

Enjeux fiscaux du financement bancaire

Fabien Liégeois

**Docteur en droit, maître-assistant au
Centre de droit bancaire et financier
Avocat, CMS von Erlach Poncet, Genève**



Room n° 89321

Journée de droit bancaire et financier
15 novembre 2018



Enjeux fiscaux du financement bancaire

Fabien LIÉGEOIS, Avocat, LL.M (Chicago Law School)
Docteur en droit, maître-assistant au Centre de droit bancaire et financier
fabien.liegeois@cms-vep.com

Documentation

1. Présentation	285
2. Communiqué de l'OCDE du 22.12.16 intitulé : « L'OCDE publie des instructions supplémentaires sur l'Action 4 du Plan d'action de BEPS afin de lutter contre l'évasion fiscale internationale », disponible à l'adresse : http://www.oecd.org/fr/ctp/ocde-publie-c...ructions-supplementaires-sur-l-action-4-du-plan-d-action-de-beps-afin-de-lutter-contre-l-evasion-fiscale-internationale.htm [consulté le 27.10.18]	299
3. Le prêt qui devient obligation	
a. AFC, Circulaire du 22 septembre 1986 relative à l'impôt anticipé sur les intérêts des avoirs en banque dont les créanciers sont des banques (avoirs interbancaires)	301
b. AFC, Circulaire d'avril 1999 intitulé « Obligations » ;	303
c. AFC, Circulaire de janvier 2000 intitulée : « Traitement fiscal des prêts consortiaux, reconnaissances de dette, effets de change et sous-participations » ;	307
d. AFC, Circulaire no 34 du 26 juillet 2011 intitulé : « Avoirs de clients »	313
4. RDAF 1993 416 : Leasing de biens à usage privé	315
5. L'acquisition du revenu dans les instruments financiers, pp. 381-398 (extrait de : LIÉGEOIS FABIEN, <i>La disponibilité du revenu : le moment de l'acquisition en droit fiscal suisse</i> , thèse Genève, Zurich 2018)	319



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier 2018

Enjeux fiscaux du financement bancaire

Fabien Liégeois

**Docteur en droit, maître-assistant au Centre de droit bancaire et financier
Avocat, CMS von Erlach Poncet, Genève**



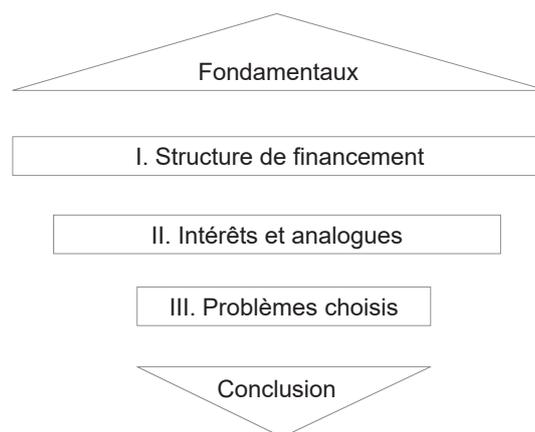
Room n° 89321



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



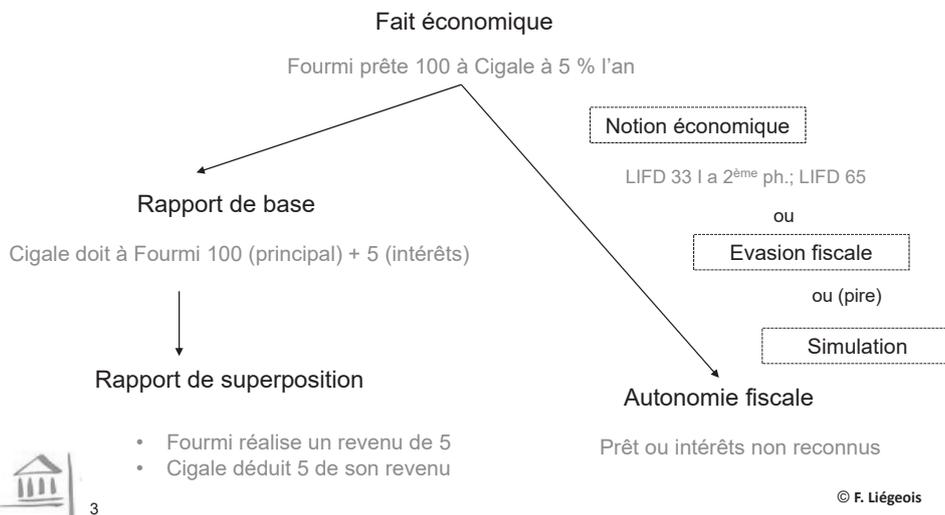
Plan



2

Fondamentaux

A. Superposition ou autonomie ?



Fondamentaux

B. Symétrie

Imposable	Déductible
Intérêts échus (actifs)*	Intérêts échus (passifs)
Versement compensatoire (prêteur)	Versement compensatoire (emprunt.)
Prestations 1 ^{er} et 2 ^{ème} pilier	Cotisations 1er et 2ème pilier
Pension alimentaire (crédirentier)	Pension alimentaire (débirentier)
Gain en capital (fortune commerciale)	Perte en capital (fortune commerciale)



4

© F. Liégeois

Fondamentaux

C. Symétrie (encore)

Ni imposable	Ni déductible
Intérêts courus (vendeur)	Intérêts courus (acheteur)
Contribution entretien enfant majeur (crédirentier)	Contribution entretien enfant majeur (débirentier)
Gain en capital (fortune privée)	Perte en capital (fortune privée)



5

© F. Liégeois

I. Structure de financement

A. Apport 100 %

Bilan au 01.01.N

Trésorerie	1'000'000	Dette	0
		Capital-actions	100'000
		RAC*	900'000
		* Réserve issue d'apport en capital	

Bilan au 01.01.N+1

Donnée : au 31.12.N, Bénéfice de 1'000'000

Trésorerie	2'000'000	Dette	0
		Capital-actions	100'000
		RAC	900'000
		Réserve légale issue du bénéfice	1'000'000



6

$$\text{ROI ? } 100 \% = (2'000'000 - 1'000'000) / 1'000'000$$



I. Structure de financement

B. Apport et dette 50/50

Bilan au 01.01.N

Trésorerie	1'000'000	Prêt bancaire (5%, l'an)	500'000
		Capital-actions	100'000
		RAC	400'000

Compte de résultat au 31.12.N

Charges exploitation	1'000'000	Produits	2'000'000
Charges financières	25'000		
Bénéfice*	975'000		



7

*Laissons les impôts de côté à ce stade.

I. Structure de financement

B. Apport et dette 50/50

Bilan au 01.01.N +1

Trésorerie	1'975'000	Prêt bancaire (5%, l'an)	500'000	
		Capital-actions	100'000	← Zone DT
		RAC	400'000	
		Réserve légale issue du bénéfice	975'000	← Zone IA

ROI? 195 % = $(1'475'000 - 500'000) / 500'000$

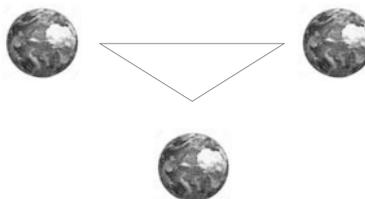


8

I. Structure de financement

C. Synthèse

- i. Malgré Modigliani-Miller, la structure de financement (*capital structure*) affecte le résultat de l'activité entrepreneuriale dans un monde avec impôts.
- ii. → *Dealing at arm's length*



N.B.

- Proposition de limiter les déductions nettes d'une entité au titre d'intérêts (et de paiements économiquement équivalents) à un pourcentage de l'EBITDA compris entre 10 % et 30 %, cf. BEPS, Action 4 – Version actualisée 2016, not. p. 13 et ch. 99 p. 58.
- Règles particulières pour banques et assureurs.



9

II. Intérêts et analogues

A. Intérêts (actifs) vs gains en capital

LIFD 20 I a

Règle : Est imposable le rendement de la fortune mobilière, en particulier [...] les intérêts d'avoirs.

Cas d'application :

- Prêt à taux fixe : privé ou commercial
- Prêt à taux variable : partiaire ou indexé sur un indice éco.
- Prêt en monnaie étrangère (contre-valeur: taux jour échéance)
- Obligations si émetteur CH, alors IA à 35 %
- Avoirs de clients si banque en CH, alors IA à 35 %

LIA 4 I a

LIA 4 I d



10

II. Intérêts et analogues

A. Intérêts (actifs) vs gains en capital

LIFD 16 III

Règle: Les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas imposables.

Exemples : vente d'actions, exercice d'option, opérations à terme, gain de change

1. Achat Action UBS à CHF 14.-	Vente action UBS à CHF 15.-	Gain 1.-
2. Option d'achat d'action UBS Prix exercice: CHF 14.-	Jour de l'exercice Cours de l'action UBS : CHF 15.-	Gain 1.-
3. Achat 50 gr. d'argent, à terme Prix: CHF 19.-	50 gr. d'argent, jour de l'échéance Prix CHF 20.-	Gain 1.-
4. Le 11.05.2018, intérêts échus en EUR:10.- Contrevaleur en CHF 11.50.- (EUR/CHF = 1.15)	31.12.2018, change de EUR 10.- Contrevaleur en CHF 12.50.- (<u>hypothèse</u> : EUR/CHF 1.25)	Gain 1.-



11

II. Intérêts et analogues

B. Intérêts passifs

1. En général

- Notion (économique)
 - Rémunération due lors de l'allocation ou de la non-restitution du capital
 - Dans la mesure où elle est régulièrement calculée en %, au prorata du temps et en quota du capital.
- Contrats ou structures importent peu :
 - Forme (écrit ou oral)
 - Désignation (crédit, prêt, emprunt, etc.)
 - Moment



12

II. Intérêts et analogues

B. Intérêts passifs

2. Commerciaux

LIFD 27 I et 27 II d

Règle:

Les contribuables exerçant une activité lucrative indépendante peuvent déduire les frais qui sont justifiés par l'usage commercial ou professionnel.

Font notamment partie de ces frais: [...] les intérêts des dettes commerciales [...].



13

II. Intérêts et analogues

B. Intérêts passifs

3. Privés

LIFD 33 I a

Règles:

Sont déduits du revenu :

les intérêts passifs **privés** à concurrence du rendement imposable de la fortune [...], augmenté d'un montant de CHF 50 000.

Ne sont pas déductibles :

Les intérêts des prêts qu'une société de capitaux accorde à une personne physique [proche] à des conditions nettement plus avantageuses que celles [...] proposées aux tiers.



14

En cas de LBO/MBO, utilisation d'un véhicule d'acquisition

II. Intérêts et analogues

C. Synthèse

VS

Intérêts

Gain en capital

Indices

■ Certain

■ Régulier

■ Aléatoire

■ Unique

Exemples

IUP (aliénation)

Obligation ordinaire (aliénation)



15

© F. Liégeois

III. Problèmes choisis

A. Pénalité pour remboursement anticipé d'une hypothèque

LIFD 33 I a et LHID 9 II a

Cas pratique

- Les époux Anne et Jean sont domiciliés à Neuchâtel.
- Ils sont propriétaires d'un immeuble dans le canton de Vaud.
- L'immeuble est financé au moyen de deux hypothèques à terme fixe, auprès de la banque « Hypo SA ».
- Le 1^{er} crédit hypothécaire échoit en 2014, le second en 2017.
- En 2012, ils vendent l'immeuble et résilient les contrats de crédit.
- La banque réclame une indemnité de CHF 10'000 et CHF 35'000 pour le remboursement anticipé, soit CHF 45'000 au total.
- Neuchâtel refuse la « déduction des intérêts passifs » que réclament les époux.



16

ATF 143 II 396

III. Problèmes choisis

A. Pénalité pour remboursement anticipé d'une hypothèque

Question : intérêts passifs privés (revenu) **ou** impenses (GI) ?

- Prestation du débiteur au créancier qui n'a pas pour effet de rembourser la dette en capital
- Intérêts passifs supposent l'existence d'une dette pécuniaire [qui perdure avec le créancier]
- Lien à établir entre la dette et l'intérêt
 - Un tel lien fait défaut dans les contrats de leasing (RDAF 1995 416)
 - Crédit de construction : intérêts non déductibles, car il sert à l'acquisition ou à l'amélioration d'un bien



17

III. Problèmes choisis

A. Pénalité pour remboursement anticipé d'une hypothèque

Approche pragmatique

Clause pénale (CO 160-163)

Indemnité est fonction :

- Différentiel des taux hypothécaires
- Manque à gagner du créancier

Vente immeuble grevé de l'hypothèque

Renégociation du contrat avec le même créancier

Impense GI



18

Non déductible



Déductible

© F. Liégeois

III. Problèmes choisis

Digression : intérêt négatif (FP)

- L'investisseur y consent en échange d'un risque plus limité: acceptation d'une rentabilité négative.
- Fiscalement : intérêt négatif est assimilé à une prime (*Prämie*)*
 - Investissement dans une obligation Confédération : non déductible
 - En revanche, le client d'une banque peut le déduire comme frais d'administration [de la fortune] par des tiers (LIFD 32)
 - Compte-dépôt ou épargne
 - Compte-courant ou salaire



19

*Source: AFC, Circulaire n° 15, ch. 3.7 p. 12

III. Problèmes choisis

B. Le prêt qui devient obligation (règles des 10/20/100)

LIA 4 I a + LT 13 II a et LT 16

Exemples de clauses contractuelles

" The total number of creditors and deemed creditors (including creditors of sub-participations in the Facility which are not Qualifying Banks) does not exceed, at any time, the number of 10 (ten), provided intra-group loans shall not be taken into account pursuant to the principles set forth by the Ordinance."

