



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances
DFF

9 Juin 2017

Procédure de consultation

relative à la loi fédérale sur le calcul de la réduction pour participation en cas d'émission d'instruments dans le cadre du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite

Rapport explicatif

Condensé

Les banques, les groupes financiers et les conglomérats financiers à dominante bancaire (ci-après banques) peuvent être soumis aux dispositions prudentielles du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite. Les prescriptions prudentielles peuvent les contraindre à émettre des CoCo, des write-off bonds ou depuis peu des bail-in bonds à titre d'instruments TBTF (Too Big To Fail, établissements financiers trop grands pour être mis en faillite) afin de renforcer leur base de capital propre ou de remplir les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes.

La présente innovation a pour objet la situation particulière des banques en relation avec la législation régissant l'impôt sur le bénéfice.

Selon les instructions de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) l'émission d'instruments TBTF doit être effectuée par la société mère des banques d'importance systémique à partir du 1^{er} janvier 2020 au plus tard. Dans ce contexte, la société mère transfère en règle générale les fonds provenant des instruments TBTF au sein du groupe aux banques opérationnelles ou aux autres sociétés du groupe qui ont besoin d'un renforcement de leur base de capital propre ou de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes.

Pour la société mère, l'émission des instruments TBTF et le transfert des fonds qui en proviennent à ses banques opérationnelles se traduisent par une plus forte charge d'impôt sur le bénéfice sous la forme d'une imposition du rendement des participations. L'augmentation de la charge fiscale conduit donc à une diminution du capital propre, ce qui est contraire aux objectifs de la législation relative aux établissements financiers trop grands pour être mis en faillite.

L'augmentation de la charge fiscale est due au calcul de la réduction pour participation. La réduction pour participation est un pourcentage de réduction de l'impôt sur le bénéfice dû dont l'application vise à éviter sur le plan économique une augmentation de la charge fiscale grevant le rendement des participations. Si la réduction pour participation diminue à la suite de l'émission d'instruments TBTF et du transfert des fonds, c'est en particulier en raison de deux facteurs: l'augmentation des frais de financement et l'augmentation de l'ensemble des actifs. La baisse du pourcentage entraîne une augmentation de l'impôt sur le bénéfice dû.

Afin d'empêcher l'augmentation de la charge d'impôt sur le bénéfice, le projet prévoit que les deux facteurs susmentionnés ne soient pas pris en compte lors du calcul de la réduction pour participation. L'innovation doit être limitée à ce qui est nécessaire, afin que, après l'émission d'instruments TBTF et le transfert des fonds qui en proviennent, la charge fiscale grevant le rendement des participations des sociétés mères reste identique à ce qu'elle aurait été sans l'émission d'instruments TBTF.

Étant donné que les dispositions prudentielles pourraient également nécessiter ultérieurement l'émission d'instruments TBTF dans des banques d'importance non systémique, la modification légale proposée vaut également pour ces établissements.

Sans modifications légales, il se produirait une augmentation de l'impôt sur le bénéfice susceptible de générer à long terme, pour l'impôt fédéral direct et les impôts cantonaux, des recettes supplémentaires pouvant atteindre plusieurs centaines de millions de francs par an. L'adaptation proposée empêchera cette augmentation d'impôt potentielle.

1 Contexte

Les dispositions de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹ applicables aux établissements financiers trop grands pour être mis en faillite (too big to fail, TBTF) visent à empêcher que, en cas de crise, des banques, des groupes financiers ou des conglomérats financiers à dominante bancaire² (ci-après banques) soumis à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) ne doivent être sauvés par l'argent des contribuables. À cet effet, ces établissements doivent remplir certaines exigences en matière de fonds propres et de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Ces dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} mars 2012. Depuis cette date, les banques peuvent émettre des emprunts à conversion obligatoire (Co-Co) et des emprunts assortis d'un abandon de créances (write-off bonds) qui sont pris en compte en tant que capital propre réglementaire³. Depuis le 1^{er} juillet 2016, il est en outre possible d'émettre des instruments appelés bail-in bonds (obligations de renflouement interne)⁴. Du point de vue de la législation relative à la surveillance par la FINMA et conformément à la norme internationale en matière de TLAC applicable aux banques d'importance systémique mondiale, l'émission de ces trois instruments TBTF doit être effectuée, à partir du 1^{er} janvier 2020 au plus tard, par l'entremise de la société mère de la banque d'importance systémique⁵.

Dans le cadre d'une révision de la loi du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)⁶, l'exonération de l'impôt anticipé qui avait déjà été introduite pour une durée limitée pour les intérêts de CoCo et de write-off bonds a été prorogée sans interruption jusqu'au 31 décembre 2021 (art. 5, al. 1, let. g, LIA), et une exonération analogue de l'impôt anticipé a été créée au 1^{er} janvier 2017 pour les intérêts de bail-in bonds (art. 5, al. 1, let. i, LIA). Par la même occasion, l'exonération des droits de timbre a été prorogée pour les CoCo convertis en capital propre et introduite au 1^{er} janvier 2017 pour les bail-in bonds (art. 6, al. 1, let. l et m, de la loi du 27 juin 1973 sur les droits de timbre [LT]⁷). Ces mesures garantissent que les banques puissent émettre ces instruments en Suisse à des conditions compétitives.

Pendant les débats parlementaires consacrés à cette révision, les milieux bancaires ont signalé qu'il fallait s'attendre à une charge supplémentaire d'impôt sur le bénéfice pour les sociétés mères de banques qui procèdent à l'émission des nouveaux instruments TBTF. Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer un projet destiné à la consultation en vue de modifier le mécanisme de la réduction pour participation dans le cadre du renforcement à l'échelon cantonal et fédéral du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite. En matière d'impôt sur le bénéfice, ce projet doit éliminer les incidences des instruments TBTF sur la réduction pour participation des sociétés mères de banques.

1 **RS 952.0**

2 Pour la définition des groupes financiers et des conglomérats financiers, cf. glossaire de l'annexe 2.

3 Pour la définition des CoCo et des write-off bonds, cf. glossaire de l'annexe 2.

4 Pour la définition des bail-in bonds, cf. glossaire de l'annexe 2.

5 Pour l'échelonnement temporel instauré par la FINMA, cf. ch. 2.1; font actuellement partie des banques suisses d'importance systémique mondiale l'UBS et le CS, cf. ch. 2.1.

6 **RS 642.21**; **RO 2016 3451**; **FF 2015 6469**

7 **RS 641.10**

2 Situation juridique actuelle

2.1 Droit de la surveillance

Les termes techniques utilisés dans le présent chapitre ne sont expliqués que dans la mesure du nécessaire. En cas de besoin, on peut se référer aux informations supplémentaires qui figurent dans le glossaire de l'annexe 2.

2.1.1 Instruments TBTF

À l'occasion de l'introduction du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite, les CoCo et les write-off bonds ont été repris dans la loi sur les banques au 1^{er} mars 2012. Les CoCo sont des emprunts qui sont convertis en capital propre (le plus souvent des actions) de la banque concernée lorsque se produit un événement déterminé appelé trigger. Lorsqu'un événement déterminé se produit, les write-off bonds ne sont quant à eux pas convertis en capital propre, mais amortis. Ces instruments permettent de remplir les exigences réglementaires en matière de fonds propres.

Depuis le 1^{er} juillet 2016, il existe en outre la possibilité d'émettre des bail-in bonds pour remplir les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Les bail-in bonds sont des obligations d'emprunt qui, en cas (de risque) d'insolvabilité, peuvent être réduites ou converties en capital propre dans le cadre d'une procédure d'assainissement ordonnée par la FINMA.

