

RÉFORME DE L'IMPÔT ANTICIPÉ

Orientation correcte et besoin ponctuel d'amélioration

Dans son message du 14 avril 2021, le Conseil fédéral propose la suppression pure et simple de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations et la suppression du droit de timbre de négociation sur les transactions sur le marché secondaire avec des obligations suisses. L'orientation de la proposition est bonne. Toutefois, il subsiste encore des incohérences dans le traitement des placements collectifs et des paiements compensatoires ainsi que dans la réglementation transitoire*.

1. INTRODUCTION

Selon le droit en vigueur, la Suisse perçoit un impôt anticipé de 35 % sur le paiement des intérêts d'obligations (art. 4, al. 1, let. a, LIA) et des avoirs bancaires (art. 4, al. 1, let. d, LIA). En revanche, les intérêts sur les prêts individuels restent exonérés de l'impôt anticipé.

La perception d'un impôt à la source n'étant pas acceptée par le marché obligataire international, les obligations soumises à l'impôt anticipé ne peuvent, pour l'essentiel, être placées que sur le marché national. Les groupes d'entreprises suisses émettent donc régulièrement leurs obligations par l'intermédiaire d'entreprises étrangères. Afin de permettre aux groupes suisses le placement international des émissions nationales, le Conseil fédéral a adopté, le 14 avril 2021, le message relatif à la loi fédérale sur l'impôt anticipé (renforcement du marché des capitaux de tiers), donnant ainsi un nouveau départ à la réforme de l'impôt anticipé. Par rapport au projet mis en consultation, il s'agit d'une proposition allégée: l'accent est mis sur le renforcement de l'attrait de la place économique suisse et non plus sur l'extension de la fonction de garantie de l'impôt anticipé. Par conséquent, le passage du principe de la source à celui de l'agent payeur visé initialement n'est plus poursuivi.

Le projet prévoit en substance la suppression pure et simple de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations suisses. À notre avis, cette proposition du Conseil fédéral mérite d'être approuvée, même si la réglementation transitoire pourrait être améliorée en ce qui concerne les pertes fiscales et, partant, l'acceptation politique du projet (cf. partie 2). Comme nous

l'avons dit, les intérêts des avoirs bancaires sont (en principe) toujours soumis à l'impôt anticipé (cf. partie 5). Le projet prévoit en outre la suppression du droit de timbre de négociation sur les obligations suisses (cf. partie 6). De plus, une base légale doit être créée pour le paiement de l'impôt anticipé sur les versements compensatoires (*manufactured payments*), ce qui n'est pas sans poser problème (cf. partie 4). La perception de l'impôt anticipé pour les placements collectifs de capitaux ne subit que des modifications d'ordre rédactionnel. Compte tenu de l'absence de conformité avec les CDI du droit en vigueur, une réglementation plus fondamentale serait nécessaire pour renforcer la place financière suisse (cf. partie 3).

2. SUPPRESSION DE L'IMPÔT ANTICIPÉ SUR LES INTÉRÊTS DES OBLIGATIONS

2.1 Relance du marché des émissions. Si le projet entre en vigueur, il faut s'attendre à ce que les groupes suisses cessent de s'appuyer systématiquement sur des entreprises étrangères du groupe pour émettre des obligations, et le fassent par l'intermédiaire d'entreprises suisses. L'émission devrait se faire non pas par l'intermédiaire de la société mère elle-même, mais par l'intermédiaire de filiales suisses, lesquelles ne réalisent pas de revenus de dividendes. La raison est que la réduction pour participations, qui repose sur le système de l'exonération indirecte, est d'autant plus faible et, par conséquent, la charge fiscale sur les rendements de participations est d'autant plus lourde, que les frais de financement (= intérêts passifs) présentés dans le compte de résultat de la société sont élevés. Si la société mère d'un groupe devait



STEFAN OESTERHELT,
AVOCAT,
EXPERT FISCAL DIPLÔMÉ,
LL. M., PARTNER,
HOMBURGER



ANDREA OPEL, DR. IUR.,
PROFESSEUR
ORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ
DE LUCERNE

émettre elle-même les obligations, la prise en compte des charges de financement dans le cadre de la réduction pour participations entraînerait dans les faits l'imposition d'une partie des revenus de participation. Cet effet peut être évité si l'émission a lieu par l'intermédiaire d'une filiale sans revenu de dividendes.