" The Borrower does not have outstanding loan facilities and/or private placements in relation to which the total number of creditors or sub-creditors (including creditors of sub-participations in the Facility which are not Qualifying Banks) exceeds at any time, the number of 20 (twenty) (the "Rule of 20"), provided that intra-group loans shall not be taken into account pursuant to the principles set forth by the Ordinance. "



20

III. Problèmes choisis

B. Le prêt qui devient obligation (règles des 10/20/100)

"The Borrower does not accept funds from third parties on a continuous basis and against interests for an aggregate amount of more than CHF 5'000'000 and with respect to more than 100 (one hundred) creditors ("Rule of 100"), provided that loans from Qualifying Banks shall not be taken into account for this computation pursuant to the principles set forth by the Circular and provided that intra-group loans shall also not be taken into account pursuant to the principles set forth in the Ordinance."

Coupler ces clauses avec interdiction (ou limitation) de céder la créance

"No assignment nor transfer of the Facility or of part of it is allowed if it has as a result that the total number of lenders or of customers which are not Qualifying Banks will exceed the number of 10 (ten), 20 (twenty) or 100 (one hundred) as the case may be".

Gross-up clause :

Prévoir ajustement automatique des intérêts en cas de franchissement de seuils

Utilisation de la formule : intérêts convenus / (1 - 0.35)



21

III. Problèmes choisis

C. Remise de dette (ou abandon de créance)

LIFD 18 ou 16 I

Cas pratique

- Les époux Anne et Bruno acquièrent ensemble un bien immobilier.
- Bruno décède. Anne est incapable d'honorer la dette hypothécaire, seule.
- Elle doit CHF 5'000'000 à la banque. La maison vaut CHF 3'000'000.
- Durant l'année N, Anne s'engage auprès de la banque à vendre la maison et à lui verser le produit de la vente. En échange, la banque abandonne une partie de sa créance, à savoir CHF 1'000'000. Le reste sera réglé ultérieurement.
- Lorsqu'elle reçoit sa décision de taxation de l'année N, Anne constate qu'une partie des intérêts passifs qu'elle a portés en déduction a été refusée. Mécontente, elle dépose réclamation et joint une copie de l'accord passé avec la banque [aïe]. Cela fait, l'Afc-ge indique à Anne qu'elle envisage de revoir la taxation en sa défaveur pour y ajouter un revenu de CHF 1'000'000.



22

III. Problèmes choisis

C. Remise de dette

LIFD 16 I	- L'impôt sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques.
LIFD 17-23	- Listes exemplatives de revenus (ex. salaire, dividende, loyer)
LIFD 24	- Liste exhaustive d'exonérations, dont la donation
LIFD 16 III	- Exonération des gains en capital privés (exception)
système de clause générale	



23

© F. Liégeois

III. Problèmes choisis

C. Remise de dette

Le revenu est:

« L'ensemble des biens [avantages] économiques qui échoient à un individu pendant une certaine période et qu'il peut utiliser pour satisfaire ses besoins personnels sans que sa fortune diminue. »

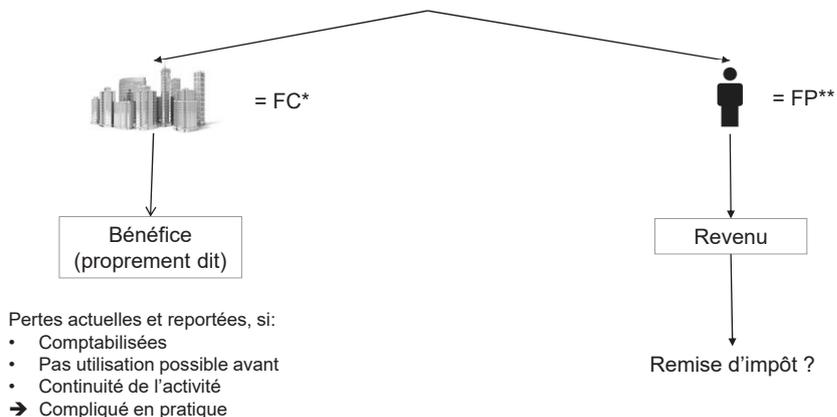
Depuis ATF 52 I 205 c. 3 p. 214



24

III. Problèmes choisis

C. Remise de dette bancaire



*Arrêt du TF 2C_189/2016 et 2C_190/2016 du 13.02.17

**ATF 142 II 194



25

© F. Liégeois: ! schéma très simplifié

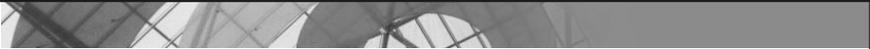
Conclusion

- Le prêt : instrument prodigieux, y compris en droit fiscal
- Mais, « [o]n n'entre jamais deux fois dans le même fleuve » (Héraclite)
 - Principe : « si le droit civil traite ces actes de la même manière, le droit fiscal doit s'y tenir » (TF)
 - Exception : autonomie du droit fiscal, notamment en cas de relation ou d'objet asymétriques
- Attention au prêt qui devient obligation



26

© F. Liégeois



Séance de questions

web.speakup.info 

Room n° 89321



27

L'OCDE publie des instructions supplémentaires sur l'Action 4 du Plan d'action de BEPS afin de lutter contre l'évasion fiscale internationale

22/12/2016 – L'OCDE publie aujourd'hui une version actualisée du Rapport sur l'Action 4 du Projet BEPS (*limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers*), qui contient des instructions supplémentaires sur deux aspects : la conception et le fonctionnement de la règle fondée sur le ratio de groupe, et les approches à suivre pour traiter les risques posés par les secteurs de la banque et de l'assurance.

- **La conception et le fonctionnement de la règle fondée sur un ratio de groupe** - Le rapport de 2015 sur l'Action 4 décrit une méthode commune de lutte contre les pratiques de BEPS faisant intervenir les intérêts et les paiements économiquement équivalents à des intérêts. Cette méthode repose sur une « règle fondée sur un ratio déterminé », qui limite les charges nettes d'intérêts d'une entité à un pourcentage donné de son EBITDA fiscal, et sur une « règle fondée sur un ratio de groupe » autorisant une entité à déduire des charges nettes d'intérêts plus élevées, sur la base d'un ratio financier pertinent déterminé au niveau du groupe international auquel elle appartient. Le rapport contient une description détaillée d'une règle fondée sur le ratio charges nettes d'intérêts envers des tierces parties/EBITDA d'un groupe qui établit des états financiers consolidés, et souligne que d'autres travaux seraient menés à bien en 2016 sur des éléments relatifs à la conception et au fonctionnement de la règle. Le rapport actualisé ne modifie pas les conclusions tirées en 2015, mais contient certaines précisions techniques complémentaires, qui aideront les pays à appliquer la règle fondée sur un ratio de groupe conformément à la méthode commune. Cela souligne l'importance de suivre une approche cohérente protectrice pour les pays et moins coûteuse en termes de conformité pour les groupes, tout en assurant une certaine souplesse afin de permettre aux pays de tenir compte de certaines caractéristiques particulières de sa législation et de sa politique fiscales.
- **Secteurs de la banque et de l'assurance** - Le rapport de 2015 fait également ressortir certains facteurs qui semblent indiquer que l'approche commune pourrait ne pas être adaptée pour contrer les risques afférents aux entités des secteurs de la banque et de l'assurance. Le rapport actualisé examine les contraintes réglementaires et commerciales qui limitent la capacité des groupes bancaires et d'assurance à s'engager dans des pratiques de BEPS via leurs charges d'intérêts, et les limites de ces contraintes. Globalement, d'importants facteurs réduisent les risques de BEPS par le biais des charges d'intérêts qui seraient posés par les groupes bancaires et d'assurance, mais des différences existent entre pays et secteurs, et les risques persistent dans certains pays. Chaque pays doit identifier les risques spécifiques qu'il rencontre, en faisant une distinction entre ceux posés par les groupes bancaires et ceux que représentent les groupes d'assurance. Si aucun risque significatif n'est identifié, un pays peut raisonnablement exonérer les groupes bancaires et/ou d'assurance de la règle fondée sur un ratio déterminé et de celle fondée sur un ratio de groupe, sans qu'il soit nécessaire d'adopter de mesures fiscales supplémentaires. Lorsque des risques de BEPS faisant intervenir des intérêts sont identifiés, un pays doit mettre en place des règles appropriées pour y faire face, en tenant compte de son régime réglementaire et de son système fiscal. Le rapport actualisé étudie comment ces règles peuvent être conçues, et résume celles qui sont actuellement appliquées par les pays. En tout état de cause, chaque pays devrait veiller à ce que les interactions entre les règles fiscales et réglementaires et les répercussions possibles pour les groupes soient correctement appréhendées.

Endiguer l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est une priorité absolue pour les pouvoirs publics des pays du monde entier. En 2013, les pays de l'OCDE et du G20 ont adopté des mesures, à l'élaboration desquelles ils ont œuvré de concert et sur un pied d'égalité, pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. En 2015, l'ensemble des mesures arrêtées au titre du projet BEPS a été entériné par les dirigeants du G20 et l'OCDE. Afin d'assurer une mise en œuvre efficace et cohérente de ces mesures, le cadre inclusif sur le BEPS a été établi en 2016. Il rassemble tous les pays et territoires intéressés sur un pied d'égalité au sein du comité des affaires fiscales de l'OCDE.

Pour en savoir plus sur le Cadre inclusif sur le BEPS : www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/

Les journalistes souhaitant obtenir des informations sont invités à contacter [Pascal Saint-Amé](#) ou [Achim Pross](#), Chef de la Division de la coopération internationale et de l'administration fiscale

ou du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE (+33 6 26 30 49 23), ou 33 27 67).

Egalement disponible(s)

[OECD releases additional guidance on Action 4 of the BEPS Action Plan to curb international tax avoidance](#)

Division principale des droits de timbre
et de l'impôt anticipé

Circulaire relative à l'impôt anticipé sur les intérêts des avoirs en banque dont les créanciers sont des banques (avoirs interbancaires)" du 22 septembre 1986

Selon la pratique en vigueur jusqu'ici, les avoirs de banques suisses et étrangères auprès de banques suisses sont considérés comme des avoirs de clients dont les intérêts sont soumis à l'impôt anticipé lorsque

- un livret d'épargne ou de dépôt est délivré pour ces avoirs;
- une durée ferme supérieure à douze mois est convenue;
- la durée effective de ces avoirs excède bien douze mois et que l'on ne peut prouver qu'ils ont manifestement la nature d'une opération du marché monétaire.

Comme les conditions ont évolué dans le domaine bancaire, notre administration s'est vue obligée de modifier la pratique qu'elle avait définie dans sa notice S-02.106 du 2 mai 1967.

1 Champ d'application

La présente circulaire s'applique à toutes les créances comptables que les banques suisses et étrangères constituent pour leur propre compte auprès des banques suisses.

2 Nouvelle réglementation

Les avoirs interbancaires ne constituent pas des avoirs de clients, quels que soient leur durée, leur monnaie ou leur taux d'intérêt; les intérêts ne sont pas soumis à l'impôt anticipé.

3 Exceptions

Sont soumis comme auparavant à l'impôt anticipé, les intérêts

- d'avoirs qui n'ont pas la nature de créances comptables (obligations d'emprunt et de caisse, livrets d'épargne, de dépôt ou autres livrets);
- d'avoirs constitués par une banque agissant comme fiduciaire d'un client, lorsque la banque créancière intervient bien en son propre nom, mais qu'elle agit pour le compte et aux risques et périls du client.

4 Définition de la banque

Sont des banques suisses

- tous les instituts, raisons individuelles et sociétés énumérées à l'article 1er, 1er et 2e alinéas, lettres a - c, et à l'article 2, 1er alinéa de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne;

- la Banque nationale suisse;
- les centrales de lettres de gage, d'émissions et de placements.

Sont des banques étrangères

- les banques centrales ou d'émission, ainsi que les instituts remplissant la même fonction dans les pays qui n'ont pas de banque centrale ou d'émission;
- la Banque des Règlements Internationaux;
- les fonds monétaires nationaux ou internationaux;
- les banques de développement;
- les instituts qui sont soumis sans restriction à la législation bancaire en vigueur dans leur pays de domicile, pour autant qu'ils exercent dans ce pays une réelle activité bancaire comme but principal (avec leur propre personnel, leurs bureaux, moyens de communication et la compétence de décider);
- les instituts situés dans des pays sans législation bancaire, pour autant qu'ils puissent prouver qu'ils exercent une véritable activité bancaire dans leur pays de domicile et qu'ils remplissent toutes les conditions énumérées dans le dernier alinéa ci-dessus.

Remarque: Ne sont en aucun cas des banques

- les soi-disant sociétés de domicile ("boîtes aux lettres") sans infrastructure propre, même si elles sont en possession d'une licence bancaire;
- les sociétés financières, holdings et de gérance de fortune;
- les personnes privées (à l'exception des banquiers privés reconnus);
- les sociétés holdings bancaires.

5 **Entrée en vigueur**

La nouvelle réglementation entre en vigueur le 1er octobre 1986, et s'applique jusqu'à nouvel avis. L'impôt anticipé n'est plus dû sur les intérêts d'avoirs interbancaires imposables selon la pratique actuelle et échus après le 30 septembre 1986.