2.1.2 Émetteurs d'instruments TBTF

Au regard du droit de la surveillance, tant les banques d'importance systémique que les banques d'importance non systémique peuvent émettre les trois types d'instruments TBTF. En Suisse, cinq banques d'importance systémique sont actuellement soumises à des dispositions prudentielles. À l'heure actuelle, l'UBS et le CS sont considérés comme des banques d'importance systémique actives au niveau international (ci-après banques d'importance systémique mondiale). La Banque cantonale de Zurich, le groupe Raiffeisen et PostFinance sont considérés comme non actifs au niveau international (ci-après autres banques d'importance systémique). Toutes les autres banques sont dorénavant qualifiées de banques d'importance non systémique. Cette distinction est importante, car il peut en résulter, du point de vue prudentiel, l'obligation d'émettre les instruments TBTF exclusivement à l'échelon de la société mère et non directement à l'échelon d'une société du groupe. La pratique détaillée est la suivante:

Jusqu'au 31 décembre 2016, les *banques d'importance systémique mondiale* pouvaient émettre des instruments TBTF par l'entremise de sociétés à but unique (ci-après entités à vocation spéciale ou EVS) situées à l'étranger. Si la banque a transféré en Suisse la totalité des bail-in bonds émis à l'étranger pour la fin de mars 2017, la FINMA autorise encore l'émission de nouveaux instruments TBTF par l'entremise d'une entité à vocation spéciale suisse jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente innovation, mais jusqu'au 31 décembre 2019 au plus tard. Par la suite, l'émission ne sera autorisée que par l'entremise de la société mère. En règle générale, la société mère transfère les fonds provenant des instruments TBTF aux banques opérationnelles ou aux autres sociétés du groupe (ci-après banques opérationnelles) qui ont

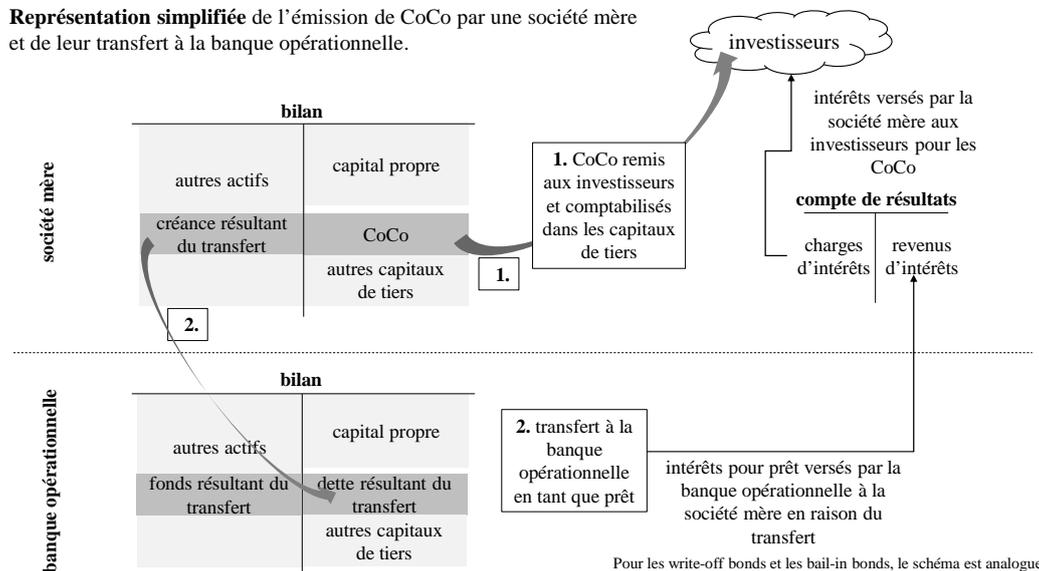
besoin de renforcer leur base de capital propre ou doivent détenir des fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes.

Selon la pratique actuelle de la FINMA, les *autres banques d'importance systémique* émettent déjà leurs instruments TBTF exclusivement par l'entremise de la société mère. Pour elles, il n'est prévu aucune réglementation transitoire du type de celle qui s'applique aux banques d'importance systémique mondiale jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente innovation, mais jusqu'au 31 décembre 2019 au plus tard. Elles transfèrent elles aussi les fonds provenant des instruments TBTF à des banques opérationnelles.

En matière de droit de la surveillance, les *banques d'importance non systémique* n'ont aucune obligation d'émettre les instruments TBTF par l'entremise de la société mère.

À l'heure actuelle, les *entreprises d'autres branches* ne sont soumises à aucune règle comparable aux exigences qui s'appliquent aux instruments TBTF dans le secteur bancaire.

Représentation simplifiée de l'émission de CoCo par une société mère et de leur transfert à la banque opérationnelle.



Dans les pages qui suivent, le présent rapport part du principe que l'émission d'instruments TBTF n'est autorisée que si elle est effectuée par la société mère d'une banque d'importance systémique.

2.2 Droit fiscal

2.2.1 Bases

La société mère d'une banque d'importance systémique inscrit les fonds provenant de l'émission d'instruments TBTF à son bilan en tant que capitaux de tiers. Elle comptabilise les intérêts versés aux investisseurs en tant que charges, qu'elle peut, en vertu du principe selon lequel le bilan commercial est déterminant, déduire de l'assiette de l'impôt sur le bénéfice pour les impôts directs. Si l'on se réfère uniquement à ce processus, le bénéfice de la société mère diminue.

La société mère transfère les fonds provenant de l'émission d'instruments TBTF aux banques opérationnelles du groupe ayant besoin de capitaux propres supplémen-

taires ou de fonds destinés à absorber les pertes. Dans son bilan, la société mère inscrit ce processus en tant qu'actif (créance envers la banque opérationnelle).

Pour le transfert des fonds, la banque opérationnelle verse à la société mère un intérêt calculé au taux usuel du marché. La société mère comptabilise cet intérêt en tant que revenu, ce qui entraîne une augmentation correspondante de l'assiette de l'impôt sur le bénéfice. Pour la société mère, une éventuelle différence entre les charges d'intérêts (intérêts versés aux investisseurs) et les revenus d'intérêts (intérêts versés par la banque opérationnelle) peut se traduire par une marge d'intérêt positive. Si l'on se réfère uniquement à ce processus, le bénéfice de la société mère augmente.

2.2.2 Définition et calcul de la réduction pour participation

Une fois que le bénéfice net imposable d'une société de capitaux ou d'une société coopérative a été déterminé, il est multiplié par le tarif/taux d'impôt. Ce calcul donne en principe l'impôt sur le bénéfice dû. Sur cet impôt sur le bénéfice, la société de capitaux ou la société coopérative peut opérer la réduction pour participation en pour-cent. Il en résulte la charge fiscale effective (montant de l'impôt).

Représentation schématique du fonctionnement de la réduction pour participation

$$\begin{array}{c} \text{bénéfice net de} \\ \text{l'entreprise} \end{array} \times \begin{array}{c} \text{tarif/taux d'impôt} \\ \text{(en règle générale 8,5 \%)} \end{array} = \begin{array}{c} \text{impôt sur le} \\ \text{bénéfice} \\ \text{Confédération} \end{array} \quad \begin{array}{c} \text{./. réduction pour} \\ \text{participation [\%]} \end{array} = \begin{array}{c} \text{montant} \\ \text{d'impôt} \end{array}$$

Cette méthode de calcul visant à diminuer l'impôt sur le bénéfice par la réduction pour participation est également appelée exonération indirecte du rendement des participations. À l'étranger, la méthode la plus courante est l'exonération directe du rendement des participations, c'est-à-dire son exclusion de l'assiette fiscale (cf. ch. 5).

Conformément aux art. 69 et 70 de la loi du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD)⁸ et à l'art. 28, al. 1 à 1^{er}, de la loi du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)⁹, la réduction pour participation est calculée pour l'essentiel comme suit:

❶	rendement brut des participations
❷	./. frais d'administration
❸	./. frais de financement
❹	= rendement net des participations
↓	par rapport au bénéfice net total
❺	= réduction pour participation [%]

❶ Le rendement brut des participations ressort des comptes annuels.