Exemple 1: la société cotée d'un groupe (HoldCo) émet des obligations à hauteur de 2 milliards de francs et paie un intérêt de 80 millions de francs par an. Elle octroie des prêts intragroupes à ses sociétés du groupe et tire un revenu d'intérêts de 80 millions de francs. HoldCo reçoit chaque année des dividendes de ses filiales d'un montant de 300 millions de francs. HoldCo réalise ainsi un revenu net de 300 millions de francs. Étant donné que les frais de financement (80 millions de francs) doivent être déduits dans le calcul du rendement net des participations (exonération indirecte), la réduction pour participations n'est accordée qu'à hauteur de 73,3%. Ainsi, les dividendes d'un montant de 80 millions de francs sont imposés de manière ordinaire, ce qui entraîne une double imposition économique indésirable. En revanche, si l'obligation était émise par une filiale (sans revenus de dividendes), HoldCo pourrait faire valoir une réduction pour participations de 100%.

La situation est différente pour les sociétés mères d'un groupe bancaire d'importance systémique qui émettent des instruments *too big to fail* (instruments TBTF). Pour des raisons réglementaires, les instruments TBTF doivent être émis par la société mère. Le législateur a tenu compte de l'effet rétroactif de cette exigence sur la réduction pour participations à l'art. 70, al. 6, LIFD: les frais de financement liés aux instruments TBTF ne sont pas pris en compte pour la réduction pour participations. Par conséquent, la charge fiscale sur les rendements de participations est la même que si les instruments TBTF n'avaient pas été émis. Les banques sont donc privilégiées par rapport à d'autres entreprises [1].

Le Conseil fédéral est d'avis que la réglementation spéciale applicable aux instruments TBTF en matière de réduction pour participations est conforme à la Constitution. Néanmoins, il aspire à moyen et long terme à une solution globale pour la réduction pour participations.

2.2 Syndication des contrats de crédit. La suppression de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations n'a pas seulement des répercussions sur le marché des capitaux de tiers, mais également sur la syndication des contrats de crédit, car la notion d'«obligation» de l'art. 4, al. 1, let. a, LIA est extrêmement large. Une obligation d'emprunt soumise à l'impôt anticipé existe déjà lorsqu'elle est syndiquée auprès de plus de dix créanciers non bancaires (*10 Non-Bank Rule*).

Lorsqu'un débiteur suisse a des dettes libellées sur un montant fixe auprès de plus de 20 créanciers non bancaires, il y a obligation de caisse également soumise à l'impôt anticipé (*20 Non-Bank Rule*) [2].

Afin de garantir que les intérêts issus de contrats de crédit ne sont pas soumis à l'impôt anticipé, les syndications sont régulièrement limitées à dix créanciers non bancaires au maximum. En outre, les débiteurs suisses doivent s'engager régulièrement, dans le cadre de garanties (*representations*) et d'assurances (*covenants*), à n'avoir pas plus de 20 créanciers non bancaires. Les sous-participations autorisées (*sub-participations*) doivent généralement être également limitées par une clause dite d'«*exposure transfer*» [3].

La suppression de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations rend superflues les dispositions correspondantes dans les contrats de crédit conclus avec des débiteurs suisses. L'impôt à la source sur les intérêts sur les contrats de crédit garantis par des immeubles en Suisse n'étant pas supprimé dans le cadre de la réforme (cf. partie 2.3), la syndication doit toujours être limitée aux *treaty lenders* lorsqu'un contrat de crédit est garanti par un immeuble en Suisse. Les *treaty lenders* sont des créanciers qui résident dans un État avec lequel la Suisse a conclu une convention de double imposition et qui attribue le droit d'imposer les revenus d'intérêts exclusivement à l'État de résidence.

2.3 Impôt à la source sur les intérêts de créances garanties par des hypothèques. Ne sont pas soumis à l'impôt anticipé, mais à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur le bénéfice perçu à la source selon l'art. 94 LIFD/art. 35, al. 1, let. e, LHID, les intérêts sur les créances de créanciers ou d'usufruitiers étrangers garanties par des immeubles situés en Suisse. L'impôt à la source dû par le débiteur suisse se situe entre 13 et 33% selon le canton dans lequel se trouve l'immeuble en question [4].

Le droit de prélever l'impôt à la source sur les intérêts de créances garanties par des hypothèques suisses (p. ex. émissions de lettres de gage et *covered bonds*) est supprimé *de lege lata* dans la mesure où un paiement d'intérêts est soumis à l'impôt anticipé [5]. C'est le cas jusqu'à présent pour les obligations d'emprunt émises par un ressortissant suisse. Si l'impôt anticipé sur les obligations est maintenant supprimé, l'impôt à la source selon l'art. 94 LIFD/art. 35, al. 1, let. e, LHID sera rétabli.

Si la réforme est mise en œuvre comme prévu, un nouveau régime fiscal (impôt à la source «normal» au lieu de l'impôt anticipé) s'appliquera dès son entrée en vigueur aux intérêts provenant d'obligations garanties par hypothèque, même s'ils ont été émis avant cette date (cf. partie 4.4), ce qui peut entraîner des difficultés pratiques.

