

15.060

**Message
concernant une modification de la loi
sur l'impôt anticipé**

du 11 septembre 2015

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, un projet de modification de la loi sur l'impôt anticipé.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

11 septembre 2015

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Aujourd'hui, les banques actives en Suisse peuvent émettre des emprunts qui, en cas de risque d'insolvabilité, peuvent être convertis ou amortis. Ces emprunts augmentent la stabilité de la place financière. Pour que ces instruments soient efficaces, il est essentiel qu'ils soient émis en Suisse. Le droit fiscal en vigueur constitue un obstacle dans ce domaine en raison de l'impôt anticipé retenu sur les intérêts de ces emprunts. Afin d'éliminer ce désavantage, ces emprunts sont exonérés de l'impôt anticipé. Etant donné que cette exonération est limitée dans le temps, le Conseil fédéral propose de la prolonger et de l'étendre à une autre catégorie d'emprunts, les bail-in bonds. Par ailleurs, il prévoit d'introduire des allègements semblables en matière de droit de timbre d'émission.

Situation

L'impôt anticipé est un impôt à la source prélevé sur certains revenus de capitaux auprès du débiteur de la prestation imposable. Pour les contribuables suisses, il vise à garantir la perception des impôts directs (impôts sur le bénéfice, sur le revenu et sur la fortune); autrement dit, l'impôt anticipé est remboursé si les éléments imposables sont déclarés. Pour les personnes qui résident à l'étranger, il a également, en partie, un but de garantie. Pour ces personnes, il peut aussi simplement avoir un but d'imposition, lorsque le remboursement de l'impôt anticipé n'est pas prévu ou n'est prévu qu'en partie. Avec le système actuel, la fonction de garantie n'est que partiellement remplie, parce que les revenus de source étrangère des personnes assujetties de façon illimitée en Suisse sont soumis à l'impôt sur le bénéfice ou sur le revenu, mais pas à l'impôt anticipé. De plus, les obligations suisses se révèlent peu attrayantes aux yeux des investisseurs institutionnels en raison du fait qu'elles sont soumises à l'impôt anticipé. C'est pourquoi les groupes établis en Suisse émettent souvent leurs obligations par l'intermédiaire de leurs sociétés étrangères. En conséquence, le marché suisse des capitaux de tiers est sous-développé en comparaison internationale. La création de valeur correspondante a donc lieu à l'étranger et les places de travail dans ce domaine se trouvent elles aussi à l'étranger.

Un changement de système dans le domaine de l'impôt anticipé permettrait de contrer efficacement ces désavantages. Le 17 décembre 2014, le Conseil fédéral a donc soumis à la consultation un projet de loi prévoyant que l'impôt anticipé ne serait plus perçu par le débiteur de la prestation imposable, mais par l'agent payeur suisse (en règle générale une banque) qui crédite les revenus concernés à ses clients. Ainsi, l'impôt aurait pu être modulé en fonction des besoins du marché des capitaux et du fisc. En outre, un cadre fiscal approprié aurait été créé, pour que les banques puissent émettre des emprunts à conversion obligatoire (CoCos) et des emprunts assortis d'un abandon de créance (write-off bonds) depuis la Suisse à des conditions attrayantes. Seul lorsque ces instruments sont émis selon le droit suisse par une société établie en Suisse, les emprunts peuvent, en cas de crise, être convertis en capital propre ou amortis sans grands accros. Les revenus de droits de par-

tipication suisses n'auraient pas été concernés par ce changement, étant donné qu'aucune mesure indispensable n'est nécessaire en ce qui les concerne.

L'analyse des résultats de la consultation a montré que des participants importants reconnaissent certes les avantages de percevoir l'impôt anticipé selon le principe de l'agent payeur, mais ne sont pas favorables à un changement à l'heure actuelle.

Contenu du projet

Partant de ce constat, le Conseil fédéral estime qu'il faut pour l'instant renoncer à introduire le principe de l'agent payeur dans le domaine de l'impôt anticipé, d'autant plus que le Parlement avait déjà rejeté une première proposition de réforme du Conseil fédéral en 2012. S'agissant des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance, il est toutefois nécessaire de prolonger le régime d'exonération de l'impôt anticipé, limité dans le temps, qui leur est appliqué depuis le 1^{er} janvier 2013. Le Conseil fédéral propose d'introduire un régime d'exception identique, lui aussi limité dans le temps, en faveur des obligations d'emprunt qui sont approuvées par l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) au moment de leur émission et qui peuvent être amorties ou converties en capital propre en cas de risque d'insolvabilité (bail-in bonds).