Les frais d'administration correspondent aux coûts administratifs effectifs de la

❷ société de capitaux ou de la société coopérative ou à un forfait de 5 % du rendement brut des participations.

❸ Sont réputés frais de financement les intérêts passifs ainsi que les autres frais qui

⁸ RS 642.11

⁹ RS 642.14

sont économiquement assimilables à des intérêts passifs. Les frais de financement totaux sont déduits proportionnellement. Le rapport entre les participations et l'ensemble des actifs de la société de capitaux ou de la coopérative est déterminant.

Le rendement net des participations ainsi déterminé est mis en rapport avec le

④ bénéfice net total de la société de capitaux ou de la coopérative.

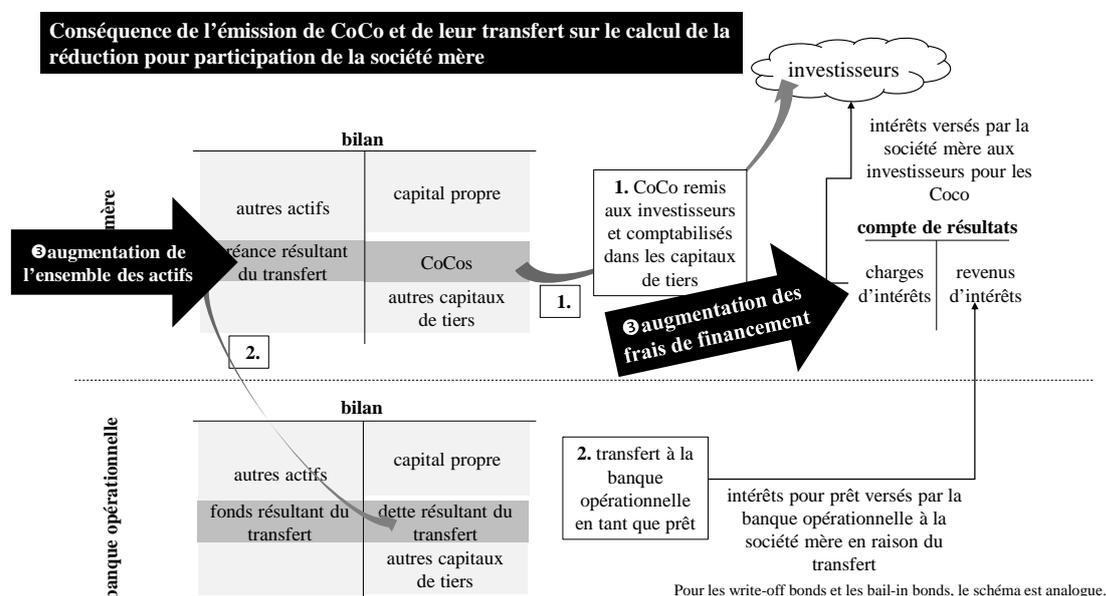
↓ Il en résulte la réduction pour participation en pour-cent.

⑤ La dette fiscale calculée est diminuée de la réduction pour participation en pour-cent.

2.3 Conséquences des instruments TBTF sur la réduction pour participation

L'émission d'instruments TBTF par l'entremise de la société mère et le transfert des fonds au sein du groupe ont des conséquences sur la réduction pour participation dont bénéficie la société mère, cela dans deux domaines:

1. **Augmentation des frais de financement:** pour la société mère de banques, les intérêts d'instruments TBTF qui sont versés aux investisseurs constituent des frais de financement. En principe, plus les frais de financement sont élevés, plus la réduction pour participation est basse (③).
2. **Augmentation de l'ensemble des actifs:** étant donné que, dans son bilan, la société mère inscrit le transfert des fonds issus d'instruments TBTF à la filiale en tant que créance, l'ensemble de ses actifs augmente (③). En principe, plus l'ensemble des actifs est élevé par rapport aux participations, plus les frais de financement devant être pris en compte sont bas.



L'augmentation des frais de financement et la diminution de la part proportionnelle des participations dans l'ensemble des actifs réduisent le rendement net des participations (④) et donc aussi la réduction pour participation (⑤)¹⁰. En fin de compte, la

¹⁰ Voir à ce sujet l'exemple de calcul figurant à l'annexe 1.

réduction pour participation est donc diminuée. En matière d'impôt sur le bénéfice, il en résulte pour la société mère une charge fiscale plus élevée qui n'est pas due à une augmentation du bénéfice au sens du droit commercial. Cette charge fiscale plus élevée résulte exclusivement du système de l'exonération indirecte du rendement des participations et du calcul de la réduction pour participation.

De plus, une éventuelle *marge d'intérêt* peut également influencer le montant de la réduction pour participation: en émettant des instruments TBTF et en transférant les fonds issus de ces instruments, la société mère peut réaliser une marge d'intérêt positive. Cette dernière correspond à la différence entre les intérêts versés aux investisseurs (charges d'intérêts/frais de financement) et les revenus d'intérêts qu'elle reçoit de la banque opérationnelle. La marge d'intérêt augmente l'assiette de l'impôt sur le bénéfice et influence de ce fait le bénéfice net. Cela se traduit par une modification du rapport entre le rendement net des participations et le bénéfice net total (↓).

Étant donné que c'est dans les sociétés mères des banques d'importance systémique mondiale que la part du rendement des participations par rapport au bénéfice net est la plus élevée, c'est auprès d'elles que l'exonération indirecte du rendement des participations et la diminution de la réduction pour participation ont les conséquences les plus fortes. Dans les faits, cela se traduit par une imposition indésirable des revenus de dividendes de ces sociétés mères. Dans les sociétés mères des autres banques d'importance systémique, l'effet fiscal peut être moindre. Ces sociétés mères peuvent dans certains cas disposer également d'autres bénéfices opérationnels importants non soumis à la réduction pour participation. De ce fait, la part du rendement des participations est moins importante chez elles. La réduction pour participation, qui est en soi plus basse, est donc également moins influencée par les instruments TBTF. Pour cette raison, l'émission d'instruments TBTF et le transfert des fonds par l'entremise d'entités à vocation spéciale ne se répercutent pas sur la charge fiscale dont elles sont grevées. Les entités à vocation spéciale de ce genre ne disposent pas de participations et donc pas non plus de rendements de participations, si bien qu'il est habituel que la réduction pour participation se monte d'emblée à 0 %. Le recours à une entité à vocation spéciale aurait donc pour effet de résoudre le problème de droit fiscal relatif au calcul de la réduction pour participation, mais il n'est pas admissible sous l'angle prudentiel (cf. ch. 2.1).

3 Nouvelle réglementation proposée

Le projet prévoit que, lors du calcul de la réduction pour participation des sociétés mères de banques d'importance systémique, ne soient pas pris en compte

- les frais de financement (intérêts versés aux investisseurs; cf. ch. 2.3 ③) assumés lors de l'émission d'instruments TBTF et
- les fonds inscrits à l'actif transférés au sein du groupe (cf. ch. 2.3 ③).

L'assiette de l'imposition au sens des art. 57 à 67 LIFD reste inchangée. Bien qu'une marge d'intérêt positive résultant du transfert des fonds (cf. ch. 2.3) influence également le montant de la réduction pour participation, aucune correction n'est effectuée à cet égard. L'innovation doit être limitée à ce qui est nécessaire (cf. à ce sujet le ch. 4).

Du point de vue du Conseil fédéral, l'adaptation du calcul de la réduction pour participation qui est proposée assure une mise en œuvre cohérente des objectifs de la

législation TBTF. Pour des raisons d'égalité de traitement, les banques d'importance non systémique sont également concernées par cette innovation (cf. ch. 4). Cependant, étant donné que la majeure partie des instruments TBTF est émise par des banques d'importance systémique, les répercussions de l'innovation proposée touchent essentiellement la charge fiscale de ces dernières.

