



**Rapport explicatif
relatif à la modification de la loi fédérale sur l'impôt
anticipé
(Instruments *too big to fail*)**

du 21 août 2024

Condensé

Depuis le 1^{er} janvier 2013, la loi fédérale sur l'impôt anticipé contient des dispositions d'exonération temporaires pour les intérêts d'instruments émis par des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite. Ces dispositions ont déjà été prorogées deux fois, la dernière fois jusqu'au 31 décembre 2026.

Contexte

Les dispositions actuelles d'exonération de l'impôt anticipé sur les intérêts d'instruments émis par des établissements financiers trop grands pour être mis en faillite (instruments too big to fail, ci-après « instruments TBTF ») arriveront à échéance à la fin de l'année 2026. Les intérêts issus d'instruments TBTF émis après cette date seront donc soumis à l'impôt anticipé.

Dans son rapport du 10 avril 2024 sur la stabilité des banques, le Conseil fédéral préconise de proroger les dispositions d'exonération de la loi fédérale sur l'impôt anticipé pour une durée indéterminée (mesure 21). Cependant, comme le train de mesures légales prévu dans son rapport ne pourra pas entrer en vigueur d'ici au 1^{er} janvier 2027, il entend, dans le cadre du présent projet de loi, proroger temporairement les dispositions d'exonération de l'impôt anticipé jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions légales relatives à la mise en œuvre de ces mesures, mais tout au plus jusqu'au 31 décembre 2031. Cela permettrait d'éviter des lacunes entre le 1^{er} janvier 2027 et l'entrée en vigueur du train de mesures légales visant à assurer la stabilité des banques. De plus, la prorogation temporaire proposée permettrait au législateur d'évaluer de manière exhaustive cette mesure dans le contexte du train de mesures relatif au dispositif TBTF.

Contenu du projet

Dans le cadre du présent projet, le Conseil fédéral propose de proroger les dispositions d'exonération jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions légales relatives à la mise en œuvre des mesures prévues dans son rapport sur la stabilité des banques, mais tout au plus jusqu'au 31 décembre 2031. Les dispositions d'exonération restent inchangées sur le fond.

Conséquences

Le présent projet garantit que les banques peuvent émettre des instruments TBTF en Suisse à des conditions compétitives. Ce point est essentiel, parce que les effets sur la stabilité financière pourraient être négatifs si les possibilités de se procurer des fonds sont insuffisantes.

L'émission d'instruments TBTF conformément au droit suisse renforce la sécurité juridique. De cette manière, les éventuels conflits juridiques se déroulent en Suisse et le droit applicable est familier aux autorités et aux parties.

Commentaire

1 Contexte

1.1 Contexte prudentiel

Les dispositions applicables aux banques trop grandes pour être mises en faillite (*too big to fail*, TBTF¹) inscrites en 2012 dans la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)² visent à empêcher qu'en cas de crise, les banques d'importance systémique soumises à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) ne doivent être sauvées par l'argent du contribuable. On entend par banques d'importance systémique les banques, groupes financiers et conglomérats financiers à dominante bancaire dont la défaillance porterait gravement atteinte à l'économie et au système financier suisses (art. 7, al. 1, LB). À l'heure actuelle, UBS Group SA, la Banque cantonale de Zurich, le groupe Raiffeisen et PostFinance sont considérés comme des banques d'importance systémique. Quatre mesures sont prévues pour réduire la probabilité de défaillance et améliorer la capacité d'assainissement et de liquidation (exigences prudentielles) : augmentation du capital propre, amélioration des liquidités, planification de la stabilisation et de l'assainissement et réglementation particulière concernant la liquidation des banques. Les prescriptions relatives aux deux premières exigences prudentielles concernent, dans une moindre mesure, aussi les banques dont l'importance n'est pas systémique.

Se fondant sur un grand nombre d'analyses internes et externes approfondies, le Conseil fédéral arrive à la conclusion, dans son rapport du 10 avril 2024 sur la stabilité des banques³, que bon nombre des mesures instaurées aux niveaux national et international pour renforcer la stabilité financière ont porté leurs fruits. Il estime par ailleurs que les objectifs actuels du dispositif TBTF – réduire les risques pour le système financier suisse, assurer le maintien des fonctions économiques importantes des banques d'importance systémique et éviter le recours à une aide de l'État – demeurent pertinents. Les analyses montrent cependant aussi qu'il y a clairement besoin d'agir pour développer et renforcer la réglementation en vigueur. Il n'est donc pas indiqué de s'écarter radicalement du dispositif TBTF existant.