6 **Demandes de renseignements**

Téléphone 031 / 322 72 37

Circulaire: Obligations

avril 1999

1. Obligations

La notion d'obligation appliquée dans le cadre de l'impôt anticipé et des droits de timbre est définie légalement à l'art. 4, al. 3 de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (LT) et par l'article 15 de l'ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (OIA) du 19 décembre 1966. Cette définition des obligations est plus étendue que celle prévue par le droit des papiers valeurs et va aussi au-delà de ce qui est considéré comme obligation dans le commerce et dans les affaires bancaires. Selon cette pratique, les obligations sont des reconnaissances de dettes écrites se rapportant à des montants fixes, émises en plusieurs exemplaires et visant à l'obtention collective de capitaux étrangers, à la création d'occasions collectives de placement ou à la consolidation d'engagements.

a) Obligations d'emprunt

Ces titres sont émis en plusieurs exemplaires à des conditions **semblables**. Ces emprunts constituent des opérations de crédit uniformes et fermées.

b) Obligations de caisse

Ces titres sont émis de manière continue en plusieurs exemplaires et à des conditions **variables**.

c) Rapports de dettes individuels

Les rapports de dettes individuels comprennent les prêts individuels conclus et les placements privés émis contre des reconnaissances de dette.

Ces moyens de financement sont caractéristiques du fait que l'emprunteur domicilié en Suisse conclut un contrat de prêt avec un seul prêteur suisse ou étranger, en général une banque ou un investisseur institutionnel (prêt individuel); dans le cadre des placements privés (également appelés Club-Deals), ces prêts sont titrisés à des conditions semblables et sont placés auprès d'un cercle restreint d'investisseurs sous forme de titres, notes, bons de caisse, reconnaissances de dette, certificats, etc. Deux critères permettent de définir si les rapports de dettes individuels sont des prêts individuels, des emprunts ou des obligations de caisse: la teneur du contrat de crédit et l'activité d'émission du débiteur.

2. Définition de la notion "domicilié en Suisse"

L'expression "domicilié en Suisse" s'applique à quiconque possède son domicile en Suisse, y réside de manière durable, y a son siège statutaire ou légal ou y est inscrit comme entreprise au registre du commerce (art. 4, al. 1 LT et art. 9, al. 1 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé, LIA).

3. Début de l'assujettissement

a) Obligations d'emprunt

On est en présence d'un emprunt au sens de la loi sur les droits de timbre et de la loi sur l'impôt anticipé lorsqu'un débiteur domicilié en Suisse accepte des fonds **de plus de 10 créanciers** contre émission de reconnaissances de dette à des conditions semblables. Le montant total du crédit doit être **d'au moins 500 000 francs**.

b) Obligations de caisse

On est en présence d'obligations de caisse au sens de la loi sur les droits de timbre et de la loi sur l'impôt anticipé lorsqu'un débiteur domicilié en Suisse (qui n'est pas une banque) accepte de façon constante des fonds **de plus de 20 créanciers** contre émission de reconnaissances de dette à des conditions variables. Le montant total du crédit doit être **d'au moins 500 000 francs**.

Lorsque les obligations de caisse sont émises par une **banque** au sens de **la loi fédérale sur les banques**, l'obligation fiscale commence dès le début de l'activité commerciale sans que l'on tienne compte du nombre de créanciers.

Lors de la détermination du nombre de créanciers pour les obligations de caisse et d'emprunt, les banques suisses et étrangères, reconnues comme telles par la législation en matière bancaire en vigueur dans le pays où elles ont leur siège, **ne sont pas** prises en considération.

c) Rapports de dettes individuels

Les prêts individuels sans titrisation **ne sont pas** considérés comme des placements privés. Un refinancement de ces prêts par cession des créances partielles ne peut être considéré comme une obtention collective de capitaux que lorsque le chiffre référence cité au chiffre 3 a) de la présente circulaire est dépassé (cf. ch. 4 de la circulaire S-02.128 "Traitement fiscal des prêts consortiaux, reconnaissances de dette, effets de change et sous-participations").

Dans le domaine des placements privés donnant lieu à l'émission de reconnaissances de dette écrites, on applique le principe suivant:

"Nombre de reconnaissances de dette émises par placement privé = nombre de créanciers"

Par conséquent, un placement privé doit être considéré comme un **emprunt** au sens du chiffre 3, a) lorsque **plus de 10 reconnaissances de dette** ont été émises.

On est en présence **d'obligations de caisse** au sens du chiffre 3, b) lorsqu'un débiteur a plus de 20 créanciers pour **l'ensemble** des placements privés et prêts individuels (cf. schéma annexé).

4. Obligation de s'annoncer

Si vous remplissez les conditions d'assujettissement précitées, nous vous prions de vous annoncer par écrit à notre administration.

5. Prélèvement de l'impôt

a) Droit d'émission

Ce droit porte sur l'émission par une personne domiciliée en Suisse d'obligations et de documents relatifs à des sous-participations à des créances provenant de prêts accordés à des débiteurs domiciliés en Suisse (art. 5a, al. 1, let. a LT).

Le droit d'émission dû est calculé sur la valeur nominale et s'élève, selon l'art. 9a, let a et b LT, à:

- **1,2 pour mille** pour chaque année entière ou commencée de la durée maximale **pour les obligations d'emprunt**;
- **0,6 pour mille** pour chaque année entière ou commencée de la durée maximale **pour les obligations de caisse**.

Pour **les placements privés**, le droit d'émission est dû dans tous les cas au taux de 1,2 pour mille applicable pour les obligations d'emprunt.

L'obligation fiscale incombe à l'émetteur du titre domicilié en Suisse (art. 10, al. 3 LT).

b) Impôt anticipé

L'impôt anticipé sur les revenus de ~~rentes~~ **titres mobiliers** a pour objet les intérêts, les rentes, les participations aux bénéfices et ~~les~~ **rendements** provenant d'obligations émises par une personne domiciliée en Suisse (art. 4, al. 1, let. a LIA).

L'obligation fiscale incombe à l'émetteur du titre domicilié en Suisse (art. 10, al. 1 LIA).

6. Procédure de décompte

a) Droit d'émission

Le droit d'émission sur les **obligations d'emprunt** doit être déclaré au moyen d'une formule officielle dans les trente jours suivant la date de la libération du titre et acquitté pour la durée totale de celui-ci (cf. art. 17a, al. 1 et art. 17b, al. 2 OT).

Le droit d'émission sur les **obligations de caisse** doit être déclaré au moyen d'une formule officielle pour la durée totale du titre et acquitté de la manière suivante (cf. art. 17a, al. 1 et art. 17b, al. 3, let. a et b OT):

- par un montant calculé approximativement, dans les trente jours après l'expiration de chaque trimestre de l'exercice, pour les titres émis durant cette période;
- par un montant calculé d'une manière exacte, dans les trente jours après l'expiration du dernier trimestre de l'exercice, pour les titres émis durant l'ensemble de l'exercice, déduction faite des droits acquittés pour les trois premiers trimestres.

b) Impôt anticipé

L'impôt sur le rendement des **obligations d'emprunt** doit être déclaré et acquitté dans les trente jours après l'échéance du rendement (échéance du coupon) sur la base d'un relevé sur formule officielle (art. 18 OIA).

L'impôt sur le rendement des **obligations de caisse** doit être déclaré et acquitté sur la base d'un relevé sur formule officielle de la manière suivante (art. 19, al. 1 et 2 OIA):

- par un montant calculé approximativement, dans les trente jours après l'expiration de chaque trimestre de l'exercice, pour les rendements (intérêts) échus pendant ce trimestre (intérêts);
- par un montant calculé d'une manière exacte, dans les trente jours après l'expiration du dernier trimestre de l'exercice, pour les rendements (intérêts) échus durant l'ensemble de l'exercice, déduction faite des impôts acquittés pour les trois premiers trimestres.

7. Papiers monétaires et créances comptables

En ce qui concerne les papiers monétaires et les créances comptables, nous vous renvoyons à la circulaire "Papiers monétaires et créances comptables de débiteurs suisses" (S-02.130.1).

8. Entrée en vigueur

La présente circulaire S-02.122.1 remplace la circulaire S-02.122 d'avril 1985 et entre en vigueur le 1^{er} mai 1999.

La nouvelle circulaire ne s'applique qu'aux rapports de dettes instaurés après le 1^{er} mai 1999 pour les débiteurs qui, selon l'ancienne circulaire, n'étaient pas tenus d'acquitter le droit d'émission et l'impôt anticipé, et qui sont à présent assujettis à l'impôt.

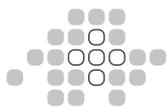
Nous restons à votre disposition pour tous renseignements supplémentaires. Vous pouvez nous contacter au:

Tél. 031 / 323 08 58

Fax 031 / 323 70 80

Annexe:

Schéma "Obtention de capitaux par des débiteurs suisses"



Administration fédérale des contributions

Division principale de l'impôt fédéral direct,
de l'impôt anticipé, des droits de timbre
<http://www.estv.admin.ch>

Circulaire

Traitement fiscal des prêts consortiaux, reconnaissances de dette, effets de change et sous-participations (janvier 2000)

A P E R C U

I Généralités

- 1 Principe
- 2 Obtention collective de capitaux
- 21 Notion
- 22 Obligations d'emprunt
- 23 Obligations de caisse
- 231 Le débiteur est une banque au sens de la loi sur les banques
- 232 Le débiteur n'est pas une banque au sens de la loi sur les banques
- 3 Papiers monétaires
- 4 Sous-participations à des créances

II Droit d'émission

- 5 Base légale
- 6 Débiteur et taux du droit

III Droit de négociation

- 7 Base légale
- 71 Sous-participations
- 72 Taux et base de calcul du droit
- 73 Placements fiduciaires à terme

IV Impôt anticipé

- 8 Base légale
- 81 Prêts consortiaux, reconnaissances de dette, effets de change et sous-participations en tant qu'obligations
- 82 Sous-participations en tant qu'avoirs de clients
- 83 Absence d'avoirs de clients

V Dégrèvement des impôts à la source; retenue d'impôt

VI Application de la présente circulaire

I Généralités

1 *Principe*

Si des prêts consortiaux, reconnaissances de dette (Schuldscheindarlehen), effets de change, créances comptables et sous-participations visent **l'obtention collective de capitaux** ou la consolidation d'engagements, ils doivent être considérés, en matière de droits de timbre et d'impôt anticipé, comme des obligations d'emprunt ou de caisse, ou comme des papiers monétaires.

2 *Obtention collective de capitaux*

21 *Notion*

Il y a obtention collective de capitaux lorsqu'un débiteur émet en plusieurs exemplaires des reconnaissances de dette écrites se rapportant à des montants fixes, destinées à être placées dans le public et qui servent au créancier à établir, faire valoir ou transférer la créance. L'aspect extérieur, la dénomination, le corps du titre, la feuille de coupons, la durée et les différentes valeurs nominales sont sans importance.

22 *Obligations d'emprunt*

Il y a obligation d'emprunt lorsqu'un débiteur accepte des fonds de **plus de 10 créanciers** contre émission de titres à des conditions semblables en vue d'une opération unique de crédit. Le montant total du crédit doit être **d'au moins 500 000 francs**.

23 *Obligations de caisse*

231 *Le débiteur est une banque au sens de la loi sur les banques*

Lorsque les obligations de caisse sont émises par une **banque** au sens de **la loi fédérale sur les banques**, l'obligation fiscale commence dès le début de l'activité commerciale sans que l'on tienne compte du nombre de créanciers.

232 *Le débiteur n'est pas une banque au sens de la loi sur les banques*

On est en présence d'obligations de caisse au sens de la loi sur les droits de timbre et de la loi sur l'impôt anticipé lorsqu'un débiteur domicilié en Suisse (qui n'est pas une banque) accepte de façon constante des fonds **de plus de 20 créanciers** contre émission de reconnaissances de dette à des conditions variables. Le montant total du crédit doit être **d'au moins 500 000 francs**.

Lors de la détermination du nombre de créanciers pour les obligations de caisse et d'emprunt, les banques suisses et étrangères, reconnues comme telles par la législation en matière bancaire en vigueur dans le pays où elles ont leur siège, **ne sont pas** prises en considération.

3 *Papiers monétaires*

Les obligations dont la durée contractuelle n'excède pas 12 mois sont considérées comme des papiers monétaires en matière de droits de timbre. La durée se calcule de la création du rapport de dette jusqu'à l'échéance (et non pas selon la durée restante).

4 *Sous-participations à des créances*

Si un prêt est refinancé par la cession de créances partielles, le cédant crée des obligations ou des titres qui leur sont assimilés (voir ch. 2 ci-dessus), **dès que le nombre des créances partielles atteint le niveau qui, chez le débiteur de la créance lui-même, déclencherait l'obligation fiscale.**

Il y a sous-participation lorsque le titulaire (suisse ou étranger) d'une créance provenant d'un prêt cède des parts de ce prêt à un ou plusieurs investisseurs. Peu importe la façon dont est constituée la sous-participation. Il est également sans importance que la sous-participation soit constituée déjà à l'origine de l'investissement ou plus tard.

Il convient de remarquer qu'une notification au débiteur ne supprime pas l'existence d'une sous-participation.

II **Droit d'émission**

5 *Base légale*

Selon les art. 4, 4e al. et art. 5a, 1er al. de la loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973 (LT), le droit d'émission a notamment pour objet l'émission d'obligations et de papiers monétaires, ainsi que de documents qui leur sont assimilés, lorsque le débiteur de la créance est Suisse, et cela indépendamment de la monnaie.

6 *Débiteur et taux du droit*

Le débiteur suisse ou l'émetteur de documents imposables doit pour

- les obligations d'emprunt 1,2 ‰ sur la valeur nominale pour chaque année entière ou commencée de la durée maximale;
- les obligations de caisse 0,6 ‰ sur la valeur nominale pour chaque année entière ou commencée de la durée maximale;
- les papiers monétaires 0,6 ‰ sur la valeur nominale pour chaque jour de la durée à 1/360e de ce taux.