4 Justification de la nouvelle réglementation proposée

Grâce à la nouvelle réglementation, l'émission d'instruments TBTF ne change en principe rien à la charge fiscale grevant le rendement des participations dans les sociétés mères de banques¹¹.

La situation prudentielle particulière des banques a déjà été prise en considération lors de la révision de l'impôt anticipé et des droits de timbre (cf. ch. 1). Cependant, on a alors simplement créé la possibilité d'émettre des instruments TBTF sans incidences en matière d'impôt anticipé et de droit de timbre d'émission. La présente innovation vise à ce qu'il soit désormais aussi possible de détenir des instruments TBTF et de transférer au sein du groupe les fonds qui en proviennent avec aussi peu d'incidences que possible sur l'impôt sur le bénéfice, conformément aux objectifs de la législation TBTF.

Les exigences prudentielles que doivent remplir les banques sont en lien avec le fait que celles-ci ont un ratio de capital propre nettement plus bas que les entreprises du secteur non bancaire. Dans un premier temps, le durcissement des exigences réglementaires renforce la base de capital propre des banques. Cependant, le fait que la réduction pour participation constitue une forme d'exonération indirecte, combiné à l'obligation prudentielle d'émettre les instruments TBTF par l'entremise de la société mère, se traduit par une augmentation de la charge d'impôt sur le bénéfice. Cette charge fiscale plus élevée réduit le bénéfice après impôts de cette société mère. Une baisse du bénéfice après impôts se fait à la charge des actionnaires, qui peuvent s'attendre à une distribution plus faible, et aux dépens de la constitution du capital propre, car la possibilité de constituer des réserves issues du bénéfice est moindre. Même si les entreprises d'autres branches ont également besoin d'une solide base de capital propre, elles ne peuvent être contraintes à procéder à une émission par l'entremise de la société mère. Elles peuvent choisir d'autres dispositifs, par exemple l'émission par l'entremise d'une société opérationnelle ou d'une entité à vocation spéciale (cf. ch. 2.3), qui empêchent toute augmentation de l'impôt sur le bénéfice.

La nouvelle réglementation vise à empêcher une augmentation indésirable de la charge fiscale et à garantir ainsi les objectifs de la législation TBTF. Les normes prudentielles des dispositions TBTF sont dans l'intérêt public. Elles visent à garantir que, en cas de crise, des banques d'importance systémique ne doivent pas être sauvées par le contribuable. Cet intérêt public justifie la non-prise en compte des instruments TBTF lors du calcul de la réduction pour participation.

Cela ne s'applique cependant pas à une éventuelle marge d'intérêt découlant du transfert des moyens émis (cf. ch. 2.3) par la société mère. Toute marge d'intérêt réalisée par une société a des conséquences sur le calcul de la réduction pour participation. Pour cette raison, les marges d'intérêt positives résultant du transfert des instruments TBTF sont traitées de la même manière que les autres revenus d'intérêts. Elles sont donc prises en compte lors du calcul de la réduction pour participation.

¹¹ Voir à ce sujet l'exemple de calcul figurant à l'annexe 1.

La majeure partie de tous les instruments TBTF est émise par des banques d'importance systémique. C'est donc à elles que la présente innovation s'adresse en priorité. Du point de vue juridique, l'innovation sera cependant également applicable aux sociétés mères de banques d'importance non systémique. Ces dernières doivent elles aussi se conformer à certaines prescriptions prudentielles en matière de capital propre, raison pour laquelle une égalité de traitement avec les banques d'importance systémique est justifiée. Le traitement spécial des instruments TBTF dans la législation régissant l'impôt anticipé et les droits de timbre est lui aussi valable pour toutes les banques (cf. ch. 1).

5 Propositions rejetées

Diverses variantes ont été examinées dans le cadre des travaux préparatoires. Le 30 septembre 2016, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur de la présente solution et a simultanément rejeté les variantes exposées ci-après.

Émission non exclusivement effectuée par l'entremise de la société mère: du point de vue fiscal, le plus simple serait que les instruments TBTF soient émis non pas par la société mère, mais directement par la banque opérationnelle ou par une entité à vocation spéciale (cf. ch. 2.3). Du point de vue du droit de la surveillance, une telle émission ne pourra à l'avenir plus être autorisée dans des banques d'importance systémique (cf. ch. 2.1). Cette variante est donc condamnée par les normes du droit de la surveillance.

Passage à l'exonération directe: les pays environnants ne connaissent pas le système indirect de la réduction pour participation sur l'impôt dû. Le système appliqué consiste au contraire en une exonération directe du rendement des participations de l'assiette fiscale. Suivant la structure concrète qui lui serait donnée, ce système pourrait dans une large mesure résoudre la présente problématique. Le passage à l'exonération directe a déjà été proposé dans la consultation relative à la troisième réforme de l'imposition des entreprises. En raison d'un large rejet lors de la consultation¹², le Conseil fédéral a renoncé à cette proposition dans le message du 5 juin 2015 concernant la loi sur la troisième réforme de l'imposition des entreprises¹³. Dans ce contexte, le Conseil fédéral estime que le changement de système n'est actuellement pas susceptible de rassembler une majorité politique et renonce par conséquent à explorer cette voie. Un passage de l'exonération indirecte à l'exonération directe du rendement des participations exclusivement limité aux sociétés mères de banques émettant des instruments TBTF a également été examiné. Cependant, ce système se traduirait par une inégalité de traitement et par un traitement privilégié des banques par rapport aux autres branches, raison pour laquelle cette variante a également été rejetée.

Seuls les intérêts versés aux investisseurs ne sont pas pris en compte pour le calcul de la réduction pour participation: les frais de financement pris en compte pour le calcul de la réduction pour participation ne seraient pas augmentés du fait de l'émission d'instruments TBTF. Cependant, le fait que le transfert aux banques opérationnelles augmente le total du bilan de la société mère et que cela soit pris en compte dans le calcul de la réduction pour participation pose un problème¹⁴. Il en résulte

¹² Cf. présentation intégrale des prises de position reçues dans le cadre de la procédure de consultation du 29 avril 2015, ch. 4.9

¹³ FF 2015 4613

¹⁴ Cf. graphique sous ch. 2.3.

généralement une réduction pour participation plus élevée que celle qui découle de l'exclusion supplémentaire de l'augmentation de l'ensemble des actifs qui est proposée ici. Sans cette exclusion supplémentaire, les sociétés mères de banques seraient mieux loties que les entreprises d'autres branches, car elles profiteraient d'un allègement injustifié de l'impôt sur le bénéfice.

6 Mise en œuvre

Le projet est mis en œuvre par la Confédération et les cantons.

L'art. 70, al. 6, AP-LIFD et l'art. 28, al. 1^{quater}, AP-LHID doivent entrer en vigueur simultanément. D'après l'art. 72x, al. 1, AP-LHID, les cantons doivent adapter leur législation fiscale à la nouvelle réglementation énoncée à l'art. 28, al. 1^{quater}, AP-LHID pour la date d'entrée en vigueur de cette dernière. L'art. 28, al. 1^{quater}, AP-LHID est directement applicable si le droit cantonal n'est pas adapté à temps (art. 72x, al. 2, AP-LHID).

Le Conseil fédéral fixe la date d'entrée en vigueur. Cette dernière est possible au plus tôt le 1^{er} janvier 2019.

7 Commentaire des différents articles

Art. 70, al. 6, AP-LIFD

Cette disposition décrit la non-prise en compte des instruments TBTF lors du calcul de la réduction pour participation des sociétés mères de banques.

Cette mesure s'applique aux sociétés mères de banques d'importance systémique et non systémique, de groupes financiers ou de conglomérats financiers à dominante bancaire. Dans le cas des conglomérats financiers, la société mère doit être une entreprise placée sous la surveillance de la FINMA et sous sa compétence en matière de faillite¹⁵.