2.4 Disposition transitoire (art. 70e P-LIA). Selon l'art. 70e P-LIA, les adaptations s'appliqueront à tous les rendements échus après l'entrée en vigueur, prévue au plus tôt le 1^{er} janvier 2024. Il convient donc d'appliquer ce qui le serait sans disposition transitoire explicite: l'impôt anticipé ne s'applique pas aux intérêts échus après la date d'entrée en vigueur, et ceci indépendamment du fait que l'emprunt sous-jacent ait été émis avant ou après cette date.

À notre avis, il faut se demander si cela semble judicieux à la lumière de l'objectif du projet, à savoir renforcer le marché suisse des émissions tout en réduisant les pertes fiscales.

En effet, le projet ne constitue une incitation positive pour le lieu d'émission que pour les nouvelles émissions. La suppression de l'impôt anticipé sur les emprunts déjà émis entraîne, en revanche, des pertes fiscales considérables, sans pour autant créer d'incitations économiques positives. Il faut partir du principe qu'une grande partie des pertes fiscales prévues à la suite de la réforme pourrait être évitée en limitant le champ d'application temporel aux nouvelles émissions. En effet, la majeure partie du produit de l'impôt anticipé devrait être due aux intérêts des obligations d'État détenues par des investisseurs étrangers.

Selon le projet actuel, l'actuel art. 4 al. 1 let. a LIA, qui définit les intérêts des obligations comme objet de l'impôt anticipé, devant être entièrement abrogé, le maintien de l'imposition des intérêts sur les obligations émises avant l'entrée en vigueur de la nouvelle nécessiterait une base légale, même après la réforme.

Une telle réglementation permettrait en outre de résoudre le problème du retour, avec la suppression de l'impôt anticipé, de l'impôt à la source selon l'art. 94 LIFD/art. 35, al. 1, let. e, LHID sur les emprunts garantis par hypothèques déjà émis (cf. partie 2.3).

2.5 Réduction de la fonction de garantie. La suppression de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations affaiblira la fonction de garantie de l'impôt anticipé, même si celle-ci ne devrait pas être prioritaire dans le contexte actuel des taux d'intérêt. Ce qui est déterminant, en revanche, est qu'un investissement dans des emprunts en francs suisses exonérés de l'impôt anticipé est déjà possible aujourd'hui par le biais d'émissions à l'étranger, ce qui permet d'effacer facilement la fonction de garantie. La proposition de réforme épurée repose donc sur une pesée des intérêts: l'affaiblissement (marginal) de la fonction de garantie de l'impôt anticipé est contrebalancé par d'importants avantages pour la place économique. Accorder la priorité à ces derniers serait également défendable du point de vue constitutionnel [6].

3. PLACEMENTS COLLECTIFS DE CAPITAUX

3.1 Nouvel art. 5c LIA. Pour l'essentiel, l'art. 4, al. 1, let. c, LIA, qui soumet à l'impôt anticipé les distributions et les rendements thésaurisés de placements collectifs de capitaux suisses, demeure inchangé. Les modifications apportées aux dispositions de la LIA relatives aux placements collectifs de capitaux sont essentiellement d'ordre rédactionnel.

L'actuelle exception de l'art. 5, al. 1, let. b, LIA est alors transférée dans un nouvel art. 5c LIA et adaptée à la pratique administrative actuelle. Outre les bénéficiaires en capital (art. 5c, let. a, LIA) et les rendements des immeubles détenus en propriété directe (art. 5c, let. b, LIA), le remboursement des capitaux versés par les investisseurs (art. 5c, let. c, LIA) sont également exonérés de l'impôt anticipé. On n'exige plus que ces revenus soient distribués «au moyen d'un coupon distinct», mais uniquement qu'ils soient «comptabilisés séparément». Ces deux aspects correspondent à la pratique administrative actuelle. Les rendements en question se caractérisent par le fait qu'ils ne sont pas soumis à l'impôt sur le revenu pour les personnes physiques domiciliées en Suisse, ce qui rendrait inopérant le caractère de garantie de l'impôt anticipé.

3.2 Intérêts suisses des obligations. Aucune exception n'est prévue pour les intérêts des obligations suisses, bien qu'ils ne soient plus soumis à l'impôt anticipé à l'avenir. Cela est cohérent dans la mesure où ces revenus restent soumis à l'impôt sur le revenu et, du fait de la fonction de garantie de l'impôt anticipé, devraient ainsi être prélevés. Comme pour les intérêts des obligations, la fonction de garantie de l'impôt anticipé n'est ici qu'une déclaration de pure forme, car les investisseurs indécidés sur le plan fiscal peuvent facilement contourner l'impôt anticipé par le biais de fonds étrangers.