III Droit de négociation

7 Base légale

Selon l'art. 13, 2e al., let. a, ch. 1 LT, le droit de négociation frappe les obligations.

71 *Sous-participations*

Il faut remarquer, s'agissant des sous-participations imposables, que les documents relatifs à des sous-participations émises par un Suisse doivent toujours être soumis, en matière de droit de négociation, au taux applicable aux titres suisses, même si le débiteur est étranger. En revanche, **les sous-participations créées par un étranger sont assujetties au taux appliqué aux titres étrangers, même si le débiteur est Suisse.**

72 *Taux et base de calcul du droit*

Le droit se calcule sur la contre-valeur et s'élève, selon l'art. 16 LT, à:

- a) 1,5 ‰ pour des documents émis par un Suisse
- b) 3 ‰ pour des documents émis par un étranger.

Si la contre-valeur n'est pas constituée par une somme d'argent, la valeur vénale de la contre-prestation convenue est déterminante.

Les monnaies étrangères sont à convertir en francs suisses au sens de l'art. 28 LT.

73 *Placements fiduciaires à terme*

S'agissant du droit de négociation, il n'y a pas, en cas de "pooling" d'avoirs fiduciaires, de sous-participations imposables.

IV Impôt anticipé

8 Base légale

L'impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers a pour objet les intérêts, rentes, participations aux bénéfices et tous autres rendements, notamment,

- des **obligations** émises par une personne domiciliée en Suisse (art. 4, 1er al., let. a de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé [LIA]);
- des **avoirs de clients** auprès de banques et de caisses d'épargne suisses (art. 4, 1 al., let. d LIA).

81 *Prêts consortiaux, reconnaissances de dette, effets de change et sous-participations en tant qu'obligations*

Si des prêts consortiaux ou sous forme de reconnaissances de dette, ainsi que des sous-participations, des effets de change, etc, servent à **l'obtention collective de capitaux** au sens des chiffres 2 à 4 ci-dessus, les intérêts de ces obligations ou des documents qui leur sont assimilés sont soumis à l'impôt anticipé, lorsque le débiteur de la créance est Suisse.

82 *Sous-participations en tant qu'avoirs de clients*

Les intérêts des sous-participations à une créance provenant d'un prêt accordé à un débiteur suisse ou étranger peuvent également être soumis à l'impôt anticipé en tant qu'avoirs de clients. C'est le cas lorsque la **banque** qui cède les créances partielles **est débitrice des sous-participants**.

83 *Absence d'avoirs de clients*

Si une banque cède des sous-participations par cession de créances partielles, cette cession ne constitue pas des avoirs de clients, si les conditions suivantes sont remplies:

- la cession de créance doit être une véritable cession faite sous la forme écrite, conformément aux art. 164 et ss CO (sans recours, ni garantie ou caution, etc). Cela suppose que **les conditions originales** convenues entre les parties contractantes n'aient pas été modifiées (taux d'intérêt, durée, monnaie). En revanche, une modification du prix de vente conforme au marché est permise.
- la cession de créances partielles doit être prouvée, sur demande, de la façon suivante:
 - il doit exister **des pièces écrites établies à l'époque de la cession**, qui délimitent clairement le contenu des actes juridiques conclus avec le débiteur (ou le prédécesseur du cédant) et les sous-participants.
 - le cédant doit inscrire les cessions effectuées **sur une liste spéciale**.

V **Dégrèvement des impôts à la source; retenue d'impôt**

S'agissant des sous-participations qui ne sont pas des avoirs de clients selon le chiffre 93 ci-dessus, le droit au dégrèvement des impôts à la source étrangers frappant les rendements appartient **aux sous-participants**.

La banque suisse doit acquitter la retenue supplémentaire d'impôt à la charge des sous-participants.

VI **Application de la présente circulaire**

Cette circulaire remplace l'édition du 29 octobre 1992. Elle est valable à partir du 1^{er} mai 1999.



Impôt anticipé

Berne, le 26 juillet 2011

Circulaire no 34

Avoirs de clients

1. Avoirs de clients

Les avoirs de clients sont des créances fondées par des versements à une banque ou une caisse d'épargne. Les avoirs de clients comprennent notamment les dépôts d'épargne, les carnets ou les comptes de dépôt ou de placement, les comptes-courants, les dépôts à terme, l'argent au jour le jour, les comptes salaires, les prêts d'actionnaires.

2. Banque ou caisse d'épargne

Est considéré comme une banque ou une caisse d'épargne celui qui **s'offre publiquement à recevoir des fonds portant intérêt** (banque au sens de la loi sur les banques) ou **accepte de façon constante des fonds contre intérêt** (banque au sens de l'art. 9, al. 2 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé, LIA).

3. Domicile en Suisse

Est domicilié en Suisse celui qui possède son domicile en Suisse, y réside d'une manière durable, y possède son siège statutaire ou légal ou est inscrit comme entreprise au registre du commerce suisse (art. 9, al. 1 LIA).

4. Début de l'assujettissement

a) Banque ou caisse d'épargne au sens de la loi sur les banques

Pour les banques ou les caisses d'épargne qui s'offrent publiquement à recevoir des fonds contre intérêt, l'assujettissement commence au **début de l'activité commerciale sans égard** au nombre des créanciers. Pour ce qui concerne les créances interbancaires, nous vous renvoyons à la circulaire "Impôt anticipé sur les intérêts des avoirs bancaires dont les créanciers sont des banques" du 22 septembre 1986 (S-02.123).

b) Banques ou caisses d'épargne au sens de la LIA

Pour les banques ou les caisses d'épargne qui acceptent de façon constante des fonds contre intérêt, l'assujettissement commence dès que le **nombre des créanciers dépasse 100** et que la somme totale des fonds se monte **au moins à 5'000'000 francs**.

Pour déterminer le nombre des créanciers, on **ne prend pas** en considération les banques suisses et étrangères au sens de la législation sur les banques applicable au lieu de leur siège.

Celui qui est considéré comme une banque ou une caisse d'épargne au sens de la LIA **ne peut pas** se désigner comme banque selon les prescriptions de la loi sur les banques.

5. Obligation de s'annoncer

Si vous remplissez les conditions d'assujettissement précitées, vous avez l'obligation de vous annoncer auprès de notre Administration.

6. Prélèvement de l'impôt

Sont soumis à l'impôt anticipé sur le revenu des capitaux mobiliers les intérêts, les rentes, les participations aux bénéfices et tous les autres rendements d'avoirs de clients auprès des banques et des caisses d'épargne domiciliées en Suisse (art. 4, al. 1, let. d LIA).

Est assujetti à l'impôt le débiteur de la prestation imposable domicilié en Suisse (art. 10, al. 1 LIA).

7. Relevé et paiement de l'impôt

L'impôt sur le rendement des **avoirs de clients auprès des banques et des caisses d'épargne** sera relevé sur une formule officielle et acquitté de la manière suivante (art. 19, al. 1 et 2 de l'ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé, OIA):

- par un montant calculé approximativement, dans les 30 jours après l'expiration de chaque trimestre de l'exercice, pour les rendements (intérêts) échus durant cette période;
- par un montant établi d'une manière exacte, dans les 30 jours après l'expiration du dernier trimestre de l'exercice, pour tous les rendements (intérêts) échus durant l'ensemble de l'exercice, déduction faite des impôts acquittés pour les trois premiers trimestres.

8. Papiers monétaires et créances comptables

Pour ce qui concerne les **papiers monétaires et les créances comptables**, nous vous renvoyons à la circulaire "Papiers monétaires et créances comptables de débiteurs suisses" (S-02.130.1).

9. Entrée en vigueur

La présente circulaire no 34 est applicable avec effet immédiat et remplace la circulaire S-02.122.2 d'avril 1999.

REVUE DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE DROIT FISCAL

REVUE GENEVOISE DE DROIT PUBLIC

49e année 1993

IMPÔTS DIRECTS ET HARMONISATION FISCALE

Impôt fédéral direct

Pages 416 à 421

Revenu des personnes physiques. -- Leasing de biens à usage privé.-- Déduction d'intérêts passifs contenus dans des acomptes de leasing**Art. 22, al. 1, litt. d AIFD**

Sont réputés intérêts de dettes fiscalement déductibles uniquement les prestations d'un débiteur envers son créancier, qui n'ont pas juridiquement pour effet d'amortir la dette en capital existante. S'agissant de contrats de leasing portant sur la remise à titre onéreux de biens de consommation, il est exclu, pour l'imposition du locataire, de prendre en compte des intérêts de dettes.

Faits:

A. Le 8 avril 1986, B. a conclu, en tant que "locataire", avec le garage W. ("bailleur") une convention intitulée "contrat de leasing" relative à une automobile Subaru Justy; la convention prévoyait une "durée de location" de trois ans (du 9.5.1986 au 8.5.1989), de même qu'une "location" mensuelle de 339 francs. Peu après, les 10/16 avril 1986, un "contrat de vente d'une voiture automobile" (ci-après: contrat de vente); B. s'y engageait, sous la rubrique "autres stipulations", "à acquérir le véhicule à l'expiration d'une durée de leasing de trois ans à sa valeur résiduelle fixée à 4900 francs, quel que soit son état." Tout en indiquant le prix du véhicule neuf, le contrat mentionnait en outre que "le montant de 13 900 francs était amorti par le leasing d'une durée de trois ans". B.

Dans le cadre de l'impôt fédéral direct 1987/88 (années de calcul 1985 et 1986), B. fit valoir en rapport avec cette affaire la déduction d'intérêts passifs pour un montant de 1300 francs par année. Il était parvenu à ce montant en déduisant des acomptes de leasing (selon facture du 9.5.1986: Fr. 12 051), augmenté du premier acompte (Fr. 339.--) et de la valeur d'achat résiduelle (selon contrat de vente des 10/16.4.1986, Fr. 4900.--), soit d'un montant total de Fr. 17 290.-- le prix du véhicule neuf (y compris les accessoires) de Fr. 13 390.-- net (facture du 9.6.1986); il répartit ensuite le solde en résultant, soit Fr. 3900.--, sur les trois ans de durée du leasing, notamment sur les années 1985 et 1986. Cette déduction fut toutefois refusée tant dans la procédure de taxation que dans celle de réclamation. L'autorité fiscale soutenait, par ailleurs, que les acomptes versés par B. avaient été dus sur la base d'une location ou d'un rapport analogue à une location d'entretien du contribuable, en tous cas pas comme des intérêts de dettes. C.

Le Tribunal administratif du canton de Lucerne (ci-après: le Tribunal administratif) conclut, au contraire, après avoir apprécié globalement les contrats produits par B. en procédure, qu'il s'agissait d'un acte d'aliénation (vente à tempérament) et considéra que les acomptes payés comportaient une part d'intérêts passifs déductibles. Il admit dès lors le recours, mais renvoya l'affaire à l'autorité de taxation, afin que celle-ci élucide l'état de fait et rende une nouvelle décision sur réclamation, car le calcul présenté par le contribuable ne tenait pas compte de ce que les acomptes de leasing comprenaient une part d'intérêt et une part d'amortissement et que, partant, le montant des intérêts passifs diminuait constamment. D. Contre ce jugement, l'Administration fédérale des contributions interjeta un recours de droit administratif. E. Le Tribunal administratif et l'Administration fiscale du canton de Lucerne, tout comme B., renoncèrent à faire des observations.

Extrait des considérants:

2. -- Le Tribunal administratif part de l'idée que le contrat de leasing du 8 avril 1986, qui doit être apprécié en relation avec le contrat de vente des 10/16 avril 1986, équivaut à un acte d'aliénation; en tout cas, il ressort de ces deux contrats que l'on se trouve en présence d'un acte juridique dont la finalité est la vente de l'automobile Subaru et auquel, vu les acomptes prévus, les dispositions relatives au contrat de vente à tempérament sont applicables. La faculté qu'a le preneur de leasing de dénoncer le contrat avant terme, n'y change rien, car semblable dénonciation irait à l'encontre de ses intérêts économiques. De même, le Tribunal administratif considère qu'il est sans importance que les engagements contractuels ne correspondent pas en tous points aux exigences impératives d'un contrat de vente à tempérament (par exemple, aucune allusion au droit de l'acheteur de se départir du contrat dans les 5 jours). Cette opinion de l'instance précédente, tendant à admettre un acte d'aliénation, ne peut pas être suivie pour les raisons suivantes; il en va de même de l'avis que, au vu des contrats, l'intimé serait en droit de déduire des intérêts passifs pour la période de taxation 1987/88. a) Il ne devrait pas être litigieux qu'en l'espèce, s'agissant de la même automobile Subaru, n'a pas été conclu un seul contrat, notamment pas un contrat typique de leasing avec option ou obligation d'achat. Bien au contraire, l'intimé a conclu avec le garage W. deux contrats, qui certes ne s'excluent pas l'un l'autre, qui se complètent, mais qui toute fois sont fondamentalement indépendants l'un de l'autre; il s'agit tout d'abord du contrat de leasing (sans option d'achat) du 8 avril 1986, puis quelques jours plus tard, les 10/16 avril 1986, le contrat de vente (avec obligation d'achat le 8.5.1989). Dans le contrat de leasing, le garage W. est désigné comme bailleur et l'intimé comme locataire.