Les banques peuvent répondre aux exigences prudentielles en matière de fonds propres en augmentant leur capital propre, par exemple en émettant des actions. Les banques d'importance systémique doivent satisfaire à environ 70 % des exigences en matière de fonds propres pour la poursuite ordinaire de la banque avec de tels capitaux. Pour les 30 % restants et pour les exigences en matière de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, le régime TBTF prévoit quatre instruments :

- Les *contingent convertibles* (CoCo) sont des emprunts qui sont convertis en capitaux propres (le plus souvent des actions) de la banque concernée lors-

1 Voir le glossaire dans le message du 28 octobre 2020 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (instruments TBTF).

2 RS 952.0

3 FF 2024 1023

que se produit un événement déclencheur déterminé appelé *trigger* (emprunts à conversion obligatoire). Ces capitaux peuvent, dans une certaine mesure, être pris en compte en tant que fonds propres conformément aux exigences réglementaires. Toutes les banques peuvent utiliser ces instruments. Lors de la première phase du régime TBTF, les instruments financiers émis étaient exclusivement des CoCo ; à l'heure actuelle, ils constituent une exception sur le marché suisse, bien que, depuis l'amortissement des emprunts AT1 de Credit Suisse, des CoCo aient de nouveau été émis à la place de *write-off bonds*.

- Les *write-off bonds* sont amortis également en cas de survenance d'un événement déterminé (emprunts assortis d'un abandon de créances). Ils permettent aussi de remplir, dans une certaine mesure, les exigences réglementaires en matière de fonds propres. Ces instruments peuvent également être utilisés par toutes les banques. En décembre 2023, UBS avait un encours de *write-off bonds* et de CoCo avec prise en compte réglementaire de quelque 14 milliards de francs. Les trois autres banques d'importance systémique ont un encours de *write-off bonds* avec prise en compte réglementaire correspondant à environ 2 milliards de francs au total, et l'ensemble des autres institutions financières, un montant de l'ordre de 5 milliards de francs.
- Les *bail-in bonds* sont des obligations d'emprunt qui, en cas (de risque) d'insolvabilité, peuvent être réduites ou converties en fonds propres dans le cadre d'une procédure d'assainissement ordonnée par la FINMA. Il n'existe pas de *trigger* préalablement défini puisque c'est ici à la FINMA qu'il revient de décider si les emprunts sont convertis ou amortis. Les *bail-in bonds* permettent de remplir les exigences de fonds supplémentaires destinés à absorber les pertes, ces exigences ne concernant actuellement que les banques d'importance systémique. En décembre 2023, UBS avait un encours de *bail-in bonds* correspondant à quelque 100 milliards de francs. Les autres banques d'importance systémique ont un encours d'environ 3,5 milliards de francs.
- Les instruments d'emprunt visés à l'art. 30b, al. 6, LB comprennent les instruments de dette émis par les banques cantonales. La loi interdit à ces dernières d'émettre des *bail-in bonds* classiques étant donné que le droit cantonal ne prévoit pas de participation de tiers dans une banque cantonale. De plus, elles ne peuvent pas non plus émettre d'instruments *write-off* pour la phase *bail-in*, car leur amortissement à zéro entraînerait un échec du test appelé *no creditor worse off-test* (NCWOT). Ce test permet de garantir que le plan d'assainissement n'est pas moins favorable aux créanciers que l'ouverture de la faillite bancaire (art. 30c, al. 1, let. b, LB).

Selon les directives prudentielles (art. 126a, al. 1, let. b, de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres [OFR] en relation avec l'art. 126a, al. 1, let. d, OFR), les banques d'importance systémique doivent émettre les instruments TBTF par l'entremise de la société mère du groupe ou d'une société du groupe créée exclusivement à cet effet. Vu le besoin de fonds par rapport à la taille de la place financière suisse, tous les fonds ne pourront être placés auprès d'investisseurs suisses, tant s'en faut.

1.2

Contexte fiscal

Le droit fiscal contient une série de dispositions relatives aux instruments TBTF :

- L'exonération, pour une durée de quatre ans, de l'impôt anticipé grevant les intérêts de CoCo et de *write-off bonds* a été inscrite dans la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA)⁴ (art. 5, al. 1, let. g, LIA) dans le cadre d'une révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013⁵. Le 1^{er} janvier 2017, cette exonération a été prorogée jusqu'à la fin de 2021 et une exonération similaire a été créée pour les *bail-in bonds* (art. 5, al. 1, let. i, LIA)⁶. Une nouvelle prorogation jusqu'au 31 décembre 2026 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022⁷. De plus, l'exonération de durée déterminée a été étendue aux instruments financiers visés à l'art. 30b, al. 6, LB au 1^{er} janvier 2023⁸. L'exonération est valable pour les instruments émis jusqu'à fin 2026. Jusqu'au moment d'une éventuelle conversion, ces instruments TBTF constituent la plupart du temps des obligations dont les paiements d'intérêts devraient normalement être soumis à l'impôt anticipé. Dans l'intérêt de la stabilité financière, le besoin se faisait cependant davantage sentir que ces instruments soient émis en Suisse et soumis au droit suisse, pour que les banques puissent émettre des instruments TBTF à des conditions concurrentielles en Suisse. Si les instruments TBTF étaient soumis à l'impôt anticipé, il serait beaucoup plus difficile et plus onéreux pour les banques de se procurer des fonds, car de nombreux investisseurs internationaux n'acceptent pas la retenue de l'impôt anticipé et auraient tendance – dans la mesure où le montant de l'impôt anticipé n'est pas compensé par des taux d'intérêt plus élevés – à acquérir d'autres produits, quand bien même ils auraient droit au remboursement de l'impôt anticipé en vertu d'une convention contre les doubles impositions.
- En même temps que les exonérations inscrites dans la LIA, l'exonération du droit de timbre d'émission dont bénéficient les CoCo convertis en capitaux propres en cas de crise a été complétée par une exonération similaire des *bail-in bonds* dans la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT)⁹, également à partir du 1^{er} janvier 2017 (art. 6, al. 1, let. l et m, LT). Ces dispositions d'exonération sont nécessaires pour que les banques suisses puissent émettre des instruments TBTF en Suisse sans être désavantagées sur le plan de la concurrence. Dans le cadre de la révision de la LB du 1^{er} janvier 2023, les renvois à cette loi ont été mis à jour et une formulation aussi uniforme que possible a été choisie dans la LT. L'art. 6, al. 1, let. m, LT a ainsi pu être abrogé¹⁰.
- Enfin, au 1^{er} janvier 2019, une réglementation concernant l'impôt sur le bénéfice a été inscrite dans la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt

4 RS **642.21**

5 RO **2012** 5981

6 RO **2016** 3451

7 RO **2021** 719

8 RO **2022** 732

9 RS **641.10**

10 RO **2022** 732

fédéral direct (LIFD)¹¹ (art. 70, al. 6, LIFD) et dans la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)¹² (art. 28, al. 1^{quater}, LHID)¹³. Pour éviter que l'émission d'instruments TBTF ait une incidence sur l'imposition du rendement des participations, le calcul de la réduction pour participation dont bénéficient les sociétés mères des banques d'importance systémique a été modifié sur certains points. Même en cas d'émission d'instruments TBTF et de transfert des fonds, leur charge d'impôt sur le bénéfice grevant les rendements de participation reste la même qu'avant l'émission des instruments. Le catalogue d'exonérations de l'art. 70, al. 6, LIFD et de l'art. 28, al. 1^{quater}, LHID a été étendu aux instruments d'emprunt visés à l'art. 30b, al. 6, LB au 1^{er} janvier 2023¹⁴.

Les révisions de l'impôt anticipé, des droits de timbre et de l'impôt sur le bénéfice garantissent que les banques peuvent émettre des instruments TBTF en Suisse à des conditions compétitives. Pour ces instruments, qui constituent généralement des obligations et, donc, des fonds de tiers jusqu'à leur éventuelle conversion, il est dans l'intérêt supérieur de l'économie et de la réglementation qu'ils soient émis à partir de la Suisse et conformément au droit suisse, car cet aspect est essentiel pour la sécurité juridique d'un *bail-in* et donc pour la probabilité que l'assainissement d'une banque d'importance systémique aboutisse.

1.3 Nécessité d'agir et objectifs visés

Les exonérations actuelles de l'impôt anticipé pour les intérêts issus d'instruments TBTF ne s'appliquent pas aux instruments qui seront émis à partir du 1^{er} janvier 2027. Les intérêts provenant d'instruments TBTF émis après cette date seront donc soumis à l'impôt anticipé, ce qui rendra plus difficile le placement d'instruments TBTF (ch. 1.2). C'est pourquoi il est opportun de prolonger la validité des exonérations de l'impôt anticipé afin de maintenir la sécurité juridique et la stabilité financière. Les banques peuvent ainsi continuer de répondre aux exigences du régime TBTF, sans pour autant que les coûts de capitalisation ne soient élevés à cause de l'impôt anticipé.

Jusqu'ici, le Parlement renouvelait ces dispositions d'exonération à chaque fois pour une durée déterminée, étant donné qu'une réforme complète de l'impôt anticipé était envisagée dans le but de renforcer, sur le plan économique, le marché des capitaux de tiers. Tous les intérêts d'obligations devaient être exonérés de l'impôt anticipé. Une nouvelle prolongation de la validité des exonérations existantes dans le cadre de l'impôt anticipé pour les intérêts issus des instruments TBTF se serait révélée sans objet avec l'entrée en vigueur de cette réforme, dans la mesure où elle aurait permis de mettre en place des conditions concurrentielles pour tous les emprunts, y compris les instruments TBTF. Lors de la votation du 25 septembre 2022, le peuple a cependant rejeté la modification de la LIA.