En ce qui concerne les intérêts d'obligations suisses, les fonds étrangers et les fonds suisses sont jusqu'ici sur un pied d'égalité, dans la mesure où, contrairement au fonds étranger, le fonds suisse peut demander le remboursement de l'impôt anticipé sur les intérêts en vertu de l'art. 26 LIA, alors que ses revenus – contrairement à ceux d'un fonds étranger – sont soumis à l'impôt anticipé. La suppression de l'impôt anticipé sur les intérêts d'obligations suisses changerait la donne, de sorte que les fonds étrangers investissant dans des obligations suisses seraient désormais avantagés. Le désavantage concernant les fonds suisses pourrait être supprimé par le fait que l'art. 5c LIA serait complété par une exception pour les intérêts obligataires suisses [7].

3.3 Absence de conformité aux CDI de la réglementation en vigueur. À notre avis, il est nécessaire d'aborder le problème de manière plus fondamentale. La pratique actuelle en matière de perception de l'impôt anticipé sur les rendements de placements collectifs de capitaux n'est pas sans poser problème du point de vue du droit conventionnel. L'AFC accorde le remboursement sur l'impôt anticipé prélevé en vertu de l'art. 4, al. 1, let. c, LIA selon la méthode dite de la «prépondérance»: si les revenus du fonds sont principalement imputables à des dividendes (suisses ou étrangers), le remboursement est accordé conformément à l'art. 10 MC-OCDE (article sur les dividendes) [8]. En règle générale, cela entraîne une charge résiduelle de 15 %. En revanche, si les revenus du fonds sont principalement imputables à des intérêts (suisses ou étrangers), le remboursement est accordé conformément à l'art. 11 MC-OCDE (article sur les intérêts), ce qui entraîne, par rapport à certains États, un remboursement intégral [9].

Toutefois, étant donné qu'un placement collectif de capitaux soumis à une imposition transparente n'est manifestement pas une société résidente au sens de l'art. 10, al. 2, MC-OCDE, on peut se demander dans quelle mesure la Suisse, en tant qu'État de la source, peut faire valoir un droit d'imposition sur la base de l'art. 10, al. 2, let. b, MC-OCDE. La qualification d'«intérêt» au sens de l'art. 11 MC-OCDE paraît également douteuse. C'est donc à juste titre que les rendements de placements collectifs de capitaux doivent, en principe, être qualifiés d'«autres revenus» au sens de l'art. 21 MC-OCDE, ce qui entraîne un remboursement intégral de l'impôt anticipé dans pratiquement toutes les conventions de double imposition conclues par la Suisse [10].

Le remboursement selon l'art. 10, al. 2, let. b, MC-OCDE n'est approprié que si le rendement du placement collectif

de capitaux est attribuable à des dividendes suisses. Le placement collectif de capitaux ayant lui-même droit au remboursement de l'impôt anticipé sur ces dividendes en vertu de l'art. 26 LIA, la perception de l'impôt anticipé n'a en fin de compte qu'un caractère représentatif sur la distribution [11].

3.4 Proposition de lege ferenda. L'impôt anticipé sur les rendements de placements collectifs de capitaux selon l'art. 4, al. 1, let. c, LIA devrait donc être logiquement limité à un impôt anticipé prélevé à titre représentatif. Ainsi, les distributions de placements collectifs de capitaux seraient soumises à l'impôt anticipé dans la mesure où celui-ci exige lui-même le remboursement de l'impôt anticipé. Un tel modèle aurait l'avantage, d'une part, d'atténuer les doutes juridiques découlant des CDI et, d'autre part, d'éliminer complètement le désavantage que l'impôt anticipé fait peser sur la place financière suisse sans mettre en péril le substrat de l'impôt anticipé (*exemple 2*) [12]. Certes, la fonction de garantie de l'impôt anticipé ne s'appliquerait plus dans la même mesure aux investisseurs suisses. Or, étant donné que des investisseurs indéliçables sur le plan fiscal peuvent, comme nous l'avons dit, facilement s'en remettre à des fonds étrangers, cela paraît soutenable. En effet, l'échange automatique de renseignements (EAR) ne s'applique pas à un fonds étranger détenu en dépôt en Suisse.

Exemple 2: un fonds suisse investit dans des actions et des obligations suisses et étrangères. Les revenus se composent de la manière suivante: 50 % de dividendes étrangers, 20 % d'intérêts étrangers, 10 % d'intérêts suisses et 30 % de dividendes suisses.

