

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4250/2007-FIN

ATA/439/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 8 septembre 2009

1^{ère} section

dans la cause

ADMINISTRATION FISCALE CANTONALE

contre

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS

et

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

Madame et Monsieur L _____

représentés par Madame Danielle Axelroud Buchmann, expert fiscal diplômée

EN FAIT

1. Madame et Monsieur L_____ (ci-après : les époux L_____ ou les contribuables) sont domiciliés à Genève. M. L_____ (ci-après : le contribuable ou l'employé) a exercé une activité salariée, en tant que directeur général, auprès de la société S_____ S.A. sise à Genève (ci-après : S_____ ou l'employeur) jusqu'au 31 mai 2003.
2. En cette qualité, outre un salaire de CHF 952'937.- pour l'année 2001 et de CHF 704'904.- l'année 2002, il s'est vu octroyer des options de collaborateurs S_____ dans le cadre de son activité professionnelle, à savoir :
 - 2'500 options au 31 juillet 1999 ;
 - 3'875 options en juin 2001, et
 - 2'860 options au 21 mars 2002.
3. En date du 2 juillet 2001, M. L_____ a signé un document libellé "Share Option Plan for S_____ Key Executives" (ci-après : plan d'options 2001) par lequel il a déclaré accepter les conditions d'un règlement annexé, lequel indiquait qu'un droit ferme des 3'875 options qu'il avait reçues en 2001 était acquis comme suit :
 - 25 % : 12 mois après la date de l'offre ;
 - un autre 25% : 24 mois après la date de l'offre ;
 - le solde de 50% : 36 mois après la date de l'offre,cela pour autant que le bénéficiaire soit toujours employé de SGS à la date correspondante.

Le règlement précisait que la date de l'offre était le 1^{er} juin 2001, que le prix d'exercice par action était de CHF 387.-, et que les options pouvaient être exercées pendant une période de cinq ans, après un délai de blocage de trente-six mois à compter de la date de l'offre du 1^{er} juin 2001. La durée de vie des options correspondait ainsi à huit ans.
4. Par courrier daté du 25 juillet 2001, l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE) a informé SGS qu'après analyse du règlement du plan d'options 2001, et conformément à la circulaire n° 5 du 30 avril 1997 de l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) relative à l'imposition des actions et options de collaborateurs (ci-après : circulaire n° 5), les options accordées en 2001 feraient l'objet d'une imposition à l'octroi.

5. Le 20 septembre 2001, l'employeur a fait part à l'AFC-GE de son désaccord quant à l'imposition à l'octroi des options accordées en 2001 et a proposé leur imposition à l'exercice.
6. En date du 26 septembre 2001, l'AFC-GE a maintenu qu'elle entendait l'imposer à l'octroi les options issues du plan susmentionné.
7. Dans leur déclaration fiscale 2001-B, retournée le 26 juillet 2002 à l'AFC-GE, les contribuables ont notamment indiqué avoir reçu 3'875 options SGS d'une valeur au 1^{er} juin 2001 de CHF 37,56 chacune, correspondant à un revenu en options de CHF 145'545.-.
8. Le 18 novembre 2002, SGS a signifié son licenciement à l'employé pour le 31 mai 2003, et a indiqué que seules pourraient être exercées la moitié des 3'875 options octroyées en 2001, et un tiers des 2'860 options octroyées en 2002. Ces dernières faisaient l'objet d'un plan d'options 2002 aux modalités semblables à celui de 2001 (ci-après : plan d'options 2002), à savoir : acquisition d'un droit ferme de
 - 25 % : 12 mois après la date de l'offre ;
 - d'un autre 25% : 24 mois après la date de l'offre ;
 - du solde de 50% : 36 mois après la date de l'offre,cela pour autant que le bénéficiaire soit toujours employé de SGS à la date correspondante.

La date de l'offre était le 21 mars 2002, le prix d'exercice par action était de CHF 319.-, et les options pouvaient être exercées pendant une période de 7 ans, après un délai de blocage de trente-six mois à compter de la date de l'offre. La durée de vie des options correspondait ainsi à dix ans.
9. Dans leur déclaration fiscale 2002, retournée le 12 août 2003 à l'AFC-GE, les contribuables ont notamment mentionné un revenu de CHF 47'779.- provenant de l'octroi de 954 actions à CHF 50, 08248 chacune, correspondant à un revenu en options de CHF 47'779.- .
10. Le 16 août 2004, l'AFC-GE a notifié aux époux L_____ les bordereaux d'impôt fédéral direct 2001 (ci-après : IFD 2001) et 2002 (ci-après : IFD 2002), reprenant les revenus liés aux options 2001 et 2002 tels qu'ils avaient été déclarés par les contribuables.
11. En date du 16 septembre 2004, les contribuables, ont déposé une réclamation contre leurs bordereaux d'impôts cantonaux et fédéraux pour les

années 2001 et 2002, mais aussi 2003, contestant divers éléments. Seuls les éléments relatifs à l'IFD 2001 et l'IFD 2002 sont pertinents pour cette procédure.