Comme autre partie figure également la banque de financement; celle-ci n'a toutefois pas contresigné le contrat. Selon les autres dispositions du contrat de leasing, le garage W., en tant que bailleur, cédait la totalité de ses droits découlant du contrat à la banque; le contrat stipule en outre que l'intimé ne faisait que prendre possession du véhicule dont la propriété exclusive appartenait à la banque, à laquelle il était tenu de verser les acomptes mensuels. Pour le surplus, il s'engageait à rendre le véhicule à la banque ou au bailleur à l'échéance du contrat (le 8.5.1989). Dans le contrat de vente conclu par la suite (les 10/16 avril 1986), l'intimé s'engageait envers le garage W. à acquérir le véhicule, quel que soit son état, au terme des trois ans de leasing (8.5.1989), à sa valeur résiduelle fixée à 4900 francs. Vu la manière dont ont été noués les rapports juridiques (conclusion de deux contrats séparés) -- les raisons qui ont conduit les parties à agir de la sorte n'ont pas à être élucidées --, on ne saurait en tirer, du point de vue tant du droit civil que du droit fiscal, une autre conclusion que, dans un premier temps, soit pour la période allant du 9 mai 1986 au 8 mai 1989, l'usage de l'automobile Subaru a été cédé à l'intimé à titre onéreux, qu'elle lui a été louée pour un montant mensuel de 339 francs. Il est certes vraisemblable que le garage W., en tant que bailleur, aura calculé dans les montants à verser par l'intimé pendant la durée du contrat de leasing, outre des frais administratifs et d'autres frais éventuels, une part d'intérêt pour le financement de l'automobile. Pour déterminer cette part éventuelle d'intérêt (qu'il se soit agi de rémunérer du capital propre ou du capital étranger), il faudrait faire appel à d'autres bases de calcul, établies soit par le garage, soit par la banque de financement. En tous cas, la part d'intérêt ne saurait être fixée aussi rudimentairement que l'a fait l'intimé (coût total du véhicule PRISE en

considération des acomptes de leasing et de la valeur résiduelle X, sous déduction du prix d'achat normal; voir aussi cons. E. g ci-après). b) Toutefois, indépendamment des difficultés pratiques que pose le calcul d'une part éventuelle d'intérêt, il est exclu, pour les raisons suivantes, de prendre en considération, lors de l'imposition du locataire, d'intérêts passifs découlant de contrats de cession d'usage conclus à titre onéreux. Car, de même que le locataire d'un appartement ne peut pas déduire, en tant qu'intérêts passifs, ceux éventuellement payés par le propriétaire de l'appartement (bailleur), ni les intérêts du capital propre (d'ailleurs non déductibles fiscalement chez le bailleur), qui sont inclus dans le loyer qu'il doit payer, de même, au vu de la situation contractuelle qui ressort en l'espèce du dossier (dans un premier temps, cession de l'usage du véhicule pendant 3 ans), l'intimé ne peut-il pas, en sa qualité de locataire, déduire fiscalement la part d'intérêt calculée éventuellement par le bailleur et qui est comprise dans le paiement mensuel auquel il est tenu. A l'instar du locataire d'un appartement, il ne doit au bailleur qu'un montant périodique (mensuel); il n'est pas débiteur de l'intérêt d'un capital, ni preneur de crédit, en l'occurrence auprès du garage W. ou d'un institut de financement. C'est ainsi à bon droit que l'Administration fédérale des contributions considère en particulier, au sujet du contrat de leasing du 8 avril 1986, qu'il n'y a pas en l'espèce de créance et de dette résultant d'une vente entre le garage W. ou l'institut de financement d'une part et l'intimé d'autre part. Ainsi, que l'a exposé également l'instance précédente, pour l'essentiel de manière pertinente, en se référant à la doctrine en la matière, la notion d'"intérêt de dettes" s'entend en principe de la bonification faite pour l'octroi ou la retenue d'une somme d'argent ou d'un capital, pour autant que cette contre-prestation soit calculée en fonction de la durée et normalement en pourcentage du capital. Juridiquement, l'existence d'une dette en capital -- dans le sens d'une dette d'une somme d'argent (Känzig/ Wehrsteuer, 1982, no 139 ad art. 22, al. 1, litt. d) -- conditionne la naissance d'une dette d'intérêt relevante fiscalement. C'est seulement lorsqu'il y a une telle dépendance que l'on peut parler d'une dette d'intérêt; et ce, contrairement aux cas dans lesquels où, selon le langage courant, on parle bien d'"intérêt", mais où il manque une dépendance entre la dette en capital et l'intérêt (en cas de redevances de licences, de loyers ou de fermages, par exemple). Ne sont ainsi considérés comme intérêts de dettes, déductibles selon l'article 22, 1er alinéa, lettre d AIFD, que les prestations du débiteur envers son créancier qui n'ont pas juridiquement pour effet d'amortir la dette en capital existante (voir aussi Käzig, loc. cit., no 139, avec renvois, entre autres Guhl/ Merz/Kummer, OR, p. 81/82). Etant donné que, pour l'intimé, indéniablement, aucune dette d'argent (dette en capital) ne découlait du contrat de leasing, les montants qu'il a versés mensuellement pour la cession qui lui a été faite de l'usage de l'automobile jusqu'au printemps 1989, du fait que ces versements ne représentent rien d'autre que des loyers, ne peuvent pas être qualifiés d'"intérêts de dettes" au sens de la disposition légale précitée. c) Il n'y a pas place pour une autre interprétation, notamment pas pour une interprétation extensive à laquelle tend l'intimé de manière patente, des notions de dettes et d'intérêts de dettes, qui ne sont en soi pas contestées, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. d) En outre, l'intimé ne peut non plus, du point de vue de la déduction des intérêts passifs, rien tirer en sa faveur du contrat de vente conclu les 10/16 mai 1986. Ce contrat, qui ne sera exécutoire qu'à l'expiration du contrat de leasing, soit le 8 mai 1989, n'entre d'emblée pas en considération, ne serait-ce que pour des raisons tirées d'une correcte imposition périodique, étant donné que, dans la procédure actuelle, il ne s'agit que de la taxation du revenu de la période 1987/88, fondée sur les années de calcul 1985/86. D'ailleurs, ce contrat ne contient rien d'autre, si ce n'est que l'intimé s'est, d'une part, engagé à acquérir l'automobile Subaru, comme voiture d'occasion, le 8 mai 1989, quel que soit son état, à sa valeur résiduelle fixée à 4900 francs. D'autre part, il a acquis envers le garage W. une créance en livraison de ce véhicule aux mêmes conditions. e) En qualifiant le contrat de leasing du 8 avril 1986 et le contrat de vente d'une automobile conclu par la suite, les 10/16 avril 1986, d'un point de vue économique, mais de manière évidente aussi du point de vue du droit civil et du droit fiscal, comme un seul contrat tendant au transfert de propriété de l'automobile Subaru, l'instance précédente a, d'une part, méconnu la situation contractuelle et, d'autre part, notamment fait une appréciation juridique erronée de l'état de fait réel et elle a ainsi violé le droit fédéral (art. 22, al. 1, litt. d AIFD). f) La question de savoir ce qu'il en serait, si le contrat de leasing lui-même avait contenu dès le début une option d'achat, si donc les parties avaient conclu un contrat typique de leasing, peut être laissée ouverte; néanmoins -- même si cela ne doit pas être tranché en l'espèce, vu que l'état de fait est différent -- il est tout-à-fait pensable que -- en pareil cas également -- les intérêts payés, tant qu'il fassent partie des acomptes de leasing, ne pourraient pas être déduits en tant qu'intérêts de dettes par le preneur (voir aussi Käzig, pour des raisons semblables à celles qui ont été exposées dans le considérant E, lettres b et d ci-dessus). g) A titre complémentaire, il y a encore lieu de relever que le montant de 3900 francs, dont l'intimé fait valoir la déduction au titre d'intérêts de dettes, représente (comme déjà exposé) la différence entre le coût d'acquisition du véhicule (acomptes de Fr. 12 051.-- selon facture du 9 mai 1986, plus le premier acompte de Fr. 339.-- et la valeur d'achat résiduelle fixée à 4900 francs par le contrat des 10/16 mai 1986), soit au total Fr. 17 290.-- d'une part et la valeur à neuf du véhicule (après déduction d'un rabais de Fr. 1170.--), soit Fr. 13 390.-- d'autre part.

Il est logique d'en déduire que l'intimé entend aussi, entre autres, porter en déduction de son revenu, au titre d'intérêt, le rabais qui lui a été accordé sur le prix d'achat; ainsi donc, de ce point de vue également, sa façon de calculer les intérêts s'avèrent absolument insoutenable. En outre, du fait que les contrats n'ont été conclus qu'au printemps 1986, il ne serait de toute façon pas possible, pour la période de taxation 1987/88, de porter en déduction 1300 francs par année, mais en moyenne seulement 650 francs. A part cela, il ne ressort pas du tout du dossier comment le montant de 12 051 francs, qui figure dans les calculs de l'intimé et dans la facture du garage W. du 9 mai 1986, a été établi; 36 acomptes à 339 francs donnent un montant total de 12 204 francs. Ensuite, il y aurait lieu de prendre en considération (comme cela a déjà été relevé), que ce montant comprend vraisemblablement aussi des frais d'administration et d'autres frais, qu'on ne saurait non plus qualifier d'intérêts passifs au sens de l'article 22, 1er alinéa, lettre d AIFD. Enfin, l'assertion contenue au chiffre 5 du contrat de vente des 10/16 avril 1986, selon laquelle, par le leasing, 13 390 francs auraient été payés sur le prix d'achat, apparaît douteuse. En effet, le total des acomptes s'élevait à 12 204 francs; le montant indiqué correspond bien plutôt au prix net du véhicule neuf, à l'inclusion des accessoires selon facture du 9 mai 1986 (voir ci-dessus). Sous ces aspects purement chiffrés également, ni les pièces fournies par l'intimé qui se contredisent plus d'une fois, ni ses calculs ne sont à même d'emporter la conviction. 3. -- Le recours interjeté par l'Administration fédérale des contributions doit dès lors être admis et la taxation rétablie conformément à la procédure de réclamation et en annulation du jugement du Tribunal administratif du canton de Lucerne du 6 septembre 1990.

Vu l'issue de la procédure, les frais du Tribunal fédéral doivent être mis à la charge de l'intimé (art. 156, al. 1, OJ). (*Tribunal fédéral, 4 octobre 1991, Administration fédérale des contributions c. B. et Tribunal administratif du canton de Lucerne -- Archives 61, 250*)

Titre	La disponibilité du revenu Le moment de l'acquisition en droit fiscal suisse
Série/Collection	CG - Collection genevoise
Auteur(s) de l'ouvrage	Fabien Liégeois
Année	2018
Pages	381-398
ISBN	978-3-7255-8689-9
Maison d'édition	Schulthess Editions romandes

381

« *Le prix, c'est ce que l'on paie ; la valeur, c'est ce que l'on obtient.* »¹⁵²⁰

Warren Buffett

Chapitre 12. L'acquisition du revenu dans les instruments financiers

- 1187 L'analyse du moment du revenu dans les instruments financiers suppose que l'on caractérise leurs propriétés économiques.
- 1188 Les instruments financiers comportent en effet une composante de revenu aléatoire (la plus ou moins-value en cas d'aliénation) et une composante de revenu fixe ou garantie (l'intérêt)¹⁵²¹. En fonction des cas, l'entier du « produit » peut être imposable. Il en va ainsi lorsque l'instrument financier n'est pas considéré comme *transparent* sur le plan fiscal. Lorsque les caractéristiques de l'instrument peuvent en être isolées ou dissociées, chaque composante peut se voir appliquer le traitement qui lui est propre (traitement en transparence).
- 1189 Sans chercher à réaliser une analyse exhaustive des instruments financiers, on abordera le moment du revenu dans les obligations à intérêt unique prédominant, à intérêt global ou dans les papiers monétaires (I.). On l'abordera ensuite dans des instruments dérivés comme les opérations à terme, les options d'achat et de vente (II.) et dans des produits dits « structurés » ou « combinés » (III.). Pour faciliter la compréhension, le plan suivra dans un ordre chronologique chaque séquence juridique. Les phases *d'acquisition*, *de détention* et *de dénouement* (remboursement ou aliénation) seront ainsi distinguées.

¹⁵²⁰ Traduction libre de l'auteur : citation disponible en anglais à l'adresse suivante : https://en.wikiquote.org/wiki/Warren_Buffett.

¹⁵²¹ En ce sens, AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 3.

I. L'obligation comme instrument financier

- 1190 L'impôt sur le revenu adopte une notion plus large de l'obligation que celle du droit privé¹⁵²². Celle-ci s'inspire de la notion d'*obligation* que l'on trouve dans la loi sur le timbre et dans l'ordonnance sur l'impôt anticipé¹⁵²³. L'obligation, en tant qu'instrument financier, appartient à ces notions propres au droit fiscal

382

- (ou à rattachement économique)¹⁵²⁴. Il s'ensuit que les conséquences fiscales ne procèdent pas de l'organisation des rapports juridiques, mais des caractéristiques économiques de l'objet¹⁵²⁵.
- 1191 L'exonération des gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée constitue l'exception pivotale du système d'imposition du revenu en Suisse¹⁵²⁶. En tant qu'exception, la notion de gain en capital de la fortune privée est sujette à une interprétation restrictive¹⁵²⁷. Outre les considérations subjectives qui peuvent donner lieu à une requalification de la plus-value, des considérations objectives peuvent conduire au même résultat. Par exemple, lorsque le contribuable est qualifié de « professionnel » ou de « commerçant de titres », le gain en capital devient un revenu de l'activité lucrative imposable (LIFD 18). Par considérations objectives, il faut entendre les *propriétés de l'objet à la source* de l'avantage économique.
- 1192 En l'absence de précision dans la loi et en raison de la spécificité de la matière, la pratique codifiée de l'autorité fiscale constitue un point de départ adéquat pour appréhender le traitement de ce type d'instrument¹⁵²⁸. Celle-ci distingue principalement trois groupes : les obligations à intérêt unique prédominant (1.), les obligations ordinaires (2.) et les obligations mixtes, c'est-à-dire celles pour lesquelles il est nécessaire de recourir aux mathématiques financières pour calculer la prédominance de l'intérêt (3.).