¹¹ RS 642.11

¹² RS 642.14

¹³ RO 2019 1207

¹⁴ RO 2022 732

Dans son rapport sur la stabilité des banques, le Conseil fédéral préconise de prolonger les dispositions d'exonération de la LIA pour une durée indéterminée (mesure 21) afin de garantir la stabilité financière. Le train de mesures légales prévu dans ce rapport ne pourra toutefois pas être mis en vigueur d'ici au 1^{er} janvier 2027.

Pour éviter des lacunes entre le 1^{er} janvier 2027 et l'entrée en vigueur de son projet de loi sur la stabilité des banques, le Conseil fédéral propose, dans un premier temps, de proroger temporairement les dispositions d'exonération de l'impôt anticipé dans le cadre du présent projet de loi et, dans un deuxième temps, de les intégrer à son projet de loi sur la stabilité des banques. Ainsi, le Parlement connaîtra l'ensemble du paquet de mesures lorsqu'il sera amené à se prononcer sur la reconduction des dispositions d'exonération pour une durée indéterminée.

1.4 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le projet n'est pas annoncé séparément dans le message du 24 janvier 2024 sur le programme de la législature 2023 à 2027¹⁵. Il fait cependant partie de la stratégie « Politique pour une place financière suisse tournée vers l'avenir », qui figure dans ce programme. En outre, le programme de la législature 2023 à 2027 précise que le Conseil fédéral adoptera, au plus tard durant la législature 2027 à 2031, le message relatif à la modification de la loi sur les banques, de la loi sur la surveillance des marchés financiers et, le cas échéant, d'autres actes.

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

Le Conseil fédéral table sur le fait que le projet de loi sur la stabilité des banques entrera en vigueur au cours de la législature 2027 à 2031. Pour éviter des lacunes entre le 1^{er} janvier 2027 et l'entrée en vigueur de ce projet, qui entraîneraient l'imposition des intérêts des instruments TBTF émis durant cette période, la nouvelle réglementation prévoit une prorogation des dispositions d'exonération jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions légales relatives à la mise en œuvre des mesures prévues dans le rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques, mais tout au plus jusqu'au 31 décembre 2031. Les dispositions d'exonération restent inchangées sur le fond.

La nouvelle réglementation renvoie aux mesures du rapport du Conseil fédéral sur la stabilité des banques. Pour le moment, le titre exact du projet de loi qui regroupera les mesures de ce rapport n'est pas encore définitif. La formulation figurant dans le projet de loi portant sur la prorogation des dispositions d'exonération de la LIA est donc provisoire. Elle sera adaptée lors de l'élaboration du message.

¹⁵FF 2024 525

2.2 Mise en œuvre

La prorogation des dispositions d'exonération n'exige pas de plus amples précisions puisqu'il s'agit simplement de maintenir le droit en vigueur.

L'objectif du Conseil fédéral est que la réglementation proposée ici entre en vigueur le 1^{er} janvier 2027. La continuité serait ainsi assurée. Le Conseil fédéral fixera la date de l'entrée en vigueur.

3 Commentaire des dispositions

Art. 5, al. 1, let. g et i, ch. 2

L'art. 5, al. 1, let. g et i, règle les exonérations de l'impôt anticipé pour les intérêts issus d'instruments TBTF. Seuls les délais inscrits aux let. g et i, ch. 2, sont adaptés. Aucune modification n'est apportée sur le plan matériel. En particulier, les instruments TBTF mentionnés resteront soumis à l'approbation de la FINMA.

4 Conséquences

La présente modification ne fait que prolonger la durée d'une exonération existante, elle n'a donc aucune conséquence pour la Confédération, les cantons, les communes, les centres urbains, les agglomérations, les régions de montagne, l'état du personnel ou l'économie.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La compétence de la Confédération de percevoir un impôt anticipé sur le revenu des capitaux mobiliers est réglée à l'art. 132, al. 2, de la Constitution (Cst.)¹⁶. Les principes établis à l'art. 127 Cst. valent aussi pour la perception de l'impôt anticipé. La LIA règle notamment l'objet de l'impôt et le sujet fiscal. Tous ces principes sont respectés. Les exonérations se justifient objectivement du fait que les instruments TBTF contribuent à préserver la stabilité du marché financier suisse (ch. 1.1). La prolongation du privilège accordé à ces instruments par rapport aux autres obligations d'entreprises répond à un intérêt public et est donc conforme à la Constitution.

¹⁶ RS 101

5.2 Frein aux dépenses

Le projet ne crée ni nouvelle disposition relative aux subventions ni nouveau crédit d'engagement (qui entraînerait des dépenses supérieures à l'un des seuils définis par la loi).