a. Concernant l'IFD 2001, le contribuable avait reçu 3'875 options en 2001, ce qu'il avait déclaré. Néanmoins, son licenciement lui ayant été annoncé à la fin de l'année 2002, et la période de taxation 2001 étant encore ouverte en 2002, seules 1'938 options, soit la moitié de 3'875 options, devaient être imposées.

L'octroi de ces options ne représentait pas un droit ferme, puisque le plan d'options prévoyait des clauses d'annulation suite à la fin des rapports de travail. Leur imposition à l'octroi violait le principe de l'imposition selon la capacité contributive, car un revenu fictif, afférent à ladite perte, était imposé, ce qui était interdit. C'était une imposition à l'exercice qui devait être retenue. Genève n'appliquait pas le système du "salaire négatif", consistant en une déduction en cas de perte des options, ce qui aurait permis de remédier à ce problème.

La valeur des options reçues en 2001 ne devait pas être calculée à la date de leur octroi le 1^{er} juin 2001, soit à CHF 37,56, mais à la date où il avait signé l'acceptation du plan d'options 2001, le 2 juillet 2001, soit à CHF 29,95. Afin de prouver cette baisse de valeur, il annexait un tableau établi lui-même qui indiquant la valeur de chaque option à CHF 29,95, ainsi qu'une pièce qu'il disait être une expertise du Crédit Suisse, laquelle ne comportait toutefois ni la date de son établissement, ni le nom de l'institution qui l'avait émise.

Le revenu imposable des options 2001 s'élevait à CHF 58'046.-, soit 1'938 options au prix de CHF 29,95 chacune, et non à CHF 145'545, soit 3'875 options au prix de CHF 37,56, comme déclaré initialement.

b. S'agissant de l'IFD 2002, la contestation portait sur un autre objet que l'imposition au titre de l'impôt sur le revenu des options des plans d'options 2001 et 2002, seule relevante en l'espèce.

12. Par décision sur réclamation du 3 octobre 2005, l'AFC-GE a maintenu la taxation des options en cause pour l'IFD 2001.

En signant le 2 juillet 2001 le plan d'options 2001, le contribuable avait accepté les termes du contrat indiquant que la date de l'offre était le 1^{er} juin 2001, de sorte que le délai accordé à l'employé pour retourner le document signé ne pouvait remettre en cause la date d'attribution fixée dans le contrat.

L'octroi, le 1^{er} juin 2001, des 3'875 options s'inscrivait dans le cadre d'un plan d'intéressement, et avait fait l'objet d'une décision d'imposition à l'octroi par l'AFC-GE le 25 juillet 2001, en application de la circulaire n° 5.

La valeur de chaque option à CHF 37,56 avait été déterminée par un tiers indépendant, et se basait sur la valeur de l'action au 1^{er} juin 2001. Cette valeur

avait été confirmée ultérieurement par l'employeur dans un courrier adressé à l'AFC-CH le 10 janvier 2003.

La réalisation du revenu survenant à la date d'attribution au 1^{er} juin 2001, c'était à juste titre que l'objet de l'impôt, correspondant aux 3'875 options au prix de CHF 37,56 avait été déterminé sur une valeur totale de CHF 145'545.-.

13. Par décision sur réclamation du 3 octobre 2005, l'AFC-GE a également maintenu sa décision pour l'IFD 2002, à l'exception d'une rectification en matière d'allocations familiales.

14. Le 4 novembre 2005, les contribuables ont recouru contre la décision précitée auprès de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct, remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission). Leurs écritures visaient également d'autres décisions sur réclamation de l'AFC-GE relatives à l'IFD 2002 et aux impôts cantonaux.

Le courrier de l'AFC-GE du 25 juillet 2001 relatif à l'imposition d'options au moment de l'octroi ne pouvait pas être considéré comme une décision, car il n'y avait pas l'indication des voies de droit qui auraient pu être utilisées. Par ailleurs, l'employeur du contribuable n'avait jamais donné son aval à cette modalité d'imposition. Le contribuable reprenait pour le surplus son argumentation développée dans le cadre de sa réclamation.