Sur le plan matériel, la norme s'applique exclusivement aux CoCo (emprunts à conversion obligatoire), aux write-off bonds (emprunts assortis d'un abandon de créances) et aux bail-in bonds (instruments de dette destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité). Les instruments de dette destinés à absorber les pertes ne sont pas cités nommément aux art. 28 à 32 LB, mais se fondent sur les art. 126 et 126a de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres¹⁶. La FINMA homologue également les bail-in bonds de ce genre lorsqu'ils ne sont pas émis en tant qu'obligations, mais en tant que prêts consentis aux mêmes conditions. Ils sont prévus à l'art. 70, al. 6, let. b, AP-LIFD.

Auprès de la société mère, pour le calcul de la réduction pour participation visée aux art. 69 et 70, al. 1, LIFD, les facteurs suivants, qui sont en relation avec l'émission des instruments TBTF et le transfert des fonds qui en proviennent, ne doivent pas être pris en compte¹⁷:

- l'intérêt versé aux investisseurs, en tant que frais de financement au sens de l'art. 70, al. 1, LIFD;

¹⁵ Cf. art. 2^{bis}, al. 1, let. a, de la loi sur les banques.

¹⁶ RS 952.03

¹⁷ Cf. graphique sous ch. 2.3.

- la créance inscrite au bilan à la suite du transfert des fonds au sein du groupe, au sens de l'art. 70, al. 1, LIFD.

Il est fait abstraction de ces deux facteurs exclusivement aux fins du calcul de la réduction pour participation. L'assiette de l'imposition au sens des art. 57 à 67 LIFD reste inchangée. Par conséquent, le bénéfice net total visé à l'art. 69 LIFD continue de correspondre à ce bénéfice net imposable.

Pour que la non-prise en compte motivée par des considérations prudentielles soit applicable, les conditions suivantes doivent donc être cumulativement remplies:

- la banque, le groupe financier ou le conglomérat financier à dominante bancaire est soumis à la surveillance de la FINMA;
- il s'agit de la société mère;
- la FINMA a approuvé ou ordonné l'émission des instruments TBTF au sens des art. 11, al. 4, et 28 à 32 de la loi sur les banques, et
- la société mère a transféré les fonds levés grâce aux instruments TBTF à une banque opérationnelle.

Les instruments TBTF de l'AP-LIFD et de la LIA sont identiques, même s'ils sont décrits de manière différente. En outre, les bail-in bonds sont repris en tant que prêts dans la LIFD.

Art. 28, al. 1^{quater}, AP-LHID

Cette disposition correspond point par point à l'art. 70, al. 6, AP-LIFD. Elle s'applique aux impôts cantonaux sur le bénéfice.

Art. 72x AP-LHID

Sur la base de cette disposition transitoire, les cantons doivent adapter leur législation fiscale à la nouvelle réglementation pour la date d'entrée en vigueur de cette dernière (al. 1). Selon l'al. 2, l'art. 28, al. 1^{quater}, AP-LHID est directement applicable si la législation fiscale cantonale n'est pas adaptée d'ici là. On s'assure ainsi que l'innovation soit appliquée simultanément dans tous les cantons ainsi qu'à la Confédération. Le Conseil fédéral fixe la date d'entrée en vigueur.

8 Conséquences

8.1 Conséquences sur la Confédération, les cantons et les communes

8.1.1 Conséquences financières

Sans une adaptation de la législation, la charge fiscale assumée au titre de l'impôt sur le bénéfice par les sociétés mères de banques disposant d'importants rendements de participations augmentera dès que des instruments TBTF devront être émis. Ces prochaines années, selon des estimations de la FINMA, il faut compter avec de nouvelles émissions pouvant atteindre un total de 60 à 80 milliards de francs dans les banques d'importance systémique mondiale.

Par conséquent, l'augmentation de la charge fiscale au titre de l'impôt sur le bénéfice qui serait provoquée par la réduction pour participation s'accompagnerait à long terme de recettes supplémentaires annuelles pouvant atteindre plusieurs centaines de millions de francs en ce qui concerne l'impôt fédéral direct et les impôts cantonaux.

L'ampleur de cette évolution ne peut être quantifiée exactement, car les incertitudes suivantes subsistent:

Volume des émissions: la fourchette du volume total des émissions est très vaste (environ 60 à 80 milliards de francs cumulativement). La raison principale réside dans le fait que les exigences découlent de la taille et de la structure de risque des entreprises, soit des facteurs susceptibles d'évoluer. En outre, les efforts consentis par les banques pour améliorer leur capacité d'assainissement et de liquidation peuvent être honorés par une baisse des exigences en matière de bail-in bonds (ra-bais).

Niveau des taux d'intérêt/refinancement: le montant des frais de financement dépend aussi du niveau des taux d'intérêt auxquels les banques peuvent placer les instruments TBTF sur le marché des capitaux. Il faut en outre partir de l'idée qu'elles vont procéder au rachat d'instruments TBTF émis antérieurement: d'une part pour s'endetter à des conditions plus avantageuses, soit parce qu'il n'est plus nécessaire de détenir des instruments TBTF, soit parce que les taux d'intérêt applicables à ces instruments ont baissé; d'autre part, dans le cas des bail-in bonds, parce que l'échéance le rend nécessaire. Si des instruments TBTF existants sont remplacés par de nouveaux, le volume des émissions se situera plutôt dans la partie supérieure de la fourchette.

Perspectives bénéficiaires: les recettes supplémentaires dépendent de façon décisive de l'évolution du bénéfice des établissements concernés.

Autres optimisations: finalement, même sans adaptations légales de la réduction pour participation, le potentiel de recettes supplémentaires pourrait amener les sociétés mères à optimiser la distribution du rendement des participations du point de vue fiscal dans le cadre des possibilités existantes. Il serait par exemple possible de procéder à une distribution non périodique du rendement des participations de la banque opérationnelle à la société mère.

8.1.2 Conséquences sur le personnel

La nouvelle réglementation n'a aucune conséquence sur les effectifs de la Confédération, des cantons et des communes.

8.2 Conséquences économiques

La révision a un effet stabilisateur sur l'économie, car le nouveau calcul de la réduction pour participation évite l'affaiblissement de la base de capital propre des banques (cf. ch. 4).

9 Aspects juridiques

Les sociétés mères de banques sont seules à pouvoir profiter de la mesure proposée. Les autres sociétés de capitaux ou sociétés coopératives sont toutes exclues de son champ d'application. Il y a lieu de se demander si l'innovation proposée constitue une inégalité de traitement contraire au droit au sens de l'art. 8 de la Constitution¹⁸.

Il y a inégalité de traitement contraire au droit (I) lorsque deux sujets fiscaux placés dans des situations comparables (II) sont traités de façon inégale sans raison objective (III). Une inégalité de traitement justifiée et objectivement fondée n'est possible que sous réserve de la proportionnalité (IV).

Inégalité de traitement (I): la nouvelle réglementation introduit une réglementation spéciale pour les banques. Dans toutes les autres sociétés de capitaux ou sociétés coopératives, le transfert de fonds levés par l'entremise d'une société mère diminue sans restriction la réduction pour participation. Toutes ces sociétés restent donc soumises au désavantage – inhérent au système – de l'exonération indirecte (cf. ch. 5). Dans les sociétés mères de banques, ce désavantage est maintenant partiellement supprimé. Il y a donc inégalité de traitement.