Selon le droit en vigueur, le fonds peut demander le remboursement de l'impôt anticipé perçu sur les dividendes suisses conformément à l'art. 26 LIA. En contrepartie, tous les revenus du fonds sont soumis à l'impôt anticipé. Par conséquent, les dividendes et intérêts étrangers ainsi que les intérêts suisses sont aussi indirectement perçus avec l'impôt anticipé. Selon la pratique de l'AFC, un investisseur résidant dans un État lié par une CDI se verrait accorder le remboursement de l'impôt anticipé conformément à l'art. 10, al. 2, let. b, MC-OCDE jusqu'à concurrence du taux résiduel de 15 %. En revanche, selon l'art. 21 MC-OCDE, le remboursement complet devrait, à juste titre, être accordé.

Selon la proposition, l'impôt anticipé sur les rendements ne serait prélevé qu'à hauteur de 30 % et serait présenté en conséquence à l'investisseur. L'investisseur étranger pourrait demander le remboursement de l'impôt anticipé jusqu'à concurrence du taux résiduel de 15 %, conformément à l'art. 10, al. 2, let. b, MC-OCDE. Si le fonds renonce à demander le remboursement de l'impôt anticipé sur les dividendes suisses, aucun impôt anticipé ne serait prélevé sur les revenus du fonds.

De plus, le remboursement selon l'art. 27 LIA ou la procédure d'affidavit selon l'art. 11 al. 2 LIA en relation avec les

art. 34ss OIA pouvant être abandonné, une lacune d'imposition en la matière pourrait même être comblée (*exemple 3*).

Exemple 3: un fonds suisse investit dans des actions et des obligations suisses et étrangères. Les revenus se composent de la manière suivante: 80 % de dividendes et intérêts étrangers, 20 % de dividendes suisses.

Conformément à l'art. 26 LIA, le fonds peut demander le remboursement de l'impôt anticipé sur les dividendes suisses. Les distributions du fonds aux investisseurs étrangers ne sont pas soumises à l'impôt anticipé, car il s'agit d'un fonds dont le rendement provient au moins à 80 % de sources étrangères. La Suisse renonce ainsi, à hauteur de l'impôt anticipé remboursé, au substrat de l'impôt anticipé.

4. IMPOSITION DES VERSEMENTS COMPENSATOIRES

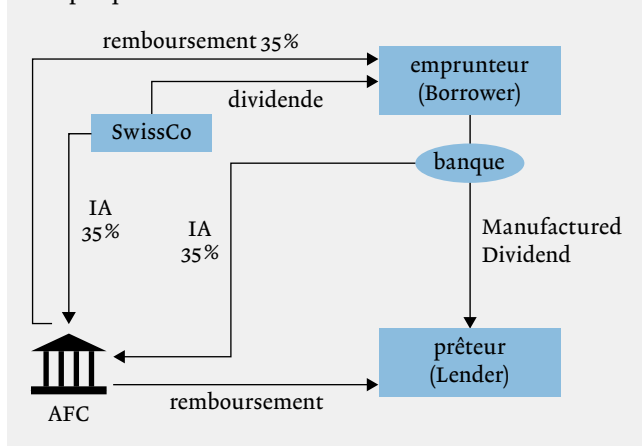
4.1 Arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2017. Dans son arrêt du 21 novembre 2017, le Tribunal fédéral a jugé que la pratique de l'AFC [13] en matière de perception de l'impôt anticipé sur les montants versés en remplacement du dividende (*manufactured dividends*) pour les prêts de titres (*securities lending*) était dépourvue de base légale suffisante [14]. Cela a causé un dommage collatéral considérable, puisque la perception de l'impôt anticipé sur les montants versés en remplacement du dividende (*manufactured dividends*) est en fin de compte la condition pour que le remboursement sur le dividende original (jusqu'au taux résiduel de l'art. 10, al. 2, let. b, MC-OCDE) soit accordé à l'emprunteur (*borrower*).

En effet, l'AFC pourrait refuser sans autre le remboursement de l'impôt anticipé en cas de «*securities lending*», tant à l'égard de l'emprunteur suisse qu'à l'égard de l'emprunteur étranger, l'emprunteur n'étant pas le bénéficiaire effectif [15]. Si le prêteur (*lender*) pouvait faire valoir lui-même ses droits au remboursement en vertu de la LIA ou d'une convention de double imposition, le refus du remboursement de l'impôt anticipé conduirait toutefois à des résultats inadéquats à l'égard de l'emprunteur.

4.2 Art. 4, al. 1, let. d, P-LIA proposé. Selon la réglementation proposée par le Conseil fédéral, tous les «rendements de versements compensatoires correspondant à des rendements de capitaux mobiliers au sens des let. a à c» doivent être soumis à l'impôt anticipé. Seuls les versements compensatoires sur les droits de participation au sens de l'art. 4, al. 1, let. b, LIA (c. à.-d. les dividendes) devraient avoir une importance pratique, raison pour laquelle le terme de *manufactured dividends* est utilisé ici par souci de simplicité.

Pour l'essentiel, le système de perception multiple et de remboursement multiple de l'impôt anticipé appliqué jusqu'ici (sur une base volontaire) sera transformé en loi fédérale (cf. *graphique*). Si cette situation semble à première vue peu révolutionnaire, elle comporte cependant certains pièges. Ceux-ci reposent essentiellement sur le fait que le versement compensatoire est perçu en tant qu'objet de l'impôt.

Graphique: **SECURITIES LENDING**



4.3 Débiteur étranger comme sujet fiscal de l'impôt anticipé. L'impôt anticipé selon l'art. 4, al. 1, let. d, P-LIA doit être prélevé non seulement sur les débiteurs suisses de *manufactured dividends*, mais aussi sur les débiteurs étrangers. Selon l'art. 4, al. 1, let. d, P-LIA, «celui qui verse, vire, crédite, compense ou impute des rendements imposables» (art. 10, al. 3, P-LIA) doit être assujéti à l'impôt en cas de paiements compensatoires.

Il n'est certes pas illicite en soi, du point de vue du droit international, de prendre en compte des états de fait étrangers à des fins de taxation en Suisse, pour autant qu'il existe un lien suffisant avec le pays. La Suisse n'est toutefois pas autorisée à mettre en œuvre la perception de l'impôt à l'étranger. Elle ne peut pas non plus exiger de l'État étranger une assistance en matière d'exécution (les conventions ne contiennent pas de dispositions comparables à l'art. 27 MC-OCDE). Le Conseil fédéral en est conscient. Selon le message, l'extension aux débiteurs étrangers est envisagée, tout en sachant que l'applicabilité auprès des débiteurs fiscaux étrangers se heurtera à des obstacles juridiques. L'introduction d'une réglementation entachée dès le départ d'un déficit de mise en œuvre semble peu judicieuse.

De plus, une institution financière étrangère contreviendrait au droit suisse en ne versant pas l'impôt anticipé sur les versements compensatoires, même si elle ne fait pas valoir de remboursement sur le dividende original. Cela paraît inéquitable.

Il nous paraît dès lors indiqué, pour des raisons pratiques, de renoncer à prélever l'impôt anticipé sur les débiteurs étrangers de versements compensatoires. Cela a pour conséquence que le remboursement de l'impôt anticipé sur le dividende original doit leur être refusé, ce qui peut être justifié par le fait que ce ne sont pas des bénéficiaires effectifs [16].

4.4 Remboursement de l'impôt anticipé par des étrangers. Même si le champ d'application de l'art. 4, al. 1, let. e, P-LIA est limité aux débiteurs suisses, des questions délicates se posent toutefois quant au remboursement de l'impôt anticipé prélevé sur ce versement compensatoire.

Il s'agirait de garantir que le bénéficiaire du versement compensatoire (prêteur en cas de *securities lending*) reçoive le

remboursement de l'impôt anticipé dans la même mesure que s'il remboursait l'impôt anticipé retenu sur le dividende original. La restitution par un destinataire étranger devrait donc être accordée conformément à l'article sur les dividendes de la convention de double imposition pertinente (cf. art. 10 MC-OCDE). En règle générale, les actionnaires d'actions flottantes n'ont donc droit au remboursement de l'impôt anticipé que jusqu'à concurrence du taux résiduel de 15%. Un remboursement intégral de l'impôt anticipé en cas de participations flottantes n'est prévu que pour les investisseurs institutionnels dans le cadre de certaines conventions de double imposition.

Sur le plan juridique, cependant, il n'est pas totalement clair si la restitution de l'impôt anticipé doit être accordée en vertu de l'article sur les dividendes ou en vertu de l'art. 21 MC-OCDE. L'art. 21 MC-OCDE attribuant le droit d'imposition exclusivement à l'État de résidence, il en résulterait un remboursement intégral et donc excessif de l'impôt anticipé.

L'État de la source est en principe compétent pour juger de l'existence d'un dividende au sens de l'art. 10 par. 3 MC-OCDE. Dans le même temps, l'art. 10 par. 3 MC-OCDE prévoit que les dividendes doivent avoir leur origine dans le rapport de société. Or, le paiement compensatoire est de nature contractuelle et n'a qu'une origine indirecte dans le rapport de société.

Pour garantir que le remboursement se fasse au titre de l'art. 10 MC-OCDE et non au titre de l'art. 21 MC-OCDE, un lien doit être établi entre le remboursement de l'impôt anticipé sur le dividende original et la perception de l'impôt anticipé sur le versement compensatoire.

4.5 Solution envisageable. La solution légale devrait refléter au mieux l'ancien «*gentlemen's agreement*» pour la perception de l'impôt anticipé sur les *manufactured dividends*. En fin de compte, le versement de l'impôt anticipé sur les versements compensatoires devrait donc se faire sur une base volontaire. Le débiteur du versement compensatoire a donc le droit de choisir s'il remet l'impôt anticipé sur le versement compensatoire et s'il reçoit pour ce faire le remboursement de l'impôt anticipé sur le dividende original ou s'il renonce au versement et à la restitution.

Cela pourrait être réalisé en faisant dépendre la perception de l'impôt anticipé sur le versement compensatoire de la restitution de l'impôt anticipé sur le dividende original. Inversement, le remboursement de l'impôt anticipé sur le dividende original pourrait dépendre de la remise volontaire de l'impôt anticipé sur le *manufactured dividend*.

Dans les deux cas, l'impôt anticipé versé sur le paiement de remplacement a le caractère d'un impôt anticipé représentatif de l'impôt anticipé réclamé sur le dividende original, raison pour laquelle il paraît approprié d'inclure une subsumption de l'impôt anticipé dû sur l'impôt anticipé dans l'article sur les dividendes de l'art. 10 MC-OCDE.

Dans tous les cas, une restriction impérative du droit d'imposition de l'État de la source ne peut pas être appliquée en cas de versement volontairement effectué à l'AFC. Dans cette mesure, le droit de retenir l'«impôt anticipé» sur le *manufactured dividend* n'est pas non plus limité par l'art. 21

MC-OCDE. La prestation volontaire de l'impôt anticipé étant le pendant de l'octroi du remboursement de l'impôt anticipé sur le dividende original, le remboursement devrait être accordé conformément à l'article sur les dividendes de la convention de double imposition correspondante.

5. MAINTIEN DE L'IMPÔT ANTICIPÉ SUR LES INTÉRÊTS DES AVOIRS DE CLIENTS

Contrairement aux intérêts des obligations, l'impôt anticipé sur les intérêts des avoirs de clients (art. 4, al. 1, let. d, LIA) reste prélevé. Par rapport à la situation juridique actuelle, certaines précisions sont apportées qui délimitent le champ d'application de manière appropriée.

D'une part, l'impôt anticipé doit être limité aux avoirs de clients de personnes physiques suisses. En revanche, l'impôt anticipé ne sera plus perçu sur les avoirs de clients étrangers. Cela est également logique, puisque ces comptes sont soumis à l'EAR [17].

Par ailleurs, l'art. 4, al. 1, let. a, P-LIA (qui remplace l'art. 4, al. 1, let. d, LIA) est limité aux avoirs de clients de personnes physiques. Les personnes morales titulaires de comptes ne sont plus englobées dans le champ d'application.

Selon le droit en vigueur, la notion d'«avoir de clients auprès de banques et de caisses d'épargne suisses» est formulée de manière extrêmement large et englobe toutes les sociétés qui reçoivent de manière continue des fonds contre intérêts, dès lors que le nombre de créanciers non bancaires excède 100 et que la somme totale des dettes dépasse 5 millions de francs [18]. Par conséquent, des intérêts du «cash pooling» peuvent également avoir été inclus, même si cela a été largement supprimé par la disposition de l'art. 14a OIA [19]. Le champ d'application de l'art. 4, al. 1, let. a, P-LIA sera désormais limité aux banques et aux assurances réglementées. La «règle des 100» de l'art. 4, al. 1, let. d, LIA fait dès lors partie du passé.

L'art. 5b, al. 1, let. b, P-LIA prévoit ensuite une règle de minimis selon laquelle l'impôt anticipé n'est pas perçu si le montant des intérêts ne dépasse pas 200 francs par année civile.

6. SUPPRESSION DU DROIT DE TIMBRE DE NÉGOCIATION SUR LES OBLIGATIONS SUISSES

Le projet de réforme prévoit en outre la suppression du droit de timbre de négociation sur les transactions sur le marché secondaire avec des obligations suisses (actuellement de 0,15 %). Selon l'art. 14, al. 1, let. a, LT, les transactions sur le marché primaire sont déjà exonérées du droit de timbre de négociation. Le droit de timbre d'émission sur l'émission d'obligations est également supprimé depuis le 1^{er} mars 2012.

En revanche, les transactions sur le marché secondaire avec des obligations étrangères restent soumises au droit de timbre de négociation de 0,3%. En revanche, les papiers monétaires étrangers demeurent exonérés du droit de négociation en vertu de l'art. 14, al. 1, let. g, LIA.

7. RÉSUMÉ

Le projet de loi proposé permettrait au Conseil fédéral de réussir le pas en avant espéré [21]. La suppression pure et simple de l'impôt anticipé sur les intérêts des obligations sans introduction d'un principe de l'agent payeur favorise sans aucun doute l'attrait de la place économique suisse. À une époque où les finances publiques sont tendues, il faut toujours s'attendre à une résistance politique lors de la réduction des impôts sans contre-financement. Dans ce cas, la suppression de l'impôt anticipé uniquement pour les nouvelles émissions offrirait une solution, car cela permettrait d'éviter la majeure partie des pertes fiscales.

L'impôt anticipé prélevé sur les rendements de placements collectifs de capitaux n'est pas seulement insatisfaisant du point de vue de la politique de la place économique. Au contraire, la pratique administrative actuelle est en contradiction avec le droit conventionnel. Le projet de réforme n'y change malheureusement rien.

L'objectif de créer une base légale permettant de percevoir l'impôt anticipé sur les versements compensatoires est louable. À notre avis, néanmoins, le sens de l'art. 4, al. 1, let. e, P-LIA proposé est trop large. Le législateur devrait donc revoir sa copie. ■

Notes: *Traduction de l'article intitulé «Reform der Verrechnungssteuer» paru dans Expert Focus 2021|8. **1)** Pour justifier ce privilège, cf. message relatif à la loi fédérale sur le calcul de la réduction pour participations aux instruments too big to fail, FF 2018 1263 ss. Voir aussi le message relatif à la loi fédérale sur l'impôt anticipé (renforcement du marché des capitaux de tiers), FF 2021. **2)** Pour les détails, cf. Oesterhelt, S., Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung, Expert Focus 2011|9, 756 ss. **3)** Pour un aperçu des clauses usuelles, cf. Oesterhelt S., Séminaire ISIS du 17 mars 2016, Verrechnungssteuer auf Zinszahlungen. **4)** Cf. à ce sujet Oesterhelt, S., in Zweifel, M./Beusch, M./Oesterhelt, S. (éd.), Immobiliensteuern, Bâle 2021, § 29 N 42. **5)** Oesterhelt, S./Winzap, M., Quellensteuern bei hypothekarisch gesicherten Kreditverträgen, FStR 2008, 28 ss, 36 s. **6)** Dans ce sens également le Message concernant une modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (Renforce-

ment du marché des capitaux de tiers), FF 2021, 976 ch. 1.2.2. **7)** Cf. la proposition de Jaussi, T. présentation lors des ISIS Tax Talks du 11 mai 2021. **8)** Hess, T., Steuern kollektiver Kapitalanlagen, Bâle 2015, § 42 N 259. **9)** Il en va ainsi selon les CDI conclues avec le Danemark, l'Allemagne, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, le Royaume-Uni, Hong Kong, l'Irlande, l'Islande, le Qatar, le Liechtenstein, la Norvège, les Pays-Bas, la Russie, la République tchèque, la Suède, la Hongrie, les États-Unis, les EAU et Chypre. **10)** Les accords avec l'Argentine, l'Australie, le Chili, l'Indonésie, le Canada, la Malaisie, le Mexique, le Pakistan, les Philippines, la Thaïlande, Trinité-et-Tobago et le Vietnam ne contiennent pas de telles dispositions. **11)** Cf. Oesterhelt, S., in: Bösch, R./Rayroux, F./Winzeler, C./Stupp, E., Basler Kommentar KAG, 2^e éd., Bâle 2016, vor Art. 1 N 264 ss. **12)** Cf. Oesterhelt, S., Le contexte fiscal des placements, des gestionnaires, des investissements et des réalisations en private

equity, in: Gericke D. (éd.), Private Equity V, 77 ss, 85 s. **13)** Cf. ASB, Circulaire n° 6584 du 22 mai 1990; AFC, circulaire 13 du 01.01.2018, ch. 3. **14)** TF, arrêt du 21 novembre 2017, 2C_123/2016; cf. p.ex. Liebel-Kotz, S., Verrechnungssteuerpraxis der ESTV bei Dividenerersatzzahlungen hinfällig, Expert Focus 2018|4, 294 ss. **15)** Cf. uniquement ATF 146 I 105 (TF, arrêt du 16 décembre 2019, 2C_209/2017) concernant le droit de jouissance découlant de la CDI-BE. **16)** Cf., dans ce sens, TF, arrêt du 16 décembre 2019, 2C_209/2017, c. 3. **17)** Cf. pour plus de détails Ismajli, P./Hofstetter, B., in: Zweifel/Beusch/Oesterhelt (éd.), Amtshilfe, Bâle 2020, § 30 N. 1 ss. **18)** Art. 9, al. 2, LIA en relation avec l'AFC, Circulaire 34 du 26 juillet 2011 concernant les avoirs de clients. **19)** Cf. à ce sujet Oesterhelt, S., Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung, Expert Focus 2011|9, 756 ss. **20)** Baumer, F., Bundesrat wagt Befreiungsschlag bei der Verrechnungssteuer, RF 75/2020, 820 ss.