15. Dans sa réponse du 3 novembre 2006, l'AFC-GE conclut au rejet du recours, en reprenant ses arguments du 3 octobre 2005.

L'imposition des options devait avoir lieu à l'octroi. Concernant les 3'875 options accordées en 2001 et les 2'860 options accordées en 2002, il avait été prévu qu'un droit ferme aux options n'était acquis qu'à certaines conditions. Or, l'acquisition d'un droit ferme sur options, à un moment donné, ne présentait aucune pertinence, dès lors que l'imposition devait avoir lieu dès l'octroi.

C'était à juste titre qu'elle avait imposé pour l'année fiscale 2001 un revenu en options 2001 de CHF 145'545.- (soit 3'875 x CHF 37,56).

Pour l'année fiscale 2002, l'évaluation des options du plan d'options 2002 devait être faite pour les 2'860 options et non seulement 954 comme l'avaient fait les contribuables, ce qui représentait, à la valeur de CHF 50,08, un revenu de CHF 143'235.-.

16. Le 1^{er} décembre 2006, les contribuables ont répliqué en maintenant leurs précédentes conclusions.

Pour l'année fiscale 2002, l'AFC-GE ne devait imposer que 954 options reçues en 2002, et non pas 2'860, car suite à son licenciement intervenu le 18 novembre 2002, le contribuable en avait perdu les trois quarts (recte : les deux tiers). Imposer la totalité des options octroyées revenait à imposer un revenu fictif.

Ils ne contestaient plus le principe de l'imposition des options à l'octroi, mais le nombre des options soumises à l'imposition en 2001 et 2002, ainsi que la date de l'octroi des options 2001, laquelle influençait leur évaluation.

17. Par décision du 26 septembre 2007, la commission a partiellement admis le recours.

a. Concernant l'année fiscale 2001, elle a retenu ce qui suit.

La date d'octroi des options attribuées en 2001 était le 2 juillet 2001, soit celle de la signature de l'offre d'octroi d'options. C'est à ce moment que le transfert des titres a eu lieu, que le revenu provenant de la remise de ceux-ci a été réalisé et est devenu imposable.

S'agissant de la valeur de ces options, celle-ci avait été proposée par l'employeur dans son offre du 1^{er} juin 2001 à CHF 37,56 par option. En souscrivant au plan d'options, le contribuable avait accepté ce prix, que son employeur a confirmé postérieurement dans sa lettre du 10 janvier 2003.

Il ne fallait prendre en compte que 1'938 options au prix de CHF 37,56 chacune, correspondant à un montant imposable de CHF 72'791.-, en lieu et place des 3'875 options retenues par l'AFC-GE, le contribuable n'ayant acquis un droit ferme à exercer ces options qu'à condition toutefois qu'il soit toujours employé dans le groupe SGS à la date correspondante. Or, en raison de son licenciement, il ne pourrait exercer que 50%, ou 1'938 des 3'875 options octroyées en 2001.

b. Pour l'année de taxation 2002, s'agissant du nombre d'options octroyés en 2002, comme l'avait indiqué son employeur dans le certificat de salaire 2002, le contribuable avait, suite à son licenciement, définitivement perdu 1'906 options, et n'était en droit d'en exercer que 954 sur un total de 2'860 options. Un montant imposable de CHF 47'779.- devait être retenu (954 options à CHF 50,08248), en lieu et place des CHF 143'235.- retenus par l'AFC-GE (2'860 options à CHF 50,08248).

18. Le 6 novembre 2007, l'AFC-GE a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée. Elle conclut à l'annulation de la décision de la commission et à la confirmation de ses propres décisions du 3 octobre 2005.

En n'imposant, pour l'année fiscale 2001, que 1'938 options en lieu et place de 3'875 options et, pour l'année fiscale 2002, 954 options en lieu et place de 2'860 options, la commission avait introduit la notion de "salaire négatif", une

pratique inadmissible dans le canton de Genève, lequel avait toujours refusé cette notion. Diminuer le nombre d'options au moment de l'attribution, alors que la perte était intervenue ultérieurement, apparaissait totalement arbitraire.