Situations non comparables (II): les sociétés mères de banques ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des autres sociétés de capitaux ou sociétés coopératives. Les bail-in bonds, les CoCo et les write-off bonds sont une spécialité du droit bancaire due aux dispositions prudentielles spécifiques. Les autres sociétés de capitaux et sociétés coopératives ne sont pas soumises à ces normes prudentielles. Les sociétés opérationnelles du groupe des entreprises de ce genre peuvent recueillir des capitaux de tiers directement. Pour elles, l'allégement de l'impôt sur le bénéficiaire par la réduction pour participation revêt une importance mineure, car elles ne disposent que de faibles rendements de participations. Contrairement aux sociétés mères de banques, les autres sociétés mères ne peuvent pas être contraintes par les prescriptions prudentielles en matière de capital propre à émettre des instruments TBTF de ce genre et à transférer les fonds au sein du groupe. Par conséquent, les sociétés mères de banques et les sociétés mères d'autres sociétés de capitaux et sociétés coopératives se trouvent dans des situations juridiques différentes.

Objectivement fondé (III): ainsi que cela a déjà été exposé (cf. ch. 4), la mise en œuvre du régime TBTF est d'intérêt public. La diminution de la réduction pour participation par l'émission d'instruments TBTF par l'entremise de sociétés mères a une incidence négative sur leur base de capital propre. Cet effet est contraire aux objectifs du régime TBTF, qui vise à renforcer cette base de capital propre. La présente correction du calcul de la réduction pour participation tient compte de cet intérêt prudentiel par une adaptation ponctuelle de la base de calcul. En ce sens, pour les banques d'importance systémique, la nouvelle réglementation présente est objectivement fondée et relève d'un intérêt public prépondérant. Pour les banques d'importance non systémique, cette innovation est judicieuse dans l'optique de l'égalité de traitement avec les banques d'importance systémique. Comparativement aux autres branches, elles sont elles aussi soumises à certaines exigences prudentielles en matière de fonds propres.

Proportionnalité avérée (IV): étant donné que la réglementation proposée se réfère exclusivement à la particularité découlant du droit prudentiel et qu'au surplus le calcul de la réduction pour participation est régi par les mêmes réglementations, la non-prise en compte motivée par des considérations prudentielles ne va pas au-delà de ce qui est impérativement nécessaire. En particulier, les autres frais de financement doivent être pris en compte pour le calcul de la réduction pour participation même dans les sociétés mères de banques¹⁹. La différence de traitement est donc proportionnée.

¹⁹ Voir à ce sujet l'exemple de calcul figurant à l'annexe 1.

En résumé, on peut donc affirmer que le projet crée une différence de traitement objectivement justifiée pour des états de fait différents.

Annexes:

- Exemple de calcul
- Glossaire complémentaire relatif au droit de la surveillance

Calcul de la charge fiscale assumée par la société mère d'une banque

<u>sans l'innovation</u>		<u>avec l'innovation</u>	
		les chiffres barrés ne sont pas pris en compte pour le calcul de la réduction pour participation	
Bilan			
Liquidités	Fr. 2'000'000'000.00		
Prêts et avances	Fr. 3'000'000'000.00		
Prêts bail-in	Fr. 40'000'000'000.00		
Participations	Fr. 40'000'000'000.00 ^①	Fr. 40'000'000'000.00	
Capitaux de tiers	^② Fr. 5'000'000'000.00		
Bail-in bonds	^③ Fr. 40'000'000'000.00		
Capital propre	Fr. 40'000'000'000.00		
Total	Fr. 85'000'000'000.00 ^④	Fr. 85'000'000'000.00	Fr. 45'000'000'000.00 ^⑤
Intérêts capitaux de tiers	3.00% ^⑥		
Intérêts prêts et avances	3.00%		
Rendement des participations	6.00%		
Taux d'intérêt bail-in bonds	5.00% ^⑦		
Taux d'intérêt prêts bail-in	5.00%		
Coûts administratifs RPP	5.00% ^⑧		
Taux de l'impôt sur le bénéfice	8.50%		
Compte de résultat			
Rendement des participations	^① Fr. 2'400'000'000.00		
Revenus d'intérêt prêts et av.	Fr. 90'000'000.00		
Revenus d'intérêt prêts bail-in	Fr. 2'000'000'000.00		
Charges d'intérêt cap. de tiers	Fr. 150'000'000.00 ^②		
Charges d'intérêt bail-in bonds	Fr. 2'000'000'000.00 ^③	Fr. 2'000'000'000.00	
Frais d'administration	Fr. 130'000'000.00 ^④		
	Fr. 2'280'000'000.00	Fr. 4'490'000'000.00	
Bénéfice net	Fr. 2'210'000'000.00 ^⑤		
	Fr. 4'490'000'000.00	Fr. 4'490'000'000.00	
Calcul de la réduction pour participation			
Total des frais de financement	Fr. 2'150'000'000.00 ^⑥	Fr. 150'000'000.00 ^⑦	
Part des participations en %	47.06% ^⑧	88.89% ^⑨	
<u>Rendement net participations</u>			
Rendement des participations	Fr. 2'400'000'000.00	Fr. 2'400'000'000.00	
Frais d'administration	Fr. -120'000'000.00 ^⑩	Fr. -120'000'000.00	
Frais de financement	Fr. -1'011'764'705.88 ^⑪	Fr. -133'333'333.33 ^⑫	
Total	Fr. 1'268'235'294.12 ^⑬	Fr. 2'146'666'666.67 ^⑭	
Réd. pour participation en %	57.39% ^⑮	97.13% ^⑯	
Calcul de la dette fiscale			
Impôt bénéfice Confédération	Fr. 187'850'000.00	Fr. 187'850'000.00	
Réduction pour participation	Fr. -107'800'000.00	Fr. -182'466'666.67	
Montant d'impôt	Fr. 80'050'000.00	Fr. 5'383'333.33	
Mode de calcul:	(en 1'000'000)	(en 1'000'000)	
^① rendement brut participations	2'400	2'400	
^② ./ frais d'administration	effectifs: 130; forfait: 5 % de 2'400 = 120	effectifs: 130; forfait: 5 % de 2'400 = 120	
^③ ./ frais de financement	total: 3 % de 5'000 + 5 % de 40'000 = 2'150	total: 3 % de 5'000 + 5 % de 40'000 = 150	
	40'000 par rapport à 85'000 = 47,06 %	40'000 par rapport à 45'000 = 88,89 %	
	47,06 % de 2'150 = 1'011.76	88,89 % de 150 = 133.33	
^④ = rendement net participations	1'268.23	2'146.66	
^⑤ par rapport au bénéfice net total	1'268.23 par rapport à 2'210 = 57,39 %	2'146.66 par rapport à 2'210 = 97,13 %	
^⑥ = réd. pour participation [%]	57,39%	97,13 %	

Glossaire complémentaire relatif au droit de la surveillance

- Bail-in bonds
Les bail-in bonds sont des instruments de dette qui sont destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité et qui servent de volant de capital supplémentaire aux banques. Il s'agit d'obligations d'emprunt qui, en cas (de risque) d'insolvabilité, peuvent être réduites ou converties en capital propre dans le cadre d'une procédure d'assainissement ordonnée par la FINMA en application des art. 28 à 32 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)²⁰ et en particulier de l'art. 31, al. 3, LB (cf. en outre les art. 126a, 132 et 133 de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres [OFR]²¹). Tandis que dans le cas des CoCo les organes de la société doivent veiller à ce que les actions soient disponibles en cas de conversion, dans le cas des bail-in bonds les actions sont créées par décision de la FINMA, qui agit en sa qualité d'autorité chargée de l'assainissement, et attribuées aux créanciers en compensation de la réduction de la créance, l'ancien capital social ayant préalablement été amorti.

Les bail-in bonds ont été inscrits dans la LB au 1^{er} juillet 2016. Contrairement au capital social et aux CoCo, les bail-in bonds ne sont pas considérés comme des fonds propres réglementaires; en Suisse, ils servent uniquement à remplir les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, qui ne concernent actuellement que les banques d'importance systémique actives au niveau international (cf. «Respect des exigences réglementaires»).

D'après les dispositions de l'ordonnance sur les fonds propres, la FINMA peut homologuer en tant qu'obligations d'emprunt non seulement les bail-in bonds, mais aussi les prêts qui sont consentis aux mêmes conditions.

²⁰ RS 952.0

²¹ RS 952.03

- Banque Au sens de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques²² (art. 2, al. 1, let. a), on entend par banques les entreprises actives principalement dans le secteur financier et qui en particulier acceptent des dépôts du public à titre professionnel ou font appel au public pour les obtenir. Les banques doivent avoir obtenu une autorisation de la FINMA pour commencer leur activité commerciale et sont soumises à la surveillance prudentielle de cette dernière. En règle générale, les banques disposent également d'une autorisation de négociant en valeurs mobilières.

Dans le présent contexte, le terme de banque comprend également les groupes financiers et les conglomérats financiers à dominante bancaire.

- Banque opérationnelle Le terme de banque opérationnelle désigne une banque exerçant directement l'activité bancaire au sein d'un groupe financier. La banque opérationnelle peut elle aussi détenir des participations dans des filiales. Cependant, contrairement à une société holding, elle pratique elle-même l'activité bancaire et possède l'autorisation de la FINMA ou d'une autorité étrangère correspondante nécessaire à cet effet.

Dans le rapport explicatif, le terme de banque opérationnelle comprend également des sociétés de services ou d'autres sociétés appartenant au groupe d'une banque.

- Banques d'importance systémique En Suisse, cinq banques d'importance systémique sont actuellement soumises à des dispositions prudentielles. Ces dispositions visent à éviter à long terme que des banques d'importance systémique n'aient besoin de mesures étatiques de sauvetage.

À l'heure actuelle, l'UBS et le CS sont considérés comme des banques d'importance systémique mondiale²³ du point de vue prudentiel et comme des banques d'importance systémique actives au niveau international au sens de l'art. 124a de l'ordonnance sur les fonds propres. Les autres banques d'importance systémique sont la Banque cantonale de Zurich, le Groupe Raiffeisen et Post-

²² RS 952.02

²³ Conformément à la systématique du Conseil de stabilité financière et à la liste dont la publication la plus récente remonte au 21 novembre 2016 (*2016 list of global systemically important banks* [G-SIBs]).

Finance.

Les banques d'importance systémique sont toutes soumises à des exigences particulières en matière de fonds propres (pouvant par ex. être remplies au moyen de Coco ou de write-off bonds). Le CS et l'UBS doivent disposer de moyens supplémentaires destinés à absorber les pertes en présence de mesures en cas d'insolvabilité (en général, l'émission de bail-in bonds constitue la manière la plus judicieuse de remplir cette exigence).

Toutes les autres banques sont soumises aux exigences prudentielles valables de façon générale. Le terme de banque d'importance non systémique n'apparaît pas dans le droit de la surveillance et n'est donc pas non plus utilisé par la Banque nationale suisse. Dans le présent contexte, on y a recours afin de simplifier la délimitation.

- Banques d'importance systémique mondiale Cf. «Banques d'importance systémique».
- CoCo Les CoCo (*contingent convertibles*) sont des emprunts à conversion obligatoire; ils sont convertis en capital propre (le plus souvent des actions) de la banque concernée lorsque se produit un événement déterminé appelé trigger. Avant leur conversion, les CoCo sont des capitaux de tiers pouvant être pris en compte en tant que capital propre sous l'angle du droit de la surveillance.

Ils ont été inscrits dans la loi sur les banques (cf. art. 11, al. 2, LB) au 1^{er} mars 2012, à l'occasion de l'introduction du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite.
- Émission d'instruments TBTF L'émission d'instruments TBTF est effectuée conformément aux dispositions de la loi sur les banques (art. 11 à 13 et 28 à 32 LB) et doit être approuvée par la FINMA si elle vise au respect des exigences réglementaires (voir sous ce terme).

Quant à savoir quelle société appartenant au groupe d'une banque émet les instruments TBTF, cf. «Réglementation transitoire».
- Entité à vocation spéciale, Société à but unique. Les sociétés de ce genre sont fondées au sein de la structure du groupe en vue d'un but unique. Dans le cas présent, cette formule entre en ligne de compte pour l'émission de

- EVS CoCo, de write-off bonds ou de bail-in bonds.
- Groupes financiers, conglomérats financiers à dominante bancaire
- Un groupe financier est un groupe d'entreprises liées par une unité économique ou un devoir de prêter assistance qui est essentiellement actif dans le domaine financier et qui comporte au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières (art. 3c, al. 1, LB). Si l'une des entreprises participantes est une assurance, on parle alors de conglomérat financier (art. 3c, al. 2, LB).
- La FINMA peut assujettir des groupes financiers et des conglomérats financiers à la surveillance des groupes. Cette surveillance des groupes complète la surveillance des entreprises individuelles.
- Les groupes ou conglomérats financiers ne sont soumis à la compétence de la FINMA en matière d'assainissement que s'ils sont dominés par le secteur bancaire. Pour les groupes financiers, c'est toujours le cas. Pour les conglomérats financiers, cela n'est le cas que lorsque la société mère est soumise à la surveillance de la FINMA et à sa compétence en matière de faillite (art. 2^{bis}, al. 1, let. a, LB).
- Instruments TBTF
- CoCo, write-off bonds, bail-in bonds; voir également sous ces termes.
- Les dispositions TBTF de la loi sur les banques visent à empêcher que, en cas de crise, des banques soumises à la surveillance de la FINMA ne doivent être sauvées par l'argent du contribuable. À cet effet, ces établissements doivent remplir certaines exigences en matière de fonds propres et de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2012. Depuis cette date, les banques peuvent émettre des emprunts à conversion obligatoire (CoCo) et des emprunts assortis d'un abandon de créances (write-off bonds) qui sont pris en compte en tant que capital propre réglementaire.
- Conformément au mandat d'examen que la loi sur les banques confère au Conseil fédéral, les dispositions TBTF ont été contrôlées en 2015²⁴, et diverses modifications légales ont été effectuées au 1^{er} juillet 2016. C'est ainsi que, depuis le 1^{er} juillet 2016, il est en

²⁴ Rapport «Too big to fail» (TBTF), examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques et en réponse aux postulats 11.4185 et 14.3002, FF **2015** 1793.

plus possible d'émettre des instruments appelés bail-in bonds.

- Réglementation transitoire
Jusqu'au 31 décembre 2016 (c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision de l'impôt anticipé et des droits de timbre), les banques d'importance systémique mondiale émettaient des bail-in bonds par l'entremise d'entités à vocation spéciale (EVS) situées à l'étranger. Depuis le 1^{er} janvier 2017, l'émission doit en principe avoir lieu à partir de la Suisse. À titre de réglementation transitoire dans l'optique de la nouvelle réglementation de la réduction pour participation visée par le présent projet, la FINMA autorise ces banques à émettre des instruments TBTF par l'entremise d'une EVS suisse en lieu et place de la société mère. À cet effet, une banque devait transférer pour le 31 mars 2017 tous les bail-in bonds émis jusqu'alors par l'entremise d'une EVS étrangère dans une EVS suisse. Une EVS – pour autant que ces entités soient acceptées à long terme – résoudrait le problème de droit fiscal relatif au calcul de la réduction pour participation, mais elle n'est pas souhaitable sous l'angle prudentiel; de surcroît, conformément aux normes du Conseil de stabilité financière, elle ne sera plus admise sur le plan international pour les banques d'importance systémique mondiale à compter du 1^{er} janvier 2022. La FINMA ne va par conséquent autoriser cette réglementation transitoire que jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente innovation, mais jusqu'au 31 décembre 2019 au plus tard. Les instruments TBTF qui auront été émis dans l'intervalle par l'EVS suisse ainsi que ceux qui auront été transférés de l'EVS étrangère à l'EVS suisse devront ensuite être transférés dans la société mère. Du point de vue prudentiel, les instruments TBTF devront désormais être exclusivement émis par l'entremise de la société mère. Depuis 2017, les banques qui ne remplissent pas les conditions dont la FINMA a assorti cette réglementation transitoire ne peuvent déjà plus émettre des instruments TBTF par l'entremise d'une EVS; du point de vue prudentiel, elles doivent les émettre exclusivement par l'entremise de la société mère. Leurs bails-in bonds émis avant 2017 à partir d'une EVS étrangère sont conservés. Cependant, dans le contexte international (Conseil de stabilité financière), leur prise en compte au-delà du 31 décembre 2021 n'est pas encore assurée.

Selon la pratique actuelle de la FINMA, les autres banques d'importance systémique émettent déjà leurs instruments TBTF exclu-

sivement par l'entremise de la société mère. Aucune réglementation transitoire du type de celle qui s'applique aux banques d'importance systémique mondiale n'est prévue à leur intention. Contrairement aux banques d'importance systémique mondiale, elles ne disposent pas d'une structure classique de holding. Du point de vue prudentiel, il y a dans chaque groupe une banque clairement identifiable servant de société mère et émettant les instruments TBTF. Dans ces banques d'importance systémique, le problème de droit fiscal relatif au calcul de la réduction pour participation a des répercussions moins fortes que dans les banques d'importance systémique mondiale. En sa qualité de banque opérationnelle, la société mère ne dispose pas en majeure partie de rendements de participations, mais réalise des bénéfices opérationnels qui proviennent d'autres activités et ne sont pas soumis à la réduction pour participation.

En matière de droit de la surveillance, les banques d'importance non systémique n'ont aucune obligation d'émettre les instruments TBTF par l'entremise de la société mère. Du point de vue prudentiel, ces établissements financiers ne sont pas tenus de mettre en place une société mère aux fins de l'émission. Par conséquent, la banque opérationnelle, mais aussi la société mère exerçant une activité opérationnelle, peuvent si nécessaire émettre directement des instruments TBTF.

- Respect des exigences réglementaires

Dans toutes les banques, les CoCo et les write-off bonds constituent des fonds propres du point de vue prudentiel et servent par conséquent à répondre à une exigence réglementaire. À l'heure actuelle, l'exigence relative aux fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes fondée sur les art. 28 à 32 de la loi sur les banques en relation avec les art. 132 et 133 de l'ordonnance sur les fonds propres concerne uniquement les deux banques d'importance systémique mondiale et peut être remplie par des bail-in bonds.

Du point de vue du droit fiscal, il s'agit dans les deux cas de capitaux de tiers.

Selon les estimations, plus de 90 % de tous les instruments TBTF ont été jusqu'à présent émis par des banques d'importance systémique. Étant donné que les banques d'importance non systémique n'ont aucune exigence à remplir en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, ces banques ne sont en aucune

manière incitées à émettre des bail-in bonds. De ce fait, la part des banques d'importance systémique dans le volume total d'instruments TBTF aura encore tendance à augmenter.

Le transfert des fonds au sein du groupe vise à répondre aux exigences réglementaires à un échelon inférieur du groupe financier. En Suisse, dans les deux groupes financiers d'importance systémique actifs au niveau international, des exigences de ce genre existent à l'échelon du siège ainsi qu'à l'échelon des banques qui sont devenues autonomes ces deux dernières années et se focalisent sur l'activité bancaire sur le marché indigène.

- TBTF Abréviations de *too big to fail* (trop grand pour être mis en faillite). Afin de minimiser à l'avenir les mesures étatiques de sauvetage pour les banques d'importance systémique et les conséquences financières pouvant en résulter pour le contribuable, la Suisse a édicté une réglementation TBTF ciblée.

Quatre mesures sont prévues pour réduire la probabilité de défaillance et améliorer la capacité d'assainissement et de liquidation:

- Augmentation du capital propre
- Amélioration des liquidités
- Planification de la stabilisation et de l'assainissement ou de la liquidation
- Amélioration des dispositions relatives à l'insolvabilité des banques

Sur la base de la législation TBTF (ou législation relative aux établissements financiers trop grands pour être mis en faillite), les banques soumises à la surveillance de la FINMA peuvent notamment être obligées à émettre des CoCo, des write-off bonds et des bail-in bonds afin de renforcer leur base de capital propre ou de remplir les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes.

- TLAC *Total loss absorbing capacity*. En 2016, le régime TBTF (ou régime des établissements financiers trop grands pour être mis en

faillite) a été complété par la norme en matière de TLAC²⁵. Désormais, en plus des fonds propres, les établissements doivent disposer de créances requalifiables suffisantes pour assurer l'assainissement ou la liquidation ordonnée de la banque en cas de crise (exigence pouvant par ex. être remplie au moyen de bail-in bonds).

Le concept de TLAC vise à permettre la liquidation de banques actives au niveau mondial de telle façon que la stabilité financière ne s'en trouve pas compromise et qu'il soit possible de renoncer à utiliser des fonds publics, autrement dit l'argent du contribuable. La norme en matière de TLAC exige que, à l'issue d'un délai transitoire se terminant le 31 décembre 2021, une solution uniforme soit appliquée à l'émission d'instruments TBTF. C'est ainsi que les banques d'importance systémique mondiale doivent émettre tous les instruments TBTF par l'entremise de leur société mère. En règle générale, cette dernière transfère les fonds externes provenant des instruments TBTF aux banques opérationnelles qui ont besoin de renforcer leur base de capital propre ou qui font l'objet d'exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes. Ce genre de transfert au sein du groupe en tant que prêt ou similaire devrait constituer la règle générale. Le transfert a lieu, au moins dans un premier temps, vers le siège suisse et de là, en fonction des besoins et dans un deuxième temps, vers une ou plusieurs filiales de ce dernier. La société holding doit impérativement transférer ces fonds. En effet, elle ne dispose pas des capacités d'investissement, car la trésorerie des deux grandes banques est gérée par la banque proprement dite.

- Transfert au sein du groupe Cf. «TLAC» et «Réglementation transitoire».
- Trigger Événement déclencheur. Un trigger déclenche la conversion d'instruments TBTF en capital propre ou l'amortissement de ces instruments. En pratique, c'est principalement le cas lorsque le ratio de

²⁵ Document «Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution. Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet» publié le 9 novembre 2015 par le Conseil de stabilité financière. La Suisse transpose cette norme internationale dans le droit national; voir à ce sujet le rapport explicatif du DFF concernant les modifications de l'ordonnance sur les fonds propres et de l'ordonnance sur les banques, version remaniée du 13 mai 2016, ch. 1.4.1.

capital propre passe en dessous d'un seuil prédéfini (seuil de déclenchement) et lorsqu'il existe un risque d'insolvabilité. Dans le cas des bail-in bonds, le trigger est nécessairement une décision formelle d'assainissement de la FINMA.

- Write-off
bonds

Les write-off bonds sont des emprunts assortis d'un abandon de créances. Lorsqu'un événement particulier se produit (un trigger, comme dans le cas des CoCo; voir sous ce terme), ils ne sont pas convertis en capital propre, mais amortis. L'abandon de créances n'est pas une option en cas de crise, mais une variante choisie d'emblée par l'établissement émetteur. Selon la forme juridique de ce dernier (en particulier s'il s'agit d'une collectivité publique ou d'une coopérative), cette variante doit être choisie pour la simple et bonne raison qu'une conversion en capital propre ne serait pas du tout réalisable.

Avant amortissement, ces fonds constituent du point de vue du droit fiscal des capitaux de tiers. Du point de vue prudentiel, ils peuvent être pris en compte à titre de fonds propres.

Les write-off bonds ont été inscrits dans la loi sur les banques (cf. art. 11, al. 2, LB) au 1^{er} mars 2012, à l'occasion de l'introduction du régime des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite.