes des deux États conviennent que chaque État accorde un allègement en ce qui concerne l'impôt fondé sur la résidence qui a été perçu par l'autre État sur la fraction de l'avantage lié aux services fournis durant la période au cours de laquelle le salarié était résident de cet autre État. Par conséquent, dans l'exemple ci-dessus, si les services d'emploi concernés avaient été fournis dans un État tiers avant que la personne ne devienne résidente de l'État R2, il serait logique que l'autorité compétente de l'État R2 accepte d'accorder l'allègement (par la méthode de l'imputation ou par la méthode de l'exemption) au titre de l'impôt perçu par l'État R1 sur la fraction de l'avantage lié à l'emploi qui se rapporte aux services fournis dans l'État tiers, puisqu'au moment où ces services ont été fournis, le contribuable était résident de l'État R1, et pas de l'État R2, aux fins de la convention entre ces deux États. »

9. Ajouter le paragraphe suivant 32.8 et le titre suivant aux commentaires sur les articles 23A et 23B :

« F. Décalage quant au moment de l'imposition

32.8 Les dispositions de la Convention qui autorisent l'État de la source à imposer des éléments particuliers de revenu ou de capital ne prévoient aucune restriction quant au moment où l'impôt en question doit être appliqué (voir, par exemple, le paragraphe 2.2 des commentaires sur l'article 15). Puisque aussi bien l'article 23A que l'article 23B exigent que l'allègement soit accordé lorsqu'un élément de revenu ou de capital peut être imposé par l'État de la source conformément aux dispositions de la Convention, il s'ensuit que cet allègement

doit être accordé quel que soit le moment où l'impôt est exigé par l'État de la source. L'État de la résidence doit donc accorder l'allègement de la double imposition par la méthode de l'imputation ou de l'exemption pour cet élément de revenu ou de capital, même si l'État de la source l'impose au cours d'une année antérieure ou postérieure. Toutefois, certains États ne suivent pas le libellé de l'article 23A ou de l'article 23B dans leurs conventions bilatérales et subordonnent l'allègement de la double imposition qu'ils accordent en vertu des conventions fiscales à ce qu'ils accordent en vertu de leur législation nationale. On attend néanmoins de ces pays qu'ils recherchent d'autres moyens (par exemple, la procédure amiable) pour alléger la double imposition qui pourrait sinon se produire dans le cas où l'État de la source applique l'impôt au cours d'une année fiscale différente. »