S'agissant de l'imposition des options à l'octroi (3'875 options en 2001 et 2'860 options en 2002), seuls pouvaient être appliqués les principes généraux en matière d'imposition des options résultant de la circulaire n° 5, laquelle indiquait que l'imposition avait lieu au moment où le revenu était considéré comme étant réalisé, lorsque l'employé avait acquis une prétention ferme à la prestation et que le montant de cette dernière était déterminable. C'était effectivement le cas si les options étaient susceptibles d'être évaluées objectivement selon ladite circulaire.

L'application de la directive n'avait pas été contestée par l'employeur, qui avait traité les octrois d'options comme revenus de l'activité lucrative dépendante. L'imposition avait fait l'objet d'un accord validé par l'AFC-GE le 25 juillet 2001.

Quant à l'évaluation des options imposables à l'octroi, elle s'effectuait selon la formule mathématique "Black & Scholes", laquelle intégrait plusieurs paramètres déterminés au moment de l'attribution des options, mais qui variaient en fonction de la durée de vie du plan.

19. Le 27 novembre 2008, l'administration fédérale des contributions (ci-après : AFC-CH) a indiqué se rallier aux considérations et conclusions exprimées par l'AFC dans son recours du 6 novembre 2008.

Suite à la perte des droits du contribuable en raison de son licenciement, c'était à tort que la commission avait partiellement admis que seule la moitié des 3'875 options attribuées en 2001, et le tiers des 2'860 options attribuées en 2002, devaient être imposées.

C'était au moment de son attribution que l'option constituait un revenu imposable pour le collaborateur.

Les options dont il était question dans cette clause ne constituaient pas de simples droits d'expectative, en ce sens qu'elles n'avaient pas une durée supérieure à dix ans, n'étaient pas assorties d'un délai de blocage de plus de cinq ans ou de nombreuses conditions personnelles. Elles avaient une valeur fiscale que l'employeur avait communiquée sur une feuille annexe au certificat de salaire, lequel précisait par ailleurs le nombre d'options attribuées au contribuable.

L'attribution des options ayant eu lieu en 2001, respectivement en 2002, la totalité des options attribuées étaient imposables au cours de ces années, aux valeurs communiquées par l'employeur. Le fait que le contribuable n'en ait touché finalement que la moitié, respectivement le tiers, en raison de son licenciement n'autorisait pas une imposition différente.

Bien que certaines administrations fiscales aient accepté de tenir compte de cette perte de droit extraordinaire en appliquant une pratique dite du "salaire négatif" ("Minuslohn"), en matière d'IFD, cette pratique n'avait pas cours.

20. Le 5 décembre 2007, les contribuables se sont déterminés à propos du recours de l'AFC-GE et ont maintenu leurs conclusions précédentes.

L'application stricte de la circulaire n°5 relative à l'imposition au moment de l'attribution ne se justifiait pas, ce document n'était qu'une instruction destinée à guider les taxateurs dans l'application des normes légales. L'AFC-CH avait publié une lettre circulaire le 6 mai 2003, précisant que jusqu'à la fin de la "période vesting", l'acquisition de la propriété de l'option était soumise à une condition suspensive. Aussi longtemps que cette condition n'était pas remplie, le collaborateur n'acquerrait pas irrévocablement la propriété de l'option.

L'AFC-GE se trompait en affirmant qu'un "accord validé par l'AFC-GE" concernant l'imposition à l'octroi ressortait de son courrier du 25 juillet 2001. L'employeur ayant manifesté son désaccord avec la position de l'administration, le courrier précité ne pouvait en aucun cas être considéré comme une décision liant le contribuable.

Concernant les options octroyées en 2001, ils produisaient des documents indiquant la valeur de chaque option à CHF 29,95 au 1^{er} juillet 2001.

21. Par courrier daté du 11 décembre 2007, la commission a transmis son dossier et a indiqué persister dans les considérants et le dispositif de sa décision.
22. Le 18 janvier 2008, l'AFC-GE a répliqué, persistant dans ses conclusions.

L'employeur, par courrier du 20 septembre 2001, avait contesté la prise de position de l'AFC-GE concernant l'imposition des options à l'octroi. Néanmoins l'AFC-GE lui avait de nouveau écrit le 26 septembre 2001, indiquant sa détermination sur une imposition au moment de l'attribution, et lui offrant un aménagement pour le paiement de la charge fiscale. Cette lettre n'ayant pas fait l'objet d'une contestation, l'imposition à l'octroi avait été dûment acceptée par l'employeur du recourant.

23. Le 28 février 2008, l'AFC-CH a déclaré se rallier aux considérations et conclusions de l'AFC-GE.
24. Le 3 mars 2008, les époux L_____ ont transmis leurs observations relatives à la réplique de l'AFC-GE du 18 janvier 2008, ainsi qu'aux observations de l'AFC-CH du 27 novembre 2007.