1. Les obligations à intérêt unique prédominant (IUP)

- 1193 La loi distingue le traitement fiscal des obligations à intérêt unique prédominant des autres obligations (LIFD 20 I a ; LIFD 20 I b ; LIFD 16 III). L'AFC a fixé une règle pour les délimiter :

« Par intérêt périodique, il faut comprendre les flux d'argent garantis par le débiteur au moment de l'émission. Pour déterminer si la partie investissement est à intérêt unique prédominant ou non, seuls les flux d'argent garantis¹⁵²⁹ peuvent être pris en compte, et ceci au moment où l'investisseur peut faire valoir sa prétention juridique. La somme des valeurs actuelles durant la période à courir doit être comparée à la rémunération unique. »¹⁵³⁰

¹⁵²² Voir art. 965 ss CO, en particulier art. 966 CO.

¹⁵²³ Sur la notion d'obligation dans la législation sur l'impôt anticipé, voir Grosjean, p. 309.

¹⁵²⁴ Agner/Jung/steinmann/Digeronimo, *Kommentar*, ad art. 20 p. 45 ; Rivier, Obligations à intérêt unique prédominant, p. 460 et s. ; voir les art. 4 al. 3 à 5 LT et 15 OIA.

¹⁵²⁵ En ce sens, Oberson, *Droit fiscal*, p. 133 N 121.

¹⁵²⁶ *Supra* Chapitre 7.II.B.

¹⁵²⁷ Pour la motivation et les références, *supra* p. 59.

¹⁵²⁸ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés.

¹⁵²⁹ Mis en évidence par l'auteur.

¹⁵³⁰ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 3.



- 1194 Le rendement périodique à l'émission doit ainsi être supérieur à 50% du rendement à maturité¹⁵³¹. Lorsqu'au lieu d'intérêts périodiques, l'investisseur-

383

créancier peut prétendre principalement au paiement d'un intérêt unique, la loi qualifie tout avantage économique qu'il retire de son investissement de rendement de fortune¹⁵³². L'obligation est dite « à intérêt unique prédominant ». Le gain est calculé selon la méthode de la différence.

- 1195 Lorsque l'investisseur-créancier peut prétendre *principalement à un intérêt périodique*, seuls les intérêts de l'obligation sont imposables. En cas d'aliénation, la plus-value est qualifiée de gain en capital exonéré pour autant que le contribuable ait détenu l'instrument dans sa fortune privée.
- 1196 Pour déterminer si une obligation est à intérêt unique prédominant, il faut examiner les conditions de l'instrument financier *au moment de l'émission*^{1533/1534}. La question qui se pose est la suivante : la partie prépondérante de l'avantage économique garanti qu'obtient le contribuable (ou de la « rémunération totale ») provient-il d'une décote à l'émission, dit « disagio d'émission », ou d'un remboursement au-dessus du pair, dit « agio de remboursement » ?
- 1197 Parmi les instruments financiers qui répondent à ces caractéristiques, on trouve les obligations à escompte pur (A.), à intérêt global pur (B.) et certains papiers monétaires (C.).

A. Les obligations à escompte pur

- 1198 Les obligations à *escompte* ont ceci de particulier qu'elles sont *émises* avec une décote et remboursées à la valeur nominale. L'émission au-dessous du pair ou « disagio d'émission » signifie que le souscripteur d'obligation paie un prix inférieur à la valeur nominale (ou faciale) de la dette ... ayant un droit entier au remboursement à maturité¹⁵³⁵. L'escompte est « *pur* » lorsqu'il inclut l'entier de la rémunération certaine.
- 1199 Par exemple, Jean souscrit pour CHF 800 une obligation émise au cours de l'année N qui sera remboursée CHF 1000 au cours de l'année N + 10. L'obligation ne sert pas d'intérêt périodique. Elle est émise avec une décote. Le prix d'émission étant inférieur à la valeur nominale de la dette, l'avantage économique est perçu, en une fois, au terme de l'opération. C'est une obligation à escompte pur.

384

- 1200 Les obligations à escompte pur sont considérées comme des obligations à intérêt unique prédominant.

a. L'acquisition

- 1201 Même si l'acquéreur engage un montant moins élevé que celui auquel il pourra prétendre lorsque le titre arrivera à maturité, l'*acquisition* d'une obligation à escompte est dépourvue d'incidence du point de vue de l'impôt sur le revenu.

¹⁵³¹ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 4.

¹⁵³² Art. 20 al. 1 let. b LIFD.

¹⁵³³ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 4.

¹⁵³⁴ Rivier (Obligations à intérêt unique prédominant, p. 463) souligne que cet examen des conditions à l'émission implique de négliger le fait que « *le cours de l'obligation va subir des fluctuations et que, pour les obligations à double monnaie, les taux de change vont varier durant la vie de l'emprunt. C'est la conséquence de l'approche subjective de la notion d'intérêt* ».

¹⁵³⁵ En ce sens, Locher, *Kommentar*, ad art. 20 N 24.

- 1202 Au moment de l'acquisition de l'instrument financier, l'avantage économique qu'incorpore l'obligation n'est pas encore *disponible* pour l'acquéreur. Celui-ci doit en effet attendre la maturité du titre pour percevoir le rendement auquel il a droit. La compensation financière pour l'argent prêté intervient au terme de l'opération.

b. La détention

- 1203 Les obligations à escompte pur ont la particularité de ne pas servir d'intérêts au cours de la période de détention. Il n'y a pas de revenu imposable durant la phase de détention, l'avantage économique n'étant toujours pas disponible.

c. Le dénouement : aliénation ou remboursement

- 1204 L'aliénation d'une obligation à escompte pur donne lieu à un avantage économique correspondant à la différence positive entre le prix d'aliénation et le prix d'acquisition. La plus-value n'est pas considérée comme un gain en capital exonéré, mais qualifiée de rendement de fortune imposable (LIFD 20 I b). Cette approche est indépendante des considérations subjectives relatives à l'aliénateur. Ce sont en effet les propriétés économiques de l'obligation qui déterminent la qualification de la plus-value, à savoir le fait que l'intérêt est payé en une fois au moment du remboursement. Pour le contribuable-investisseur qui aliène son obligation, le revenu est disponible dès la naissance d'une prétention ferme au paiement du prix (approche normative)¹⁵³⁶.
- 1205 Lorsque le contribuable-investisseur obtient le *remboursement* de la somme investie à la maturité du titre, il obtient un avantage économique correspondant à la décote. Le revenu est acquis au moment de l'échéance du droit au remboursement¹⁵³⁷.

385

- 1206 Le Tribunal fédéral considère par aille : « *les plus-values et les moins-values liées au taux de change sont comprise. ... le gain* »¹⁵³⁸. Pour calculer le *montant initial* de l'investissement (prix d'acquisition), le cours de change déterminant est celui du jour de l'acquisition¹⁵³⁹. En présence d'un instrument en monnaie étrangère, il faut ainsi appliquer, d'une part, le taux de conversion du jour de *l'acquisition* pour déterminer le prix *d'acquisition*¹⁵⁴⁰, et, d'autre part, le taux de conversion du jour de *l'aliénation* ou du *remboursement* pour déterminer le prix d'aliénation ou la valeur du remboursement¹⁵⁴¹. La différence entre les deux constitue le revenu (gain) imposable.

B. Les obligations à intérêt global pur (zero bonds)

- 1207 Contrairement aux obligations à escompte, les obligations à intérêt global pur sont acquises à la valeur nominale (ou faciale). Au lieu d'être remboursées au pair, elles sont remboursées au-dessus¹⁵⁴².
- 1208 Par exemple, Edouard souscrit pour CHF 1'000 une obligation dont les conditions prévoient un remboursement à 10 ans de CHF 1'200. L'obligation ne sert pas d'intérêt périodique. L'intérêt est compris dans la somme remboursée à « maturité ». Ainsi,

¹⁵³⁶ A ce sujet, *supra* p. 212.

¹⁵³⁷ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 8 ; Reich/Weidmann, *Kommentar DGB*, ad art. 20 N 16.

¹⁵³⁸ Arrêt TF 2P.181/2005 et 2A.438/2005 du 8 février 2006 consid. 3.1 publié à la RDAF 2007 II 30 p. 36.

¹⁵³⁹ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 7 ; ég. Reich/Weidmann, *Kommentar DGB*, ad art. 20 N 16.

¹⁵⁴⁰ *Supra* p. 369.

¹⁵⁴¹ Reich/Weidmann, *Kommentar DGB*, ad art. 20 N 19.

¹⁵⁴² Rivier (Obligations à intérêt unique prédominant, p. 456) les range dans la catégorie générale des « *obligations à coupon zéro* » ; Locher, *Kommentar*, ad art. 20 N 25.

l'émetteur paie l'intérêt en une fois à l'investisseur au moment du remboursement de l'instrument financier.

- 1209 La situation de l'investisseur est analogue à celle de l'épargnant puisqu'un terme est fixé à l'avance à son investissement¹⁵⁴³.

a.L'acquisition

- 1210 L'acte d'acquisition d'une obligation à intérêt global pur n'a pas d'incidence économique pour le contribuable-investisseur. Dans son patrimoine, un droit au remboursement à maturité se substitue à la somme déboursée. L'avantage économique n'est pas encore disponible.

b.La détention

- 1211 Au cours de la détention de l'instrument, l'investisseur ne perçoit pas de revenu imposable dans la mesure où la logique économique de l'instrument est de réinvestir l'ensemble des coupons jusqu'au terme de l'investissement.

386

- 1212 Le débiteur de l'instrument financier déduit les intérêts année après année. En même temps, le créancier obtient un différé d'imposition étant donné qu'il n'est imposable qu'au moment du remboursement de l'emprunt¹⁵⁴⁴.

c.Le dénouement : aliénation ou le remboursement

- 1213 En cas d'aliénation avant le terme de l'investissement (qui coïncide avec le remboursement), l'investisseur est imposable sur l'avantage économique qu'il obtient. Dans la mesure où l'intérêt unique est considéré comme prédominant, la qualification de gain en capital cède le pas à celle de rendement de fortune (LIFD 20 I b)¹⁵⁴⁵.
- 1214 Lorsque le contribuable-investisseur obtient le *remboursement* de la somme investie à la maturité du titre, il obtient un avantage économique correspondant à la différence entre la valeur faciale et le prix d'acquisition¹⁵⁴⁶. Le revenu est acquis au moment où naît sa prétention ferme, c'est-à-dire à l'échéance du droit au remboursement¹⁵⁴⁷.

C.Les papiers monétaires

- 1215 La circulaire sur les obligations à intérêt unique prédominant de l'AFC qualifie les obligations dont la durée fixe ne dépasse pas 12 mois de « papiers monétaires ». Cet instrument financier correspond à une créance à court-terme dont les conditions de rémunération sont fixées à l'avance. Parmi ceux-ci, on trouve notamment des :

- Treasury Bills ;
- « Bankers Acceptance », ou ;
- Avoir inscrits au livre de la dette de la Confédération, des cantons et des communes.

¹⁵⁴³ En ce sens, Rivier, Obligations à intérêt unique prédominant, p. 456.

¹⁵⁴⁴ Rivier, Obligations à intérêt unique prédominant, p. 459.

¹⁵⁴⁵ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 46.

¹⁵⁴⁶ Rivier (Revenu, p. 387) utilise l'angle d'interprétation historique pour rappeler que le législateur a voulu imposer le « *gain effectivement réalisé* », à savoir une différence.

¹⁵⁴⁷ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 7 ; pour la doctrine, voir en particulier Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 46 ; Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 35.



- 1216 Il est fréquent que ce type d'instrument comporte une rémunération fixe (intérêt unique) dont la totalité est payée au terme de la période de détention. Ce type de papiers monétaires suit par conséquent le même traitement que les obligations à escompte pur ou à intérêt global pur¹⁵⁴⁸.

387

2. Les obligations « ordinaires »

Les obligations émises et remboursées *au pair* sont dites ordinaires dès lors que l'investissement a un caractère symétrique¹⁵⁴⁹. L'acquisition et le remboursement « au pair » signifie à hauteur de 100 % de la valeur nominale du titre. Les obligations *ordinaires* génèrent en principe un rendement périodique. L'investisseur obtient des avantages économiques (afflux d'intérêts), à *intervalles réguliers*, au cours la durée de vie de l'instrument.

A. L'acquisition : une permutation d'actifs

- 1217 En tant que tel, l'acte d'investissement (l'acquisition du titre) constitue une permutation d'actifs sans incidence sur le revenu du contribuable-investisseur : au lieu d'espèces, celui-ci devient titulaire d'une créance ou propriétaire d'un titre. Il peut prétendre au remboursement d'un montant *nominalement* équivalant à la somme investie.
- 1218 D'un point de vue économique, il renonce à l'usage de la somme investie au cours de la durée de vie de l'instrument. C'est la raison pour laquelle il obtient généralement une compensation pour la somme dont il se prive de l'usage. Cette compensation, ce sont les intérêts périodiques. Fiscalement, la doctrine définit l'intérêt comme : « *toute prestation appréciable en argent fournie par un débiteur à son créancier et qui n'aboutit pas à un remboursement total de la dette en capital* »¹⁵⁵⁰. L'intérêt est donc un avantage économique qui provient d'un tiers.
- 1219 Outre les intérêts, l'investisseur peut également prétendre au remboursement (au pair) de la somme investie.

B. La détention : le versement d'un intérêt périodique

- 1220 Au cours de la phase de détention, l'obligation détache périodiquement des « coupons », ce par quoi il faut entendre des intérêts. L'intérêt constitue, on l'a vu, la rémunération du contribuable-investisseur pour la somme mise à disposition du tiers (l'émetteur).
- 1221 En droit fiscal, l'avantage économique qui afflue périodiquement est qualifié de rendement de la fortune mobilière, plus précisément d'intérêt d'avoirs (LIFD 20 I a)¹⁵⁵¹. L'intérêt est imposable au moment de l'échéance conformément à l'approche normative¹⁵⁵². La périodicité de l'intérêt peut être annuelle, bisannuelle ou pluriannuelle.

388

¹⁵⁴⁸ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 4.

¹⁵⁴⁹ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 37.

¹⁵⁵⁰ Noël, *CR LIFD*, ad art. 20 N 12 avec renvoi à la doctrine ; Rivier, *Revenu*, p. 386.

¹⁵⁵¹ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 38.

¹⁵⁵² A ce sujet, *supra* p. 212 ; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter (*Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 45) préfèrent l'exigibilité (« *im Zeitpunkt der Fälligkeit* ») ; Noël (*CR LIFD*, ad art. 20 N 12) précise que : « [L]es intérêts dus en monnaie étrangère sont imposables pour leur contre-valeur en francs suisses au taux de change du jour d'échéance ».



- 1222 A chaque échéance, les intérêts s'ajoutent au revenu global du contribuable pour l'entier de la période concernée.

C. Le remboursement, l'aliénation et les intérêts courus

a. Le remboursement de l'investisseur

- 1223 Tout comme l'investissement, le remboursement de l'obligation n'a pas d'incidence fiscale pour le contribuable-investisseur. Là encore, l'opération constitue une permutation d'actifs. Au lieu d'une créance (ou d'un titre), celui-ci se trouve (re)crédité du montant investi.

b. La « disposition »

- 1224 Le contribuable-investisseur, qui cède l'instrument sur le marché secondaire au lieu d'attendre le remboursement, réalise une plus/moins-value correspondant à la différence entre le prix de souscription (ou d'acquisition) et le prix d'aliénation. Lorsque les taux d'intérêts se sont appréciés depuis l'émission de l'instrument, il se peut que la valeur de l'instrument sur le marché secondaire diminue. Les obligations émises ultérieurement offrent en effet un meilleur rendement. Si l'investisseur décide de vendre, il ne pourra pas déduire la moins-value, qualifiée de perte en capital (LIFD 16 III a contrario). A l'inverse, si les taux d'intérêts diminuent sur le marché, il se peut que l'instrument financier prenne de la valeur et que le l'investisseur le vende à un prix supérieur à sa valeur nominale. Dans un tel cas, celui-ci obtient un avantage économique correspondant à la différence entre le prix d'acquisition (augmenté des frais) et le prix d'aliénation (diminué des frais). La plus-value (avantage économique) pourra être qualifiée de gain en capital (donc exonérée), à condition que l'instrument ait été détenu dans sa fortune privée (LIFD 16 III).

c. Le problème des « intérêts courus »

- 1225 Certes, les intérêts non échus ou intérêts courus (« *Marchzinsen* ») peuvent également constituer un facteur déterminant le prix d'aliénation. Cependant, à la différence des intérêts échus, les *intérêts courus* ne sont pas imposables auprès de l'aliénateur. Ils ne sont pas qualifiés de rendement de la fortune mobilière pour le détenteur du titre qui s'en sépare avant l'échéance¹⁵⁵³. Les intérêts courus sont considérés comme une dépense d'investissement pour l'acquéreur et

389

inclus dans le gain en capital de l'aliénateur (LIFD 16 III)¹⁵⁵⁴. La doctrine souligne que :

« La somme touchée résulte du rapport entre ancien et nouveau propriétaire de l'obligation, et non de celui entre débiteur et créancier. »¹⁵⁵⁵

- 1226 La notion de disponibilité du revenu confirme cette approche. En effet, l'augmentation de valeur du titre ne constitue pas encore un avantage économique *librement disponible* avant l'échéance des intérêts. Le revenu ne peut être acquis pour le contribuable qu'au moment de l'*afflux* dans son patrimoine. Or celui-ci coïncide avec l'augmentation

¹⁵⁵³ Rivier, Obligations à intérêt unique prédominant, p. 455 ; ég. Rivier, *Revenu*, p. 386 ; Locher, *Kommentar*, ad art. 20 N 23.

¹⁵⁵⁴ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 16 N 158 ; Merlino, *CR LIFD*, ad art. 32 N 14 ; ég. en ce sens, Reich/Weidmann, *Kommentar DGB*, ad art. 20 N 15 ; Weidmann, *Realisation und Zurechnung*, p. 93.

¹⁵⁵⁵ Noël, *CR LIFD*, ad art. 20 N 14.

effective de son pouvoir de disposition. En pratique, la valeur accumulée entre l'échéance du dernier coupon et le moment de la vente est généralement répercutée dans le prix. A cela s'ajoute que l'acquéreur supporte le poids de l'impôt à l'échéance des intérêts. L'opération n'est donc pas forcément avantageuse pour lui sur le plan économique.

3. Les obligations mixtes

A. Les obligations à escompte mixtes

- 1227 En présence d'une obligation à escompte mixte, il faut recourir aux mathématiques financières pour savoir qui de l'intérêt unique ou périodique prédomine¹⁵⁵⁶. Le rapport entre les deux s'examine toujours en fonction des conditions applicables *au moment de l'émission* de l'instrument financier¹⁵⁵⁷.

a. L'acquisition

- 1228 L'acquisition d'une obligation à escompte mixte n'emporte aucune incidence du point de vue de l'impôt sur le revenu. L'opération est neutre économiquement¹⁵⁵⁸.

b. La détention

- 1229 Au cours de la phase de détention, les intérêts *périodiques* des obligations à escompte mixtes sont des avantages économiques

390

qualifiés de rendement de fortune au sens de l'art. 20 al. 1 let. a LIFD¹⁵⁵⁹. Ces intérêts sont payés par le *débiteur* de l'obligation

- 1230 Le revenu (« la composante périodique ») est acquis au moment de l'échéance de l'intérêt¹⁵⁶⁰.

c. Le dénouement : aliénation ou le remboursement

- 1231 Au moment de l'aliénation, la distinction entre les deux types d'obligation (intérêt unique ou non) devient décisive. Si l'intérêt unique est prédominant, toute aliénation donne lieu à un gain imposable en vertu de l'art. 20 al. 1 let. b LIFD. Il est calculé selon la méthode de la différence simple¹⁵⁶¹. Le revenu est acquis dès la naissance de la prétention ferme au paiement du prix¹⁵⁶². Dans le second cas, l'avantage économique est qualifié de gain en capital exonéré si l'instrument était détenu dans la fortune privée de l'aliénateur (LIFD 16 III). C'est le détenteur de l'instrument à l'échéance qui est imposé sur l'ensemble de la composante unique de la rémunération¹⁵⁶³. Il en va ainsi même si le dernier détenteur a acquis l'instrument très récemment¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁶ A ce sujet, *supra* p. 279 et s.

¹⁵⁵⁷ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 3.

¹⁵⁵⁸ A noter que le contribuable-investisseur ne peut pas déduire les intérêts courus qui sont considérés comme des impenses sur le prix d'acquisition de l'instrument financier.

¹⁵⁵⁹ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 7 ; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 45.

¹⁵⁶⁰ Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 33 ; Reich/Weidmann, *Kommentar DGB*, ad art. 20 N 17.

¹⁵⁶¹ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 48.

¹⁵⁶² Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 34.

¹⁵⁶³ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 7.

¹⁵⁶⁴ Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 38.



- 1232 Les intérêts *périodiques* sont toujours imposés selon le principe général de l'échéance¹⁵⁶⁵.
- 1233 Au moment du remboursement, la rémunération unique (*disagio d'émission* ou *agio de remboursement*) est imposable seulement si l'obligation est à intérêt unique prédominant¹⁵⁶⁶. Le revenu correspond à la différence entre la valeur d'émission et la valeur de remboursement (LIFD 20 I a)¹⁵⁶⁷.

B. Les obligations à intérêt global mixtes

- 1234 Les mêmes considérations que pour les obligations à escompte mixtes valent pour les obligations à intérêt global mixte (voir *supra* A.).

391

C. Eléments d'appréciation

- 1235 Les obligations peuvent générer deux types d'avantages économiques. Le premier a un caractère certain (flux d'argent garanti), le second aléatoire (flux d'argent non garanti).

1° En dehors du risque de contrepartie, inhérent à l'investissement, les *intérêts* auxquels peut prétendre le créancier (contribuable-investisseur) ont le caractère d'un revenu certain. Des flux *fixes sont garantis*.

2° Contrairement aux intérêts, la *plus ou moins-value* qui résulte de l'aliénation de l'instrument avant sa maturité a un caractère *aléatoire*. Cette rémunération ne provient pas directement de l'instrument financier. Elle suppose une rencontre entre le contribuable-investisseur et un tiers-acquéreur. Elle dépend en outre de circonstances extérieures, comme la conjoncture économique, les taux d'intérêts sur le marché ou la solvabilité de l'émetteur.

- 1236 Ainsi, le problème que posent les obligations à intérêt unique prédominant sous l'angle fiscal concerne essentiellement la composante aléatoire du revenu (« flux d'argent non garanti »). Le revenu certain (« flux d'argent garanti ») est en effet toujours soumis à l'impôt. L'investisseur qui acquiert une obligation dont les flux d'argent garantis sont prévisibles *ex ante* ne peut pas prétendre à l'exonération de la plus-value au moment du dénouement¹⁵⁶⁸. Il ne cherche pas un gain aléatoire mais un rendement (lequel est déterminé d'avance et « payable » en une seule fois à la fin).

II. Quelques instruments financiers dérivés

1. Les opérations à terme

- 1237 Une opération à terme est un contrat par lequel un acheteur/vendeur s'engage à acquérir/livrer un bien dans le futur à un prix déterminé (ou déterminable) à l'avance¹⁵⁶⁹.
- 1238 Le terme est un événement *futur et certain*¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁵ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 7.

¹⁵⁶⁶ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 8.

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁸ En ce sens, Oberson, *Droit fiscal*, p. 133 N 122.

¹⁵⁶⁹ En ce sens, Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 58 ; Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 236.

¹⁵⁷⁰ Pichonnaz, *CR CO* ad art. 151 N 5.

- 1239 L'opération à terme se caractérise par le fait que le *bien* (sous-jacent), la *quantité* et le *moment* sont déterminés au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire dès l'échange de volontés réciproques et concordantes¹⁵⁷¹. Les contrats

392

standardisés échangés à la bourse sont qualifiés de « *futures* », tandis que les contrats négociés de gré à gré (*over the counter*) sont appelés « *forwards* »¹⁵⁷².

- 1240 A la différence des options, tous les contrats à terme sont *symétriques*. Ils supposent un engagement réciproque des parties. Entre le moment de la conclusion du contrat et son exécution, la fluctuation du prix du bien ou du droit sous-jacent affecte néanmoins la situation des deux parties dans un rapport inverse. Cela doit-il être pris en compte fiscalement ?

- 1241 Comme le contribuable-investisseur n'est pas autorisé à *réclamer* la livraison de l'objet ou le paiement du prix *avant* l'échéance, l'augmentation de valeur en cours de contrat demeure hypothétique ou latente pour le contribuable¹⁵⁷³. L'avantage économique n'est pas encore disponible (il n'a pas été *actualisé*). Il échappe dès lors à l'impôt sur le revenu.

La même règle s'applique aux contribuables soumis au principe de réalisation. Conformément au principe de réalisation, ils ne sont pas tenus d'enregistrer une plus-value latente. En revanche, ceux-ci doivent enregistrer une charge lorsqu'une moins-value est constatée à la fin de l'exercice commercial en vertu des principes de prudence et d'imparité, applicables en droit comptable. Avant l'échéance du terme, l'information relative à l'éventuelle moins-value peut déjà être enregistrée sous la forme d'une provision¹⁵⁷⁴.

- 1242 Lorsque l'instrument financier est détenu dans sa fortune privée, le contribuable-investisseur réalise à l'échéance un gain exonéré ou une perte non-déductible (LIFD 16 III). L'élément spéculatif inhérent à c d'opérations ne suffit pas *en soi* à les assimiler à des jeux et paris¹⁵⁷⁵.

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a remis en cause le traitement différencié que voulaient opérer les autorités fiscales zurichoises entre les gains résultant d'opérations de bourse à *terme* (*börsenmässigen Termindifferenzgeschäften*) et les opérations *au comptant* (*börsenmässigen Komptantgeschäften*)¹⁵⁷⁶. Dans chacune de ces opérations, l'investisseur cherche à réaliser un gain en exploitant la fluctuation du prix du sous-jacent : « [m]it beiden Geschäftsarten erstrebt der Anleger den gleichen wirtschaftlichen Erfolg, nämlich durch das Ausnützen von Kursschwankungen einen Gewinn zu erzielen »¹⁵⁷⁷. Pour cette raison, la différence de traitement des gains résultant des deux types d'investissement serait contraire à l'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral a, en revanche, confirmé que l'élément décisif pour l'imposition du revenu réside dans la distinction à opérer entre la gestion

393

¹⁵⁷¹ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 4.

¹⁵⁷² Pour davantage de détails, voir Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 58 ; pour des indications sur la fonction économique de ces instruments financiers dérivés, voir Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 235.

¹⁵⁷³ Pour les opérations où la livraison physique semble exclue d'emblée, *infra* 311 et s.

¹⁵⁷⁴ Art. 63 al. 1 LIFD.

¹⁵⁷⁵ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 59 ; au sujet des jeux et paris, *infra* Chapitre 14.

¹⁵⁷⁶ ATF 110 Ia 1.

¹⁵⁷⁷ ATF 110 Ia 1 consid. 4.c p. 5.



ordinaire de la fortune et le comportement qui s'apparente à l'exercice d'une autre activité lucrative indépendante¹⁵⁷⁸.

- 1243 Pour le contribuable, commerçant de titres, le gain réalisé est qualifié de revenu d'une « autre activité lucrative indépendante » (LIFD 18 I *in fine*)¹⁵⁷⁹. En pratique, peu de contrats font l'objet d'une livraison physique ; la plupart sont dénoués sous la forme d'un *cash-settlement*. Le contribuable-investisseur est imposé sur la différence entre le prix négocié à l'avance et le prix du sous-jacent à l'échéance. En cas d'imposition du gain, l'approche normative prévaut de sorte que le revenu est acquis dès la naissance de la prétention ferme. En présence d'instruments financiers standardisés émis par des établissements financiers, il est rare que le revenu soit imposé au moment de la *perception réelle* (approche positive) étant donné que les risques de contrepartie ou de solvabilité sont limités.
- 1244 Relevons que les règles comptables prévoient l'enregistrement de la plus/moins-value dans un poste d'actif/passif transitoire en présence d'engagements à terme, alors que les « engagements conditionnels » doivent uniquement être mentionnés dans l'annexe aux comptes annuels¹⁵⁸⁰.

2. Les options d'achat

- 1245 L'option d'achat (dite aussi « *call* ») est un droit de créance qui permet l'acquisition d'un bien ou d'un droit. Ce bien ou ce droit est qualifié de sous-jacent. Du point de vue juridique, la doctrine est d'avis qu'il s'agit d'une opération conditionnelle à terme¹⁵⁸¹, voire d'un précontrat (*Vorvertrag*)¹⁵⁸².
- 1246 Sur le plan économique, l'option d'achat a ainsi un caractère asymétrique : l'une des parties peut choisir d'exercer son droit ou d'y renoncer, alors que l'autre est tenue de s'exécuter. Selon nous, cette asymétrie constitue la différence fondamentale entre l'option et le contrat à terme. En présence d'une option d'achat, c'est l'acheteur qui dispose du droit d'acquiescer le sous-jacent aux conditions du contrat sans en avoir l'obligation. Le coût de l'option s'appelle la prime.

A. L'acquisition d'une option

- 1247 Lorsque le contribuable acquiert une option d'achat, il obtient un droit en échange du paiement du prix d'acquisition. Cette opération constitue une permutation d'actifs, neutre économiquement. En conséquence, le contribuable n'acquiert pas un revenu.

394

- 1248 En revanche, l'*octroi d'une option à titre gratuit* confère à son bénéficiaire un avantage équivalent à la valeur de l'option, sa prime. De même, l'*octroi d'une option à un prix de faveur* confère à son bénéficiaire un avantage économique correspondant à la différence entre la valeur vénale de l'option et le prix préférentiel d'acquisition. Pour le traitement fiscal des options remises dans un plan d'intéressement du personnel, nous renvoyons le lecteur au Chapitre 17¹⁵⁸³.

B. L'exercice

- 1249 La remise ou la réception de l'option ne doit pas être confondue avec son exercice qui peut avoir lieu au cours d'une période fiscale subséquente.

¹⁵⁷⁸ ATF 110 Ia 1 consid. 5 p. 6.

¹⁵⁷⁹ En ce sens, Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 237.

¹⁵⁸⁰ Art. 959c al. 2 ch. 10 CO.

¹⁵⁸¹ Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 240.

¹⁵⁸² Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 60.

¹⁵⁸³ *Infra* p. 364, en particulier p. 369.



- 1250 Il existe de nombreux types d'options dans le domaine des produits financiers. Ce n'est pas le lieu de les traiter exhaustivement. Nous relèverons néanmoins que les options « américaines » se distinguent des options « européennes » dans la mesure où celles-là peuvent être exercées en tout temps durant la vie de l'option, alors que celles-ci ne peuvent être exercées qu'à l'échéance de l'option¹⁵⁸⁴.
- 1251 A l'exercice, le contribuable réalise un avantage économique correspondant à la différence entre la valeur du droit sous-jacent et le prix prévu dans le contrat d'option. Lorsque cette différence est positive, l'investisseur qui détient l'option dans sa fortune privée réalise une plus-value. En l'état du droit, celle-ci est qualifiée de gain en capital et, par conséquent, le revenu est exonéré de l'impôt (LIFD 16 III)¹⁵⁸⁵.

C.L'aliénation

- 1252 Au lieu de l'exercer, le même investisseur peut aliéner l'option pour chercher à obtenir une plus-value. Lorsque tel est le cas, la plus-value qu'il réalise est qualifiée de gain en capital et, par conséquent, exonérée de l'impôt sur le revenu (LIFD 16 III)¹⁵⁸⁶.

3.Les options de vente

- 1253 L'option de vente est un droit de créance qui permet à son détenteur d'aliéner un bien ou un droit. Ce bien ou ce droit est qualifié de sous-jacent. A la différence des contrats à terme, l'option de vente a un caractère asymétrique. Le contribuable-investisseur est titulaire d'un droit, non d'une obligation, de

395

vendre un titre à l'émetteur. En bonne logique, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent aux options d'achat et aux options de vente du point de vue de l'acquisition du revenu¹⁵⁸⁷.

III.Les produits dérivés « structurés » ou « combinés »

1.L'absence de base légale

- 1254 La loi ne régit pas spécifiquement le traitement fiscal de l'investissement dans des produits dérivés, qu'ils soient *structurés* ou *combinés*¹⁵⁸⁸.
- 1255 La doctrine relève que les avantages économiques générés par ce type d'investissements sont susceptibles d'être rattachés à différentes bases légales (LIFD 16 I ; LIFD 20 I a, b ou b et LIFD 16 III)¹⁵⁸⁹. Pour la question qui nous intéresse, l'intérêt de la qualification se résume dans l'alternative suivante :

1°Est-ce que l'avantage économique est imposable (LIFD 16 I, 20 I a, b ou c) ?

2°Est-ce que l'avantage économique est exonéré (LIFD 16 III) ?

¹⁵⁸⁴ Au sujet des « *low exercise price options* » (LEPO), voir AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 5.

¹⁵⁸⁵ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 16 N 161.

¹⁵⁸⁶ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 4 ; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 61 ; Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 240.

¹⁵⁸⁷ *Supra* p. 377.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, Mengiardi, p. 49.

¹⁵⁸⁹ *Ibidem*.



2. La position de l'AFC

A. La méthode de la « transparence » ou de la « décomposition »

- 1256 Pour déterminer si l'instrument est imposable, l'AFC applique une méthode qui consiste à vérifier dans un premier temps si l'instrument peut être qualifié de « *transparent* »¹⁵⁹⁰. Un produit est « *transparent* » lorsque :

1°A l'émission, les composantes de base (obligation et instruments financiers dérivés) sont dissociables et sont effectivement négociés séparément ;

2°L'émetteur fait apparaître, dans les annonces de vente et le prospectus d'émission, les diverses composantes dont il exprime *séparément* les valeurs au moyen de calculs de mathématiques financières ;

3°Il est possible de reconstituer *ex post* les diverses composantes du produit sur la base d'une méthode analytique et d'en calculer la valeur.

396

- 1257 La question suivante doit donc être posée : les composantes de l'instrument financier sont-elles séparées ou séparables (ou dissociables) ? En cas de réponse positive, chaque composante se voit appliquer un traitement propre¹⁵⁹¹.

B. Les instruments séparables

a. La séparation des opérations

- 1258 Pour les instruments susceptibles d'être décomposés ou « transparents », la part d'investissement à rendement fixe, qu'on appellera la *composante-obligataire*, doit être distinguée de la part aléatoire, qu'on appelle la *composante-option*¹⁵⁹².

b. La composante-obligataire

- 1259 La partie obligataire de l'investissement est imposée auprès de l'investisseur selon les règles applicables aux titres à escompte purs ou mixtes¹⁵⁹³.

- 1260 Les intérêts réalisés sur la *composante-obligataire* sont des rendements de fortune imposables à l'échéance.

c. La composante-option

- 1261 L'avantage économique obtenu sur la *composante-option* peut être qualifié de gain en capital exonéré (16 III). Symétriquement, la perte n'est pas déductible¹⁵⁹⁴.

- 1262 L'exonération suppose naturellement que l'investisseur se limite à une gestion ordinaire de sa fortune privée¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹⁰ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 9 ; pour des explications, voir Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 69-73 ; Krafft, *CR LIFD*, ad art. 20 N 241-256.

¹⁵⁹¹ Mengiardi, (p. 54, p. 99 note de bas de page 195 et p. 494) qualifie cette approche de : « *Aufgliederungs-methode* ».

¹⁵⁹² Arrêt TF 2P.181/2005 et 2A.438/2005 du 8 février 2006 consid. 3.2.1 publié à la RDAF 2007 II 30 p. 36.

¹⁵⁹³ Arrêt TF 2P.181/2005 et 2A.438/2005 du 8 février 2006 consid. 3.2.1 publié à la RDAF 2007 II 30 p. 36.

¹⁵⁹⁴ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 10.

¹⁵⁹⁵ Au sujet de la délimitation entre gain en capital et produit d'une « autre » activité lucrative indépendante, *supra* p. 100 et s.



- 1263 Lorsque les composantes ne sont pas négociées séparément, une analyse spécifique doit être effectuée pour la *composante-obligataire*. Celle-ci est alors imposable selon la méthode de la différence (*reine Differenzbesteuerung*)¹⁵⁹⁶.

397

C.Les instruments « non transparents »

- 1264 S'il s'agit d'un produit qui ne peut pas être décomposé, l'option ou le droit de conversion est réputé correspondre à la composante aléatoire d'une opération d'investissement. Un éventuel avantage économique est alors qualifié de rendement de fortune (LIFD 20 I a ou b)¹⁵⁹⁷.
- 1265 En cas d'*aliénation*, les produits non transparents sont assimilés à des obligations à intérêt unique prédominant (LIFD 20 I b). Il en découle que le gain est calculé selon la méthode de la différence¹⁵⁹⁸.

3.Une illustration : les certificats « classiques » sur un indice ou un panier d'actions

A.Le point de vue économique

- 1266 Celui qui adopte un point de vue économique se fonde sur l'ensemble des circonstances concrètes et, en particulier, les propriétés de l'instrument qu'il examine. L'objectif est de traiter de manière identique les situations *analogues*. Cela suppose que l'on applique à chaque produit *dérivé* le traitement qui correspond à l'investissement *direct* dont il se rapproche le plus.
- 1267 Par exemple, un certificat d'actions consiste en une reproduction synthétique de plusieurs investissements dans des actions sur un marché donné ou répondant à des critères préétablis. En suivant une approche économique, on pourrait ainsi appliquer à un certificat d'actions le traitement fiscal qui correspond à chacun des revenus que génèrent les actions comprises dans le produit¹⁵⁹⁹. Cette approche peut être qualifiée de « méthode de la réplcation ». Ce n'est toutefois pas l'approche retenue.

B.Le point de vue de l'AFC

- 1268 Pour l'AFC, les certificats classiques sur un indice ou sur un panier d'actions constituent une catégorie *sui generis* d'instruments financiers¹⁶⁰⁰. Cela signifie que l'AFC opère une distinction entre les avantages économiques qui dépendent de l'évolution des valeurs sous-jacentes et les paiements compensatoires¹⁶⁰¹. Les plus/moins-values réalisées sur ces certificats sont

398

qualifiés fiscalement de gains/pertes en capital (LIFD 16 III), alors que les paiements compensatoires sont qualifiés d'intérêts d'avoirs (LIFD 20 I a)¹⁶⁰².

¹⁵⁹⁶ Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, *Handkommentar DBG*, ad art. 20 N 72.

¹⁵⁹⁷ AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 11.

¹⁵⁹⁸ En ce sens, arrêt TF 2P.181/2005 et 2A.438/2005 du 8 février 2006 consid. 3.2.3 publié à la RDAF 2007 II 30 p. 37.

¹⁵⁹⁹ Annexe III à la circulaire de l'AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 1.

¹⁶⁰⁰ En ce sens, voir l'annexe III à la circulaire de l'AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 1.

¹⁶⁰¹ Annexe III à la circulaire de l'AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 1.

¹⁶⁰² *Ibidem*.



C.Le moment du revenu

- 1269 Les avantages économiques qu'obtient l'investisseur dans un certificat d'action sous forme de *paiements périodiques* sont imposables à l'*échéance* en application de l'approche normative. En cas de risque avéré de défaillance de l'émetteur, l'approche positive pourrait trouver application.
- 1270 L'avantage économique qu'obtient l'investisseur dans un certificat d'action sous forme de prestation unique ou de « paiements compensatoires » à l'émission (sous forme d'escompte) ou au moment du remboursement (sous forme d'agio) sont imposables uniquement au moment du *remboursement*. Avant, il n'est pas disponible. L'investisseur bénéficie ainsi de la valeur-temps de l'argent.
- 1271 On mentionnera pour conclure ce chapitre qu'un traitement fiscal identique s'applique aux certificats sur indice, ainsi qu'aux « paniers de titres » dont la valeur repose sur des métaux précieux ou des matières premières. Pour un examen plus approfondi des produits structurés ou combinés, le lecteur est renvoyé à la thèse de Mengiardi et à la circulaire sur les obligations et instruments financiers dérivés¹⁶⁰³.

¹⁶⁰³ Mengiardi, *Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte*, p. 41-153 et p. 259 ss ; AFC, Obligations et instruments financiers dérivés, p. 9-13.