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Dans un message daté d'août 2011, le Conseil fédéral avait proposé à l'Assemblée fédérale une réforme de l'impôt anticipé visant à renforcer le marché des capitaux¹. Les nouvelles exigences réglementaires en matière de stabilité du système dans le domaine bancaire, en particulier l'introduction d'emprunts à conversion obligatoire (*CoCos*) et d'emprunts assortis d'un abandon de créance (*write-off bonds*) dans la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)², ont été à la source du projet de réforme. La proposition d'août 2011 visait à introduire des conditions-cadres attrayantes en matière d'impôt anticipé pour tous les papiers monétaires et obligations; pour ce faire, il était prévu d'imposer ces titres non plus selon le principe du débiteur, mais selon le principe dit de l'agent payeur. Le Parlement n'a toutefois pas accepté la proposition du Conseil fédéral et a décidé de soumettre les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance à un régime d'exonération de l'impôt anticipé limité dans le temps. Il a ensuite renvoyé le projet au Conseil fédéral.

Le 19 décembre 2012, le Conseil fédéral a adopté le rapport concernant la politique de la Confédération en matière de marchés financiers³ et a chargé le Département fédéral des finances (DFF) de, notamment, examiner jusqu'à fin 2013 la possibilité d'appliquer désormais à l'impôt anticipé le principe de l'agent payeur au lieu de celui du débiteur dans le but de renforcer le marché des capitaux. Le groupe de travail mixte constitué pour cet examen et composé de représentants de l'économie, des cantons et de la Confédération (ci-après «groupe de travail») a présenté son rapport le 14 février 2014.

Le groupe de travail a conclu qu'un passage au principe de l'agent payeur était effectivement de nature à renforcer le marché suisse des capitaux, en particulier s'agissant du capital de tiers. Il a toutefois précisé que ce changement risquait d'inciter les personnes domiciliées en Suisse à transférer leur agent payeur à l'étranger dans le but d'éviter le paiement de l'impôt anticipé. Il a donc recommandé de contourner ce risque en ne mettant en œuvre le changement que lorsque des instruments adéquats, basés sur traités internationaux, seraient à disposition. L'un des instruments essentiels consiste en l'introduction à l'échelle internationale de l'échange automatique de renseignements en matière fiscale (EAR), dans le cadre duquel les autorités suisses peuvent recevoir et exploiter des communications envoyées de l'étranger.

Le Conseil fédéral a alors chargé le groupe d'experts «Développement de la stratégie en matière de marchés financiers», dirigé par le Prof. Aymo Brunetti et composé de représentants de l'administration fédérale, du secteur financier et de l'industrie (ci-après «groupe d'experts»), d'examiner si le traitement fiscal des opérations

1 FF 2011 6097

2 RS 952.0

3 www.sif.admin.ch > Thèmes > Politique en matière de place financière > Documentation

financières prévu par le droit fiscal suisse entraînait des désavantages importants en comparaison internationale et si oui, dans quels domaines. Dans son rapport final, le groupe d'experts a pris position sur la réforme de l'impôt anticipé et a recommandé, lui aussi, le passage au principe de l'agent payeur.

Le groupe de travail et le groupe d'experts sont d'avis qu'un passage du principe du débiteur à celui de l'agent payeur est en mesure de renforcer le marché suisse des capitaux. D'après eux, en effet, l'imposition selon le principe de l'agent payeur permet, contrairement au principe du débiteur, un traitement fiscal différencié en fonction du bénéficiaire de la prestation (investisseur). Les deux groupes ont donc évalué différentes variantes de réforme possibles.

Par décision du 2 juillet 2014, le Conseil fédéral a chargé le DFF d'élaborer, jusqu'à fin 2014 et en collaboration avec le groupe d'experts, un projet de loi destiné à la consultation portant sur la révision de l'impôt anticipé.

La procédure de consultation a débuté le 17 décembre 2014 et s'est terminée le 31 mars 2015. Le projet de loi mis en consultation prévoyait que l'impôt anticipé ne devait plus être retenu par le débiteur de la prestation imposable mais par l'agent payeur suisse (généralement une banque) qui crédite les revenus concernés à ses clients. Etant donné que l'agent payeur doit connaître ses clients, ce procédé aurait permis de retenir l'impôt anticipé de manière ciblée, là où il s'agit d'assurer la perception de l'impôt. Celui-ci aurait donc pu être modulé en fonction des besoins du marché des capitaux et du fisc. Par ailleurs, le passage au principe de l'agent payeur devait permettre de créer un cadre fiscal dans lequel les banques auraient pu émettre depuis la Suisse des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance à des conditions fiscalement attrayantes. Aucun changement n'était toutefois prévu pour les revenus provenant de droits de participations suisses étant donné que, dans ce domaine, les désavantages du principe de l'agent payeur l'emporte sur les avantages qu'il procurerait et que le marché des capitaux n'a nul besoin de changement fondamental en la matière, même en comparaison internationale. Le projet de loi soumis à la consultation prévoyait les principes suivants:

- a. La retenue de l'impôt anticipé s'effectuera de manière générale selon le principe de l'agent payeur et non plus suivant le principe du débiteur.
- b. Les revenus provenant de droits de participations suisses et les gains de loterie ne seront pas visés par ce changement de régime.
- c. Selon le principe de l'agent payeur, la retenue de l'impôt se limitera aux revenus dont les ayant droits économiques sont des personnes physiques domiciliées en Suisse. Ainsi, l'impôt ne sera pas prélevé sur les revenus d'investisseurs étrangers et d'investisseurs institutionnels suisses.
- d. Les personnes physiques domiciliées en Suisse dont les revenus sont soumis au principe de l'agent payeur auront le choix de déduire l'impôt anticipé ou de déclarer la prestation imposable aux autorités fiscales.
- e. La date de l'entrée en vigueur du nouveau régime dépendra de la mise en place de l'EAR: le principe de l'agent payeur ne sera institué que lorsqu'un nombre suffisant d'accords sur l'EAR auront été conclus avec les Etats voisins et les places financières importantes.

- f. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision, les revenus des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance (prolongation du régime d'exception) ainsi que les revenus des *bail-in bonds* seront exemptés de l'impôt anticipé.

Les objectifs visés par le Conseil fédéral ont été approuvés par la majorité des participants à la consultation⁴. Ceux-ci soutiennent tant le renforcement du marché suisse des capitaux et donc l'amélioration de la stabilité financière des banques (hausse des fonds propres par l'émission d'emprunts à conversion obligatoire et d'emprunts assortis d'un abandon de créance, diminution du risque lié à la responsabilité pour l'Etat ou le contribuable par l'émission de *bail-in bonds*), que le renforcement du but de garantie de l'impôt anticipé. Ainsi, les participants sont d'avis qu'un changement est nécessaire dans le fond et sont d'accord avec l'orientation proposée par le projet.

Cependant, ils ont critiqué le calendrier de la réforme. Nombre de participants sont d'avis que le projet doit dépendre d'autres projets de réforme, en particulier de l'introduction de l'EAR et de l'initiative populaire «Oui à la protection de la sphère privée»⁵. Ainsi, certains participants, notamment la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances, ont demandé de suspendre la réforme jusqu'à ce qu'il y ait davantage de clarté concernant d'autres projets.

L'Association suisse des banquiers a rejeté le projet. Soutenue par *economiesuisse*, elle argumente que le système proposé entraînerait un alourdissement excessif de la charge administrative et des risques liés à la responsabilité des agents payeurs. Les deux associations partent du principe qu'en Suisse aussi, il existe une tendance à la transparence et à la déclaration qui n'ira pas s'inversant. Elles estiment donc que la proposition du Conseil fédéral constitue une étape transitoire inutile et coûteuse. Elles proposent de remplacer la réforme par l'introduction, en Suisse aussi, d'un système de déclaration partielle. Les revenus provenant de droits de participations suisses et les intérêts des avoirs bancaires ne seraient pas concernés par ce nouveau système et resteraient imposés selon le système actuel (principe du débiteur).

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Principes

Vu les résultats de la consultation, le Conseil fédéral considère que le projet d'introduire le principe de l'agent payeur ne doit pas être poursuivi pour l'instant, car il est très probable que ce projet soit aussi rejeté au Parlement. Il propose donc de prolonger le régime d'exception en vigueur (exonération de l'impôt anticipé), limité dans le temps, qui s'applique à l'émission d'emprunts à conversion obligatoire et d'emprunts assortis d'un abandon de créance. Cette prolongation se justifie d'autant plus qu'en 2013 et 2014, les banques d'importance systémique ont émis depuis la Suisse des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance pour un montant total d'environ 15 milliards de francs. Le régime d'exception a donc eu l'effet escompté. Une disposition d'exception similaire doit aussi être introduite pour les *bail-in bonds*. Le Conseil fédéral propose,

⁴ Rapport sur la consultation sous www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2014 > DFF > Loi fédérale sur

⁵ L'application des principes du débiteur et de l'agent payeur à l'impôt anticipé

pour les trois instruments financiers, une exonération de l'impôt anticipé de cinq ans et une exonération des droits de timbre d'une durée illimitée. Si l'entrée en vigueur a lieu le 1^{er} janvier 2017, ces dispositions d'exception s'appliqueront jusqu'au 31 décembre 2021.

Il faudra reprendre la question concernant le passage au principe de l'agent payeur avant l'expiration des dispositions d'exception. Après la votation sur l'initiative populaire «Oui à la protection de la sphère privée», le DFF proposera au Conseil fédéral d'entreprendre une réforme complète de l'impôt anticipé, autrement dit de retenir l'impôt non plus selon le principe du débiteur, mais selon celui de l'agent payeur. Cela laissera suffisamment de temps pour mener à bien une procédure législative ordinaire avant l'expiration des dispositions d'exception. De plus, à ce moment-là, on aura tiré les premiers enseignements en matière d'EAR et le débat sur le secret bancaire, en Suisse, aura progressé.

1.2.2 Prolongation du régime d'exception appliqué aux emprunts à conversion obligatoire et aux emprunts assortis d'un abandon de créance

Les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance sont des titres de créance qui, lorsque le seuil de conversion (le «déclencheur») est atteint, sont convertis en fonds propres ou amortis. Dans le présent message, sont considérés comme de tels titres de créance les emprunts à conversion obligatoire pour des actions ou des bons de participation (*CoCos*) au sens de l'art. 13 LB et les emprunts assortis d'un abandon de créance (*write-off bonds*) au sens de l'art. 11, al. 2, LB.

Les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance constituent pour les banques un instrument essentiel qui leur permet d'augmenter leurs fonds propres. Parmi ces emprunts, on distingue deux catégories. Si le seuil de conversion (déclencheur) est de 7 % des actifs pondérés en fonction des risques (*risk-weighted assets*, ci-après «RWA»), les deux formes d'emprunt servent de volant de capital supplémentaire. Avec un seuil de conversion de 5 % des RWA, les emprunts permettent, en cas de risque d'insolvabilité, d'assurer des réserves en capital suffisantes pour financer le maintien des fonctions d'importance systémique et garantir le fonctionnement ordinaire de la banque. En outre, ils peuvent, aujourd'hui déjà, être émis tant par des banques d'importance systémique que par d'autres banques et des sociétés mères d'un groupe.

Dans l'idéal, ces emprunts devraient être émis conformément au droit suisse, par une société sise en Suisse et avec le for en Suisse. Lorsque ces emprunts ne sont pas émis selon le droit suisse mais, par exemple, sur la base du droit américain ou britannique, des insécurité (juridiques) peuvent apparaître, qui peuvent sérieusement remettre en question l'efficacité du système de conversion. Les créanciers, généralement américains ou britanniques, entameraient des procédures, avec de bonnes chances d'obtenir gain de cause, pour remettre en cause la validité de la conversion ou pour invoquer une inégalité de traitement, voire une discrimination envers les créanciers étrangers. En outre, de telles procédures seraient soumises au droit américain ou britannique et non au droit suisse et, en fonction du for conclu, se dérouleraient à l'étranger (à New York ou à Londres, p. ex.). Dans ces pays, les systèmes juridiques sont parfois très différents du système suisse, notamment en ce qui con-

cerne la protection du créancier en cas d'insolvabilité. De plus, face à une situation critique, le temps perdu en raison de l'ouverture d'une procédure pourrait être déterminant. En effet, lorsque la réserve d'une banque en capital et en liquidités ne cesse de diminuer, il faut réagir sans attendre. Ainsi, aux fins de garantir la stabilité financière, il est préférable que les banques émettent les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance depuis la Suisse.

En plus de réduire les risques juridiques, l'émission d'emprunts à conversion obligatoire et d'emprunts assortis d'un abandon de créance sous le régime suisse comporte des avantages économiques, notamment la création d'emplois.

C'est pourquoi ces emprunts devraient être émis en Suisse. Toutefois, avant le 1^{er} janvier 2013, le cadre fiscal n'était pas optimal pour ce faire, notamment en matière d'impôt anticipé. A cette date, une disposition d'exception a été mise en vigueur dans la loi du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)⁶, disposition selon laquelle les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et emprunts assortis d'un abandon de créance visés aux art. 11 à 13 LB et dont l'imputation aux fonds propres nécessaires a été approuvée par la FINMA ne sont pas soumis à l'impôt anticipé. Cette disposition (art. 5, al. 1, let. g, LIA) est limitée au 31 décembre 2016.

Etant donné que le présent projet de passer du principe du débiteur à celui de l'agent payeur est suspendu, il importe de prolonger le régime d'exonération de l'impôt anticipé pour les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance qui seront émis à partir du 1^{er} janvier 2017. Faute de quoi, l'émission de ces emprunts depuis la Suisse se verra soumise à un régime fiscal peu attrayant. C'est pourquoi l'exonération doit être prolongée de cinq ans, autrement dit jusqu'au 31 décembre 2021.

1.2.3 Nouvelle disposition d'exception pour les *bail-in bonds*

Les intérêts des *bail-in bonds* bénéficieront aussi, à certaines conditions, d'une exonération de l'impôt anticipé limitée dans le temps à partir du 1^{er} janvier 2017.

Les *bail-in bonds* sont en premier lieu un instrument financier d'une banque ou d'une société mère d'un groupe financier qui permet de satisfaire aux exigences prudentielles et qui constitue pour les banques un capital supplémentaire. Les *bail-in bonds* ne servent pas à la mise en conformité aux dispositions en matière de fonds propres comme c'est le cas pour les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créances. La définition fixée dans la législation relative à l'impôt anticipé se base donc logiquement sur une compréhension de la notion telle que la prévoit la législation relative à la surveillance. Ainsi, les *bail-in bonds* sont considérés comme des obligations d'emprunt qui, en cas (de risque) d'insolvabilité, peuvent être amorties ou converties en fonds propres dans le cadre d'une procédure d'assainissement au sens des art. 28 à 32 LB et en particulier de l'art. 31, al. 3, LB. Au moment de l'émission, ils doivent être autorisés par la FINMA. La réglementation en matière de surveillance n'étant pas complète au moment de l'adoption du présent message, elle sera définie dans le cadre de la révision de la législation relative à la surveillance (autrement dit dans l'ordonnance

⁶ RS 642.21

du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières [ordonnance sur les fonds propres, OFR]⁷) et conformément à la disposition proposée dans la LIA.

En cas d'assainissement d'une banque ou de la société mère d'un groupe financier, les *bail-in bonds* peuvent – comme mentionné – être convertis en fonds propres en vertu de l'art. 31, al. 3, LB. Cette conversion de fonds de tiers en fonds propres entraîne une création ou une augmentation de droits de participation. Afin de ne pas désavantager cette création ou augmentation dans le cadre de la législation sur les droits de timbre par rapport à la création ou l'augmentation de droits de participation de banques prévue à l'art. 13, al. 1, LB, il faut aussi introduire un régime d'exception pour les *bail-in bonds* dans la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT)⁸.

Si les *bail-in bonds* sont (partiellement) amortis dans le cadre d'un plan d'assainissement, il faut relever que cette procédure doit être inscrite dans les comptes du débiteur concerné avec incidence sur le résultat et que le montant en question est considéré comme un revenu imposable aux fins de l'impôt sur le bénéfice.

1.3 Mise en œuvre

Il n'est pas nécessaire de définir davantage, à des fins fiscales, la prolongation du régime d'exception appliqué aux emprunts à conversion obligatoire et emprunts assortis d'un abandon de créance visés aux art. 11 à 13 LB. L'ordonnance sur les fonds propres précisera les emprunts qui seront concernés par les art. 5, al. 1, let. h, LIA et 6, al. 1, let. m, LT.

2 Commentaire des articles

Art. 5, al. 1, let. g, LIA

Les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance visés aux art. 11 à 13 LB ont été exemptés de l'impôt anticipé dès l'entrée en vigueur de la modification de la LIA du 15 juin 2012 (autrement dit à partir du 1^{er} janvier 2013) si ces emprunts ont été ou sont émis entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2016 et que la FINMA a approuvé leur imputation aux fonds propres nécessaires. Cette exonération s'applique pendant toute la durée des emprunts. Elle ne concerne pas les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance émis après le 31 décembre 2016. C'est pourquoi il est nécessaire de prolonger cette mesure de cinq ans, soit du 1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2021. C'est ce que prévoit explicitement l'art. 5, al. 1, let. g, ch. 2, LIA, d'après lequel les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance émis entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2021 ne sont pas soumis à l'impôt anticipé. Cette exonération s'applique, pour autant que les conditions demeurent inchangées (approbation par la FINMA et exonération pendant toute la durée de l'emprunt), aux intérêts de tous

⁷ RS 952.03

⁸ RS 641.10

les emprunts qui ont déjà été émis ou qui le seront entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2021.

Etant donné que les conditions d'exonération de l'impôt anticipé pour les emprunts à conversion obligatoire et les emprunts assortis d'un abandon de créance ne changent pas par rapport au droit en vigueur, la teneur de l'art. 5, al. 1, let. g, ch. 1, LIA reste identique. Ces emprunts peuvent donc être émis non seulement par des banques d'importance systémique, mais par toutes les banques, comme c'est le cas à l'heure actuelle.

Art. 5, al. 1, let. h, LIA

L'art. 5, al. 1, let. h, LIA dispose que les intérêts des *bail-in bonds* seront aussi exonérés de l'impôt anticipé.

Le projet de loi considère comme des *bail-in bonds* les emprunts d'une banque ou d'une société mère d'un groupe financier. De plus, conformément aux art. 28 à 32 et surtout 31, al. 3, LB, ces emprunts doivent pouvoir être amortis ou convertis en capital propre de manière à couvrir les pertes dans un plan d'assainissement et la possibilité de recourir à une telle mesure doit, à cette fin, avoir été approuvée par la FINMA au moment de l'émission déjà. L'émission de *bail-in bonds* n'est, d'un point de vue fiscal, pas réservée aux banques d'importance systémique, autrement dit toutes les banques et les sociétés mères de groupes financiers peuvent émettre de telles obligations. Par ailleurs, les art. 7 à 10a LB prévoient qu'en cas de passage d'un émetteur étranger à un émetteur suisse, les *bail-in bonds* déjà émis à l'étranger par des banques d'importance systémique peuvent aussi, dès le moment du changement, bénéficier de l'exonération de l'impôt anticipé. Limiter cette réglementation aux banques d'importance systémique est pertinent étant donné que les autres banques n'ont pas émis de *bail-in bonds* à l'étranger jusqu'à présent. Avec la nouvelle réglementation proposée, toutes les banques pourront toutefois émettre des *bail-in bonds* exonérés d'impôt anticipé depuis la Suisse dès l'entrée en vigueur de la modification de la loi et jusqu'au 31 décembre 2021.

Ainsi, seules sont concernées par la nouvelle réglementation les obligations d'emprunt que la FINMA aura approuvées en prévision de l'allègement des mesures en cas de risque d'insolvabilité au moyen d'une base qui devra encore être fixée à l'échelon de l'ordonnance. Ces obligations d'emprunt devront donc obligatoirement être approuvées par la FINMA au moment de leur émission – et, s'agissant des banques d'importance systémique, au moment du passage d'un émetteur étranger à un émetteur suisse.

Du point de vue de leur affectation, les *bail-in bonds* sont semblables aux emprunts à conversion obligatoire et aux emprunts assortis d'un abandon de créance, lesquels bénéficient déjà de l'exonération. Contrairement à ces derniers toutefois, les *bail-in bonds* sont des emprunts ordinaires, émis par une banque ou la société mère d'un groupe financier en dehors du cadre des prescriptions légales spéciales concernant le capital complémentaire visé aux art. 11 à 13 LB. Etant donné que les *bail-in bonds* ne peuvent pas être inclus dans la disposition d'exception de l'art. 5, al. 1, let. g, LIA, l'exonération de ces emprunts de l'impôt anticipé doit faire l'objet d'une disposition séparée. Celle-ci doit prendre effet au 1^{er} janvier 2017 et s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2021 aussi.

Tout comme pour les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et emprunts assortis d'un abandon de créance, les intérêts des *bail-in bonds* doivent être exemptés d'impôt anticipé pendant toute la durée des emprunts, dans la mesure où ces titres sont émis entre la date de l'entrée en vigueur de la modification et le 31 décembre 2021.

Art. 6, al. 1, let. m, LT

En cas d'assainissement d'une banque ou de la société mère d'un groupe financier, les *bail-in bonds* peuvent notamment être convertis en capital propre sur la base de l'art. 31, al. 3, LB. Cette conversion de fonds de tiers en fonds propres a pour conséquence la création ou l'augmentation de droits de participation correspondants. Afin de ne pas désavantager ces procédures dans le cadre de la législation sur les droits de timbre par rapport à la création ou l'augmentation de droits de participation de banques par l'utilisation du capital convertible au sens de l'art. 13, al. 1, LB, il faut aussi introduire un régime d'exception pour les *bail-in bonds* dans la loi sur les droits de timbre. C'est pourquoi l'art. 6, al. 1, let. m, LT fixe que les droits de participation créés ou augmentés par des banques ou sociétés mères de groupes financiers lors de la conversion de capital de tiers en capital propre en vertu de l'art. 31, al. 3, LB ne sont pas soumis au droit d'émission.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières pour la Confédération, les cantons et les communes

La FINMA estime à 60 milliards de francs le volume des emprunts à conversion obligatoire, des emprunts assortis d'un abandon de créance et des *bail-in bonds* émis en Suisse. Après déduction du volume des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance déjà émis en Suisse jusqu'au milieu de l'année 2015 pour un total d'environ 18 milliards de francs, il reste un volume de 42 milliards de francs, lui aussi désormais exempté d'impôt anticipé. Dans les bilans bancaires, ce volume supplante le capital de tiers existant jusqu'alors. La plus grande partie de cette somme été émise à l'étranger et une petite partie en Suisse. Seule la part imputable à la Suisse d'au maximum 9 milliards de francs⁹ diminue le produit de l'impôt anticipé. Pour un taux d'impôt anticipé de 35 % et un intérêt de 1,62 %¹⁰ sur le capital de tiers d'au maximum 9 milliards de francs avec intérêts soumis à l'impôt anticipé, les recettes de l'impôt anticipé s'élèvent à 51 millions de francs. Si l'on part du principe qu'environ 10 % de ce montant ne sont pas remboursés, la caisse fédérale conservera environ 5 millions de francs. Vu que le capital de tiers sera désormais supplanté, ces recettes de l'impôt anticipé disparaîtront. Les cantons participant à raison de 10 % aux recettes de l'impôt anticipé, ils supporte-

⁹ A fin 2014: obligations de caisse d'un montant de 1,9 milliard de francs et emprunts obligataires, emprunts à option et emprunts convertibles d'un montant de 22,0 milliards de francs (source: BNS: Les banques suisses 2014, tableau 24, A73), déduction faite des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance représentant un montant d'environ 15 milliards de francs.

¹⁰ Intérêt moyen des engagements résultant d'emprunts obligataires, emprunts à option et emprunts convertibles des grandes banques en 2014 (source: BNS: Les banques suisses 2014, tableau 54, A 178).

ront les diminutions de recettes de l'impôt conjointement avec la Confédération. Par année, ces diminutions s'élèveront à environ 4,5 millions de francs pour la Confédération et 0,5 million de francs pour les cantons.

En exonérant de l'impôt anticipé un volume supplémentaire de titres on limite en partie la fonction de garantie de l'impôt, mais cela permet en cas de crise d'assurer la stabilité financière. Toutefois, cette mesure risque d'entraîner une augmentation du nombre des soustractions fiscales. La cas échéant, la Confédération verrait aussi le produit de l'impôt sur le revenu diminuer et les cantons et communes celui des impôts sur le revenu et sur la fortune.

En revanche, le projet n'a pas de conséquences financières sur le droit de timbre d'émission.

3.2 Conséquences sur le personnel

La prolongation du régime d'exception actuel appliqué aux emprunts à conversion obligatoire et aux emprunts assortis d'un abandon de créance visés aux art. 11 à 13 LB n'aura aucune conséquence sur le personnel, ni l'introduction d'une nouvelle disposition d'exception pour les *bail-in bonds*.

3.3 Conséquences pour l'économie

Le projet de modification améliore le cadre fiscal nécessaire pour développer la stratégie de renflouement interne, laquelle permet d'internaliser l'effet externe négatif du problème des établissements bancaires dits «too big to fail» («trop importants pour faire faillite»). Comme l'a montré la crise de 2008, les difficultés financières des institutions financières d'importance systémique peuvent à ce point menacer la stabilité financière qu'un sauvetage devient indispensable. A l'époque, le risque d'insolvabilité a été éliminé par un désendettement ou l'octroi de nouveaux crédits par des institutions étatiques. Lors d'un tel sauvetage, ce sont finalement les contribuables qui assument les conséquences des risques encourus par les investisseurs privés. Pour un petit pays tel que la Suisse, une pareille situation n'est pas supportable, ce non seulement en raison des incitations inopportunes, mais aussi à cause de l'ampleur du problème. C'est pourquoi la Suisse a rapidement décidé d'adopter une stratégie de renflouement interne aux termes de laquelle ce ne sera pas aux contribuables, mais aux créanciers d'une institution d'assumer les conséquences de leurs pertes au moyen de participations obligatoires.

L'émission d'emprunts correspondants en Suisse est une condition importante pour que, en cas d'urgence, la FINMA puisse exécuter un renflouement interne sans accroc. Le présent projet garantit que les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance continuent de bénéficier d'une exonération de l'impôt anticipé et fait en sorte que les intérêts des *bail-in bonds* puissent désormais aussi bénéficier de cette exonération. De cette manière, ces emprunts peuvent être émis depuis la Suisse à des conditions concurrentielles en comparaison internationale. Ainsi, le projet crée le cadre fiscal approprié pour que de tels emprunts, en servant d'instruments de renflouement interne, puissent éliminer, ou du moins fortement restreindre, le problème des établissements dits «too big to fail».

Grâce à cette meilleure allocation des ressources, l'efficacité économique augmente. En contrepartie toutefois, une nouvelle lacune est créée dans la fonction de garantie de l'impôt anticipé, étant donné que les exonérations proposées augmentent le risque de voir davantage de contribuables commettre des soustractions d'impôt.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'est ni annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015¹¹ ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015¹². L'objectif 6 de ce programme consiste à renforcer l'attractivité et la crédibilité du système fiscal suisse. Pour y parvenir, le Conseil fédéral a élaboré plusieurs projets législatifs. L'introduction du principe de l'agent payeur dans le domaine de l'impôt anticipé en fait partie. Après avoir pris connaissance du résultat majoritairement défavorable de la consultation sur ce projet, le Conseil fédéral a décidé, le 24 juin 2015, de suspendre cette réforme et de ne proposer au Parlement qu'une prolongation de l'exonération limitée de l'impôt anticipé pour les intérêts des emprunts à conversion obligatoire et des emprunts assortis d'un abandon de créance, ainsi qu'une nouvelle disposition prévoyant l'exonération de l'impôt anticipé pour les intérêts des *bail-in bonds*. La modification de la loi proposée améliore certes la stabilité de la place financière (objectif 3 du programme de la législature) mais ne contribue pas dans une large mesure à atteindre l'objectif 6 du programme de la législature.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

Pour prélever des impôts, la Confédération doit pouvoir se reposer sur une base légale explicite. La compétence de la Confédération de percevoir des droits de timbre sur les papiers-valeurs, les quittances de primes d'assurance et d'autres titres concernant des opérations commerciales est inscrite à l'art. 132, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.)¹³. L'art. 127, al. 1, Cst. prescrit, en matière d'imposition, que les principes sur lesquels repose le système fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, doivent être réglés dans une loi (au sens d'une loi formelle).

La compétence de la Confédération de percevoir un impôt anticipé sur le revenu des capitaux mobiliers est réglée à l'art. 132, al. 2, Cst. Les principes fixés à l'art. 127 Cst. valent aussi pour la perception de l'impôt anticipé. La LIA règle notamment l'objet de l'impôt et le sujet fiscal. La présente proposition d'un régime d'exception limité dans le temps pour les emprunts à conversion obligatoire, les emprunts assortis d'un abandon de créance et les *bail-in bonds* concerne l'objet de l'impôt. Le fait que le législateur prévoit d'inscrire ce régime d'exception dans la LIA, donc à l'échelon de la loi, respecte la disposition de l'art. 127, al. 1, Cst. Ce régime d'exception se justifie étant donné que les emprunts concernés doivent permettre

¹¹ FF 2012 349

¹² FF 2012 6667

¹³ RS 101

d'améliorer la stabilité du marché financier suisse. La condition est toutefois que ces emprunts soient émis conformément au droit suisse, par une société sise en Suisse et avec le for en Suisse. S'ils sont émis à l'étranger selon un droit étranger, des insécurités juridiques peuvent apparaître. Dans le système actuel de l'impôt anticipé (principe du débiteur), ces emprunts ne peuvent être émis en Suisse à des conditions concurrentielles que si leurs intérêts sont exonérés de l'impôt anticipé. Le régime d'exception proposé permettra aux banques de se conformer plus facilement aux prescriptions légales en matière de couverture en fonds propres, sans que cette capitalisation n'entraîne des coûts exorbitants en raison de l'impôt anticipé. Malgré le traitement différent par rapport aux obligations soumises à l'impôt anticipé, le régime d'exception proposé doit être considéré comme conforme à la Constitution vu les intérêts publics que comporte ce genre d'acquisition de capital.

En ce qui concerne les droits de timbre, ces questions sont réglées dans la LT, laquelle fixe notamment l'objet de l'impôt et le sujet fiscal. Le législateur peut prévoir des exonérations du droit de timbre d'émission lorsqu'elles se justifient matériellement. La présente proposition de modification prévoit que les droits de participation de banques, s'ils proviennent de la conversion de *bail-in bonds*, sont exonérés du droit de timbre d'émission. Cette mesure crée des inégalités juridiques, qui se justifient dans la mesure où la conversion de *bail-in bonds* n'a lieu que dans certains cas, à savoir lorsque la FINMA ordonne une procédure d'assainissement au sens des art. 28 à 32 LB. L'exception est étroitement liée à la modification de la LIA et contribue largement à la stabilité de la place financière suisse (cf. paragraphe précédent). La disposition d'exception proposée est inscrite dans la LT, donc à l'échelon de la loi. La modification proposée de la LT est donc conforme à l'art. 127, al. 1, de la Constitution.

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

Les dispositions prévues concernent la perception de l'impôt qui relève uniquement de la souveraineté suisse. La perception de l'impôt anticipé ou des droits de timbre ou la détermination d'exceptions ainsi que la fixation de l'objet de l'impôt relèvent exclusivement de la compétence du législateur fédéral. Ces dispositions sont donc compatibles avec les engagements internationaux de la Suisse.