- Le courrier de l'AFC-GE du 26 septembre 2001 avait été adressé à leur mandataire, agissant à ce moment-là pour le compte de l'employeur. Les

contribuables venant tout juste d'en prendre connaissance, ce courrier ne pouvait en aucun cas leur être opposé.

- L'employeur n'avait pas répondu au courrier de l'AFC-GE du 26 septembre 2001, car il avait constaté que par le passé ses arguments n'avaient pas été entendus. L'AFC-GE ne pouvait tirer de ce silence un accord avec une solution qui ne répondait aucunement aux objections de l'employé.

- A propos du courrier susmentionné, la mandataire des contribuables avait eu un entretien avec un représentant de l'AFC-GE, lequel lui avait indiqué que les options seraient taxées avec le revenu de l'année en question : les 25% débloqués en juin 2002 avec le revenu de l'année 2002, les 25% débloqués en juin 2003 avec le revenu 2003, etc.

L'AFC-GE se trompait en affirmant que la valeur fiscale des options 2001 et 2002 figurait sur une annexe au certificat de salaire. Certes, une annexe, indiquant le prix d'exercice des options, avait été jointe aux certificats de salaire 2001 et 2002. Néanmoins, dans ceux-ci, la "valeur fiscale" des options n'y était pas indiquée. Le revenu des options avait été calculé par ses soins, et reporté séparément.

25. Le 28 novembre 2008, en référence à une pièce produite dont le libellé pouvait prêter à confusion, le juge délégué a demandé à l'AFC-GE de lui préciser si elle avait traité un autre cas de participant au plan d'options 2001 et, dans l'affirmative, de quelle manière celles-ci options avaient été imposées.
26. Le 28 novembre 2008 également, le juge délégué a demandé aux contribuables de produire les plans d'options 1999 et 2002.
27. Le 19 décembre 2008, l'AFC-GE a indiqué que M. L._____ était le seul cas de participant au plan d'options 2001 qu'elle ait traité.
28. Le 22 décembre 2008, les contribuables ont produit les pièces requises. Par ailleurs, ils avaient appris récemment que l'employeur avait obtenu, plusieurs années auparavant, un accord de l'AFC-GE pour que les options octroyées à ses employés soient imposées lors du vesting, soit au moment où ceux-ci obtenaient le droit ferme d'exercer leurs options.
29. Le 15 avril 2009, répondant à une demande du juge délégué, les contribuables ont indiqué qu'ils n'avaient pas le document relatif à l'accord mentionné dans leur courrier du 22 décembre 2008, mais qu'ils étaient en mesure d'indiquer qu'il datait du 24 juillet 2006.
30. Le 16 avril 2009, l'AFC-GE s'est déterminée sur les plans d'options 1999 et 2002. Les caractéristiques des options attribuées par ces plans, comme par celui de 2001, n'étaient pas fondamentalement différentes. La durée des plans -

inférieure à dix ans -, la durée des blocages - n'excédant pas cinq ans - et les conditions d'exercice des options "qualifiaient" ces dernières pour une imposition à l'octroi, conformément à la circulaire n° 5.

31. Le 24 avril 2009, l'AFC-GE a produit l'accord du 24 juillet 2006. Il ne faisait que confirmer l'imposition au moment de l'octroi des options.
32. Le 28 avril 2009, les parties ont été avisées que l'affaire était en état d'être jugée.
33. Le 4 mai 2009, les contribuables ont réagi au courrier de l'AFC-GE. L'accord du 24 juillet 2004 devait se comprendre dans le sens d'une imposition au moment du vesting. Leur courrier a été transmis aux autres parties pour information.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Selon l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Elle ne l'est en revanche pas par les motifs qu'elles invoquent.
3. L'objet du litige concerne l'imposition des options SGS dans le cadre de l'IFD 2001 et de l'IFD 2002.
4. Suite à un arrêt du Tribunal fédéral du 6 novembre 1996 (RDAF 1997 II 564) portant sur le revenu des personnes physiques et sur l'aspect particulier d'une attribution d'actions à un salarié, l'administration fédérale a édicté la circulaire n° 5.
 - a. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021) (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/106/2006 du 7 mars 2006 consid. 9a ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c.).
 - b. Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en

pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c).

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

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

Les options d'une durée supérieure à dix ans ou qui sont assorties d'un délai de blocage de plus de cinq ans n'ont pas qualité d'options de collaborateurs au sens de cette circulaire, étant donné que de telles options ne peuvent pas être évaluées objectivement. Il en va de même des options assorties de nombreuses conditions personnelles. En pareils cas, on se trouve en présence de simples droits d'expectative. Par conséquent, au moment de l'attribution des options, on ne saurait considérer qu'un revenu découlant d'une activité lucrative dépendante est réalisé. Ce n'est qu'au moment où elle est exercée que l'option constitue un revenu imposable pour le collaborateur. L'attribution des options doit au surplus figurer dans le certificat de salaire, et leur nombre ainsi que leur valeur fiscalement déterminante doivent être attestés sur une feuille annexe (ch. 4.1).

6. Le 6 mai 2003, l'AFC-CH a été amenée à préciser la directive ci-dessus dans une lettre-circulaire aux administrations cantonales de l'IFD. Elle relevait que notamment la tendance des plans d'options était de prévoir des options assorties d'une période de vesting particulière, à savoir des options dont l'acquisition irrévocable de la propriété était subordonnée à la condition personnelle particulière que le collaborateur soit toujours au service de l'entreprise au moment où il exerce ses options. Jusqu'à l'exercice de l'option, le collaborateur n'avait pas la possibilité de réaliser la valeur incorporée à l'option, car celle-ci était inaliénable et il ne s'agissait que d'un simple droit expectatif. Dans ce cas de figure, l'imposition ne devait avoir lieu qu'au moment de l'exercice des options.

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que les options attribuées au contribuable sont des options soumises à conditions cumulatives, puisqu'il ne peut acquérir de droit ferme avant une certaine date sur une partie seulement des options, cela pour autant qu'il soit à ce moment là encore collaborateur de SGS. Au vu de ce qui précède, leur imposition au titre du revenu devra donc avoir lieu au moment de l'exercice de leur exercice. Elle ne pouvait ainsi avoir lieu déjà dans le cadre de l'IFD 2001, respectivement l'IFD 2002.

La décision querellée, qui retient l'imposition au titre du revenu au moment de l'octroi pour les seules options que le contribuable pourra exercer avant la fin des rapports de travail, doit donc être annulée.

7. Compte tenu de ce qui précède, la question de la valeur des options à prendre en compte pour la taxation est devenue sans objet.
8. Le recours sera admis partiellement par substitution de motif. La décision querellée sera annulée et le dossier envoyé à l'AFC-GE pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Un émolument de CHF 300.- sera mis à la charge de l'AFC-GE, le recours n'étant pas dirigé contre une décision de la commission cantonale de recours en matière administrative (art. 11 al. 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03).

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de l'AFC-CH, et un émolument de CHF 500.- également sera mis à celle des contribuables (art. 87 LPA).

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 6 novembre 2007 par l'administration fiscale cantonale contre la décision du 26 septembre 2007 de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du 26 septembre 2007 de la commission cantonale de recours de l'impôt fédéral direct ;

annule partiellement la décision du 3 octobre 2005, de l'administration fiscale cantonale portant sur l'impôt fédéral direct 2001, en ce qu'elle porte sur l'imposition de l'octroi de 3'875 options à Monsieur L_____ le 1^{er} juin 2001 ;

annule le bordereau rectificatif d'impôt fédéral direct 2001 du 3 octobre 2005 ;

annule le bordereau d'impôt fédéral direct 2001 du 16 août 2004 ;

annule la décision du 3 octobre 2005 de l'administration fiscale cantonale portant sur l'impôt fédéral direct 2002, sauf en ce qu'elle supprime un montant de revenu de CHF 600.- au titre d'allocations familiales ;

annule le bordereau rectificatif d'impôt fédéral direct 2002 du 3 octobre 2005 ;

annule le bordereau d'impôt fédéral direct 2002 du 16 août 2004 ;

renvoie la cause à l'administration fiscale cantonale pour nouvelles taxations dans le sens des considérants :

met un émolument de CHF 300.- à la charge de l'administration fiscale cantonale ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de l'administration fédérale des contributions ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge Madame et Monsieur L_____ ;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à Madame et Monsieur L_____, à la charge de l'Etat de Genève ;

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

communiqué le présent arrêt à l'administration fiscale cantonale, à l'administration fédérale des contributions, division principale de l'impôt fédéral direct, à la commission cantonale de recours en matière administrative, ainsi qu'à Madame Danielle Axelroud Buchmann, expert fiscal, mandataire de Madame et Monsieur L_____.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :