

Réforme internationale de l'imposition de l'économie numérique : Impacts des piliers un et deux sur le secteur bancaire suisse

Gabriel Bourquin / Bernhard Schopper



*Dr. Gabriel Bourquin,
Senior Tax Analyst,
Association Suisse
des Banquiers*



*Bernhard Schopper,
Head of Tax,
HSBC Global Private Bank*

La présente contribution se penche sur les spécificités du Pilier Un et du Pilier Deux du projet de l'OCDE et du G20 sur la réforme internationale de l'imposition de l'économie numérique (GloBE), du point de vue du secteur bancaire suisse. Concernant le Pilier Un, un carve-out pour le secteur financier est prévu et cet article définit tout d'abord la portée de l'exclusion du montant A et l'illustre au moyen d'exemples. Il sera rappelé que les banques n'échappent a priori pas au montant B, dont on ne mesure pas encore pleinement la portée. Concernant le Pilier Deux, dont les banques ne sont pas exclues, l'article traite de certaines problématiques particulièrement pertinentes pour les banques, telles que le traitement des intérêts sur le capital complémentaire AT₁, la notion d'impôts couverts et finalement la problématique des différences permanentes. En fin d'article quelques pistes pour des mesures compensatoires fiscales seront évoquées.

Dieser Beitrag befasst sich mit den Besonderheiten von Säule Eins und Säule Zwei des OECD/G20-Projekts zur internationalen Reform der Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft (GloBE) aus der Sicht des Schweizer Bankensektors. In Bezug auf Säule Eins ist ein Carve-out für den Finanzsektor vorgesehen, und in diesem Artikel wird zunächst der Umfang des Ausschlusses von Betrag A definiert und anhand von Beispielen erläutert. Es wird daran erinnert, dass die Banken a priori nicht von Betrag B ausgenommen sind, dessen Tragweite noch nicht vollständig erfasst ist. In Bezug auf die Säule 2, von der die Banken nicht ausgenommen sind, behandelt der Artikel einige für Banken besonders relevante Problematiken, wie die Behandlung von Zinsen auf das zusätzliche Kernkapital AT₁, den Begriff der gedeckten Steuern und schliesslich die Problematik der permanenten Differenzen. Am Ende des Artikels werden einige Möglichkeiten für steuerliche Kompensationsmassnahmen angesprochen.

Contenu

1	Introduction : la solution des deux piliers	1
2	Pilier Un – Exclusion du secteur financier	4
2.1	Justification de l'exclusion du secteur financier	5
2.2	Définition et portée de l'exclusion	7
2.2.1	Entités comprises dans le groupe	8
2.2.2	Institutions financières qualifiées	9
2.2.3	Revenu réalisé de manière prépondérante par les institutions financières du groupe	10
2.3	Définition des Institutions Financières exclues – Différences avec CRS	13
2.4	Conclusion intermédiaire	14
3	Pilier Deux : spécificités pour les banques	15
3.1	Pourquoi les banques ne sont-elles pas exclues du pilier 2 ?	15
3.2	Intérêts sur le capital AT1	16
3.3	Impôts Couverts : impôts spécifiques au secteur bancaire	17
3.4	Différences permanentes : une charge pour les banques	18
3.5	Conclusion intermédiaire	20
4	Mesures compensatoires : les mesures prioritaires du point de vue de la place financière suisse	20
5	Conclusion	22

1. Introduction : la solution des deux piliers

Faut-il encore présenter le projet phare de l'OCDE sur la réforme des règles d'imposition internationale, lancé dans le contexte des « défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie » ? Ce projet trouve sa source dans la digitalisation de plus en plus avancée de l'économie mondiale et la perception d'un nombre grandissant d'Etats (ainsi que de leur opinion publique) que les règles actuelles d'imposition internationale sont devenues obsolètes face à ces développements. L'OCDE avait bien essayé de s'attaquer au problème dans le cadre de sa première initiative de 2015 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (plus connue sous son acronyme anglais de « BEPS »), dont l'action numéro un¹ était supposée trouver des solutions aux défis fiscaux posés par l'économie numérique. Sans grand succès, puisque de nombreux Etats, en particulier européens, ont commencé à introduire des impôts sur les services digitaux (*Digital Ser-*

¹ OCDE (2017), Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252141-fr>.

vices Taxes). Pour éviter une prolifération de mesures unilatérales et non-coordonnées, l'OCDE a remis l'ouvrage sur le métier avec un nouveau rapport intermédiaire publié en 2018². Mais c'est début 2019 qu'apparaît officiellement l'idée de diviser cette réforme des règles internationales en deux « piliers »³ : le premier focalisé sur les entreprises actives dans l'économie numérique et le second visant à mettre un frein (« définitif » est-on tenté d'ajouter) à la planification fiscale perçue comme agressive des entreprises multinationales⁴. Ce projet est familièrement surnommé « BEPS 2.0 ».

Sans entrer dans les détails⁵, rappelons que le Pilier Un⁶ vise à allouer une proportion du bénéfice de certains groupes d'entreprises multinationales aux juridictions de marché, sans que ce groupe ne dispose nécessairement d'une présence (filiale ou établissement stable) dans ces juridictions. Pour cela, le Pilier Un introduit un nouveau critère d'assujettissement (« nexus ») basé sur le chiffre d'affaires trouvant sa source dans un pays concerné. Ces pays pourront imposer une partie du bénéfice consolidé du groupe ; montant déterminé sur une base formulaire (dénommé « montant A »). A l'entrée en vigueur des règles relatives au Pilier Un, les entreprises multinationales avec un chiffre d'affaires annuel de plus de €20 milliards et présentant une rentabilité d'au moins 10% seront concernées par ces nouvelles règles de répartition du bénéfice. A noter que dans sa version actuelle, toute référence à l'économie numérique a disparu. Ainsi, les règles du Pilier Un s'appliqueront à toute entreprise multinationale qui remplit les critères de

² OCDE (2018), Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018 : Cadre inclusif sur le BEPS, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264301627-fr>.

³ OECD/G20, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note – As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019.

⁴ Rétroactivement, on peut dire que le projet BEPS 1.0 a été un échec car, malgré les différentes mesures introduites sur la base des 15 actions proposées en 2015, celles-ci n'ont pas été suffisantes pour mettre un frein à l'optimisation fiscale perçue comme abusive des grands groupes d'entreprises. D'où la nécessité pour l'OCDE, poussée par les gouvernements du G20, de proposer des réformes plus ambitieuses qui remettent frontalement en cause les règles fiscales internationales traditionnelles, et tout particulièrement les règles en matière de prix de transfert (que le projet BEPS 1.0 tentait encore de maintenir).

⁵ Pour une analyse plus détaillée des piliers un et deux voir notamment l'article en deux parties de Jessica Salom dans cette même revue : JESSICA SALOM, BEPS 2.0 en droit suisse : La réforme internationale de l'imposition de l'économie numérique en résumé et son impact en droit suisse – Partie I : Le pilier 1, ASA 90 | 4 / 2021–2022, p. 159 ss. (ci-après « SALOM, Pilier Un ») – Partie II : Le Pilier 2, ASA 90 | 5–6 / 2021–2022, p. 239 (ci-après « SALOM, Pilier Deux »).

⁶ Au moment de la rédaction de cet article, l'accord multilatéral pour l'implémentation du Pilier Un n'a pas encore été publié. Il faut donc se baser sur diverses publications de l'OCDE, notamment le « blueprint » d'octobre 2020 (OCDE (2020), Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le blueprint du Pilier Un : Cadre inclusif sur le BEPS, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/3585df0b-fr>.) (ci-après « Rapport sur le blueprint du Pilier Un ») ou la « Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie » du 8 octobre 2021.

chiffres d'affaires et de rentabilité, peu importe son champ d'activité, à l'exception des secteurs extractif et bancaire comme nous verrons ci-dessous.

Le Pilier Deux, dont les règles modèles ont été publiées le 20 décembre 2021⁷, vise l'instauration d'une taxation minimum au taux effectif de 15%. Le cercle d'entreprise concernées sera bien plus large que pour le premier pilier : le critère déterminant étant un chiffre d'affaires annuel de €750 millions. Les entreprises multinationales concernées devront ainsi déterminer le taux d'imposition effectif de chaque entité du groupe. Toute entité dont le taux d'imposition effectif sera inférieur au taux minimum de 15% sera soumise à un impôt supplémentaire (dite *top-up tax*) afin d'atteindre cette charge fiscale effective de 15%. Le modèle de règles prévoit différents mécanismes pour recouvrer cet impôt supplémentaire, dont la règle d'inclusion du revenu (RIR), mais dont la description dépasse le cadre de cet article⁸.

Si l'idée d'un taux d'imposition minimum semble a priori simple, la mise en œuvre sera, en réalité, extrêmement complexe. En effet, pour assurer un calcul homogène du taux d'imposition effectif entre les entreprises dans le champ d'application et opérants dans une multitude de juridictions aux règles d'imposition variées, l'OCDE a créé un nouveau standard *sui generis*, mélange de règles comptables et fiscales. Ce nouveau standard global, désigné sous son acronyme « GloBE » pour *Global Anti-Base Erosion*, servira de base au calcul du taux d'imposition effectif en prescrivant, d'une part, les impôts qui seront pris en compte dans le numérateur (*Adjusted Covered Taxes*) et, d'autre part, le résultat imposable (appelé *GloBE Income or Loss*) utilisé comme dénominateur. Décrire en détails l'application de ces règles dépasserait le cadre de cette contribution. On mentionnera néanmoins que la complexité des règles, notamment en ce qui concerne la prise en compte des impôts latents⁹ comptabilisés selon les standards IFRS ou US-GAAP utilisés par la majorité de groupes impactés, dépasse les pires craintes des représentants de l'économie. Aussi, sont prévues plus d'une dizaine d'options, certaines applicables juridiction par juridiction, avec lesquelles les groupes devront jongler.

⁷ OECD (2021), *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) : Inclusive Framework on BEPS*, OECD, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm> (ci-après : « Modèle de Règles du Pillier Deux »).

⁸ Le lecteur intéressé par les implications des Piliers Un et Deux sur le secteur financier pourra consulter l'article à paraître dans la revue *EXPERT FOCUS*, de JAN WEISSBRODT et URS KAPALLE, *OECD Pillar 1 und 2 – Auswirkungen auf die Finanzbranche. Eine Einordnung und Überlegungen zu einer tauglichen Umsetzung für Finanzunternehmen in der Schweiz*.

⁹ Modèle de Règles du Pilier Deux, chap. 4.4.

Selon le planning de l'OCDE, repris par de nombreux Etats dont ceux de l'Union Européenne¹⁰, le Pilier Deux s'appliquera dès l'année fiscale 2023. Un calendrier extrêmement ambitieux lorsque l'on songe que le commentaire devant expliciter ces règles n'est pas encore publié au moment de rédiger ces lignes et que l'accord multilatéral permettant une mise en œuvre coordonnée du Pilier Deux (*GloBE Implementation Framework*) n'est pas attendu avant plusieurs mois¹¹. Comme noté par certains commentateurs¹², les entreprises multinationales concernées font face à un défi énorme puisqu'elles devront mettre en place ce nouveau standard GloBE mélangeant ajustements comptables et fiscaux, collecter de nouvelles données, modifier leurs systèmes comptables et de consolidation et trouver les spécialistes, notamment des fiscalistes qui maîtrisent le *tax accounting*, qui assureront l'application de ces règles et les reportings qui y sont liés. Même si la première déclaration relative à l'année 2023 n'est due qu'en juin 2025 (18 mois après la clôture de l'exercice¹³), la plupart des groupes devront être prêts d'ici la fin 2022 de manière à pouvoir collecter les données requises dès le début de l'année 2023 et également tenir compte de ces nouvelles règles et de l'éventuelle charge fiscale supplémentaire dans leur planning financier et leurs projections de résultat ; un point particulièrement délicat pour les groupes cotés en bourse.

2. Pilier Un – Exclusion du secteur financier

Bonne nouvelle pour les institutions financières, le secteur financier est exclu du champ d'application du Pilier Un. Toutefois, avant de pouvoir fermer le chapitre « Pilier Un », les entreprises multinationales actives dans le domaine financier devront déterminer si elles remplissent les critères d'exclusion des règles du Pilier Un que nous aborderons ci-après. De plus, si l'exclusion est clairement applicable au « Montant A », la question reste ouverte pour le « Montant B » qui vise à instaurer des règles simplifiées pour rémunérer des activités de distributions et de commercialisation.

¹⁰ « Commission proposes swift transposition of the international agreement on minimum taxation of multinationals », Communiqué de presse de la Direction générale de la fiscalité et de l'union douanière, Commission Européenne, Bruxelles, 22 décembre 2021, https://ec.europa.eu/taxation-customs/news/commission-proposes-swift-transposition-international-agreement-minimum-taxation-multinationals-2021-12-22_en.

¹¹ Même l'OCDE n'avance pas de calendrier précis dans son communiqué de presse du 20 décembre 2021 intitulé « L'OCDE publie le modèle de règles du Pilier Deux pour la mise en œuvre au niveau national de l'impôt minimum mondial de 15 % », Paris, <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/l-ocde-publie-le-modele-de-regles-du-pilier-deux-pour-la-mise-en-oeuvre-au-niveau-national-de-l-impot-minimum-mondial-de-15-pour-cent.htm>.

¹² Deloitte, « OECD GloBE update – Overview of the key parameters of the model rules », Tax and Legal Blog, entrée du 22 décembre 2021, <https://blogs.deloitte.ch/tax/2021/12/globe-update-overview-of-the-key-parameters-of-the-model-rules.html>.

¹³ Le délai de 18 mois ne s'appliquera que pour la première année faisant l'objet d'un reporting (§ 9.4.1 Modèle de Règles du Pilier Deux) ; ensuite un délai de 15 mois sera appliqué (§ 8.1.6 de ces mêmes règles).

Cette exclusion (ou *carve-out*) est bienvenue pour le secteur bancaire suisse étant donné que les plus grands groupes bancaires dont le siège est en Suisse, ainsi que de nombreux groupes étrangers avec des filiales établies dans le pays, échappent ainsi à l'application complexe du Montant A.

2.1. Justification de l'exclusion du secteur financier

L'exclusion du secteur financier s'est imposée dès le projet de rapport sur le Pilier Un publié en octobre 2020¹⁴. Selon ce rapport, il était prévu d'exclure également les secteurs de l'extraction des ressources naturelles, de la construction ainsi que le transport aérien et maritime international. Cette liste est toutefois rapidement réduite aux seules industries extractives et aux « services financiers réglementés »¹⁵. Diverses raisons sont évoquées dans les documents de l'OCDE, mais à notre avis, la justification principale réside dans le niveau très élevé de réglementation auquel les institutions financières sont soumises. Ainsi, en Suisse, quasiment 2000 pages de réglementation s'appliquent aux banques, gérants de fortune et assurances,¹⁶ sans compter les législations étrangères et les multiples régimes fiscaux nationaux et internationaux. En particulier, depuis la crise financière de 2008, de nombreux Etats ont introduit des législations qui limitent fortement les activités transfrontalières des institutions financières¹⁷. Ces restrictions sont particulièrement néfastes pour les banques suisses qui gèrent la plus grande partie des actifs financiers déposés hors de leur pays d'origine¹⁸.

La réalité est que le secteur financier, et les banques en particulier, font face à de nombreuses contraintes lorsqu'elles recherchent à acquérir et servir des clients résidents dans des pays étrangers. Si l'activité transfrontalière dépasse les simples activités de socialisation et de marketing, la banque devra très rapidement obtenir une licence, voir fonder une présence – succursale ou filiale – dans le marché concerné. Une telle présence implique alors une infrastructure locale (personnel, bureaux, serveurs informatiques, etc.),

¹⁴ Rapport sur le blueprint du Pilier Un.

¹⁵ Voir la « Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », 1^{er} juillet 2021, OCDE, Paris, <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/declaration-sur-une-solution-reposant-sur-deux-piliers-pour-resoudre-les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-de-l-economie-juillet-2021.pdf>.

¹⁶ Ainsi l'édition 2020 du recueil de la législation financière suisse « BF 2020 » fait 1775 pages ! BF 2020 : Réglementation et autoréglementation des marchés financiers en Suisse, Thévenoz, Luc (Editeur), Zulauf, Urs (Editeur), Bâle, 2020.

¹⁷ A titre d'exemples, et pour prendre uniquement les pays voisins, citons la Directive européenne 2014/65 (« MiFID II ») qui rend quasi-impossible le démarchage de clients privés dans l'EU par les banques de pays tiers tels que la Suisse et la Directive 2011/61 (« AIFM ») qui prévoit des barrières similaires en matière de gestion de fonds de placement alternatifs.

¹⁸ En 2020, la part de la Suisse dans la gestion d'actifs transfrontaliers est estimée à 23,7%, soit la première place devant le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Source : Deloitte (2021), « The Deloitte International Wealth Management Centre Ranking 2021 ».

une allocation de capital et la capacité de gérer et absorber les risques en relation avec ce marché. Cette réalité est reconnue par l'OCDE dans le rapport sur le blueprint du Pilier Un puisqu'il y est écrit : « les règlements régissant les entreprises concernées dans chacun des trois secteurs [note : banques, assurance et gestion d'actifs], [...] imposent généralement le maintien d'entités dûment capitalisées dans chaque juridiction du marché pour exercer des activités sur le marché concerné. Compte tenu de ce facteur, les bénéfices des activités [aux consommateurs] provenant d'une juridiction du marché en particulier, seront généralement imposés dans cette juridiction de sorte qu'une répartition du Montant A ne sera plus nécessaire »¹⁹. Le rapport va encore plus loin puisqu'il admet qu'une allocation du bénéfice aux juridictions de marché sur la base du Montant A pourrait même aller à l'encontre de certains objectifs réglementaires tel que la constitution et le maintien de fonds propres minimum (en partie alimentés par les bénéfices nets cumulés) ou, pour les banques d'importances systémiques, les règles de résolution en cas d'insolvabilité. Le rapport est très clair sur ce point puisqu'il indique : « Sous un angle négatif, il existe un risque de conflit entre le fonctionnement du Montant A et ces régimes réglementaires non fiscaux, car la réglementation peut viser à protéger les entités locales réglementées, notamment de l'insolvabilité des sociétés affiliées. Il se pourrait alors que les autorités de contrôle refusent l'existence de paiements interentreprises au titre du Pilier Un, exigent qu'une filiale rembourse la banque locale réglementée ou bien imposent la détention de capitaux supplémentaires. »²⁰ Pour être complet, mentionnons encore que le rapport sur le blueprint du Pilier Un évoque les difficultés pratiques qui se poseraient inévitablement dans l'application du calcul du Montant A à une activité d'intermédiation financière qui est essentiellement basée sur la réalisation d'une marge (p.ex. intérêts, change, courtage, etc.).²¹

Notons au passage que cette spécificité du secteur financier se retrouve d'ailleurs dans les règles relatives aux prix de transfert, notamment en matière d'allocation de profit à un établissement stable²². Ainsi, lorsqu'il est question du secteur financier, il ressort clairement des travaux de l'OCDE que l'on est très loin du modèle de l'entreprise active dans le monde numérique et capable de toucher des milliers de clients dans de nombreux marchés sans présence physique. Pour cette raison, l'exclusion du secteur bancaire du champ d'application du Pilier Un s'avère pleinement justifiée.

¹⁹ Rapport sur le blueprint du Pilier Un, § 124.

²⁰ Rapport sur le blueprint du Pilier Un, § 127.

²¹ Rapport sur le blueprint du Pilier Un, § 126 : « L'un des principaux arguments est le fait que l'utilisation d'un ratio bénéfice/ventes (qui serait normalement utilisé dans les secteurs non financiers pour calculer le Montant A) se révélerait probablement inapplicable dans le secteur bancaire ».

²² OCDE (2010), 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OCDE, Paris. Sur la totalité du rapport, environ $\frac{3}{4}$ est consacré aux établissements stables d'institutions financières.

2.2. Définition et portée de l'exclusion

Dès lors que les Etats du G20 et de l'*Inclusive Framework* acceptent l'exclusion des entreprises multinationales actives dans les services financiers, il convient d'en définir la portée. Une solution aurait été de définir un seuil de chiffre d'affaires réalisé en relation avec la fourniture de « services financiers ». Toutefois, la qualification des multiples revenus de « financiers » ou « non-financiers » aurait inévitablement posé des problèmes de délimitation. De plus, la question – déjà évoquée dans la section précédente – de savoir s'il fallait prendre en compte les revenus bruts ou uniquement le résultat net, c'est-à-dire la marge réalisée, se serait à nouveau posée. Une idée alternative, qui a été proposée dans le cadre des travaux faisant suite à la publication du blueprint, aurait été de limiter l'exclusion aux « institutions financières déclarantes » selon la définition de la Norme d'échange automatique de renseignements²³ (plus connue sous son acronyme anglais de « CRS » pour *Common Reporting Standard*). Cette approche aurait été simple d'application car la Norme étant entrée en vigueur dans de nombreux pays, y compris la Suisse il y a plusieurs années, identifier les institutions financières déclarantes au sein d'un groupe aurait été une tâche facile. Mais cette définition aurait aussi présenté deux inconvénients majeurs. En premier lieu, les institutions financières « non-déclarantes », c'est-à-dire les institutions financières qui ne doivent pas reporter de comptes financiers selon les règles CRS, auraient été écartées de l'exclusion. Cet état de fait aurait notamment affecté négativement les groupes principalement centrés sur la gestion d'actifs et de véhicules de placement mais qui eux-mêmes ne tiennent pas de comptes financiers. Ces groupes seraient ainsi retombés dans le champ d'application du Montant A – ce qui n'est pas souhaitable, comme expliqué ci-dessus. Un autre inconvénient de cette approche aurait été d'écarter *de facto* toutes les institutions financières situées dans des juridictions n'appliquant pas CRS et, parmi celles-ci, les Etats-Unis..

L'approche finalement retenue²⁴ s'inspire néanmoins en grande partie de la logique des règles CRS puisqu'il est prévu d'exclure les groupes qui réalisent de manière prépondérante leurs revenus au travers d'entités qualifiant « d'institutions financières ». Si la condition est remplie, l'ensemble du groupe financier (*regulated financial services group* ou FSG) sera exclu de l'application du Montant A. Le critère de prépondérance sera rempli si le groupe réalise plus de 70% de ses revenus totaux au travers d'entités qui sont des institutions financières qualifiées. Ainsi, pour déterminer si l'exclusion est applicable, un groupe devra procéder en trois étapes :

²³ OCDE (2014), Norme d'échange automatique de renseignement relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264222090-fr> (ci-après la « Norme » ou « CRS »).

²⁴ Rappelons que, au moment de rédiger cet article, l'accord multilatéral pour l'implémentation du Pilier Un n'a pas encore été publié. Notre analyse est basée sur un document daté du 10 août 2021 qui a circulé entre certaines associations bancaires (ci-après « Projet d'exclusion des groupes financiers régulés »).

- (1) identifier les entités faisant partie du groupe,
- (2) déterminer pour chaque entité si celle-ci est qualifiée d'institution financière (IF) au sens de la définition donnée pour le Pilier Un, et
- (3) calculer les revenus générés par ces dernières par rapport au revenu total du groupe. Si le ratio de l'étape 3 excède 70%, le groupe dans son entier sera exempté.

2.2.1. Entités comprises dans le groupe

Il convient de déterminer quelles entités font partie du groupe financier et sont donc exclues du Pilier Un. Au sens de la définition retenue, font parties du groupe les entités détenues, directement ou indirectement, à 50% ou plus en termes de droits de propriété ou de droits de vote²⁵. Cette définition est différente de celle du Pilier Deux, selon laquelle un groupe est défini comme l'ensemble des entités intégrées dans les états financiers consolidés de la société-mère ultime, auxquelles s'ajoutent les entités contrôlées mais non-consolidées car de taille immatérielle pour le groupe ou proposées à la vente²⁶. Cela fait-il une différence ? Pour prendre l'exemple des règles IFRS²⁷, une entité sera consolidée si elle est sous le « contrôle » de la société-mère. Or selon la norme IFRS 10 intitulée « Etats Financiers Consolidés », le contrôle résulte plus d'un état de fait que d'un seuil de détention minimum²⁸. La condition du contrôle sera remplie si le détenteur (1) possède le pouvoir de diriger les activités essentielles de l'entité, (2) a droit à un rendement variable de la part de l'entité et (3) a le pouvoir d'influencer ce rendement (conditions cumulatives)²⁹. Alors qu'une entité détenue à 50% ou plus des droits de participation ou des droits de vote sera très certainement intégrée dans les états financiers consolidés, on remarquera néanmoins que la notion de « contrôle » selon la norme IFRS est potentiellement bien plus large. Le cercle des entités consolidées peut donc être plus large que celui des entités détenues à plus de 50% et il s'agira d'identifier lesquelles il faut exclure pour déterminer si une entreprise multinationale revêt la qualité de FSG. A l'inverse, des entités non-consolidées, mais remplissant le critère de détention pour la définition de FSG devront être réintégrées pour la détermination des revenus pertinents.

Se pose également la question des établissements stables (en règle générale, dans le domaine des services financiers régulés, il s'agira souvent de succursales) que l'institution financière peut avoir dans des juridictions étrangères. Doivent-elles être traitées comme « entités » séparées ou sont-elles considérées comme une entité unique avec le siège ?

²⁵ Projet d'exclusion des groupes financiers régulés, section « définitions pour la règle générale ».

²⁶ Modèle de Règles du Pilier Deux, § 1.2.2.

²⁷ A noter que les définitions des Règles Modèles du Pilier Deux incluent les normes comptables suisses dans la liste des standards comptables acceptés – toutefois sans préciser s'il s'agit des règles selon le CO ou les Swiss GAAP RPC (ces dernières étant plus proches des IFRS).

²⁸ KPMG, Insights into IFRS, 16th Edition 2019/20, Volume 1, Sweet & Maxwell, London, p. 162 ss.

²⁹ Norme IFRS 10 « Etats Financiers Consolidés », version août 2019.

Sachant que plus un groupe possède d'entités qualifiées d'institution financière, plus il aura de chance de franchir le cap des 70% de revenu, cette question revêt une certaine importance. Sur ce sujet, le projet de règles du Pilier Un s'attarde peu³⁰, puisque le Projet d'exclusion des groupes financiers régulés précise simplement que le terme institution financière « inclut les succursales ». La notion d'institution financière utilisée dans le cadre du Pilier Un est, pour l'essentiel, reprise des règles CRS que nous allons analyser ci-dessous. Le modèle d'accord CRS entre autorités compétentes précise que la définition d'institution financière doit être appliquée sur une base territoriale : les succursales étrangères étant exclues de la définition d'institution financière résidente dans la juridiction signataire³¹. Si on applique la même logique dans le cadre du Pilier Un, les succursales étrangères sont à traiter comme des entités séparées et leur qualité « d'institution financière » – ou non – doit être analysée sur la base des activités de la succursale en question.

2.2.2. Institutions financières qualifiées

Le projet d'exclusion des groupes financiers prévoit cinq types d'institutions financières, dont les revenus compteront en vue du seuil d'exclusion. Ces institutions financières « qualifiées » seront les suivantes :

- Établissement de dépôt (*depository institution*) : toute entité régulée qui accepte des dépôts du public ou d'autres institutions dans le cadre habituel d'une activité bancaire. Cette catégorie inclut de manière évidente les banques et caisses d'épargne.
- Établissement gérant des dépôts de titres (*custodial institution*) : toute entité régulée dont une part substantielle de l'activité consiste à détenir des actifs financiers pour le compte de tiers. En plus des banques qui offrent des dépôts de titres, cette catégorie comprend notamment les dépositaires centraux ainsi que les directions de fonds de placement qui tiennent le registre des parts. Quant au seuil à partir duquel cette activité est considérée comme « substantielle », le commentaire du projet renvoie à la définition CRS qui fixe un seuil – relativement faible – de 20% ou plus de revenus bruts provenant de l'activité de dépôt de titres et des services qui y sont liés.
- Entité d'investissement (*investment entity*) : catégorie elle-même divisée entre deux sous-types d'entité d'investissement :
 - D'une part, toute entité régulée qui exerce comme activité principale (i) la conclusion de transactions portant sur des instruments financiers, pour le compte de

³⁰ Au contraire du Pilier Deux qui insiste lourdement sur la séparation entre siège et succursale étrangère pour les besoins du calcul du taux effectif d'impôts ; cf. Modèle de Règles du Pilier Deux, § 1.3.2 notamment.

³¹ Règles CRS, P.22, Modèle d'accord entre autorités compétentes, art. 1, ainsi que le Commentaire Sec.VIII.A.2.

tiers ou pour son propre compte, (ii) la gestion, individuelle ou collective, de portefeuilles d'actifs financiers ou (iii) effectuée des opérations d'investissement, d'administration, de gestion (y compris la gestion des risques) ou distribution d'actifs financiers ou d'argent pour le compte de tiers.

- D'autre part, tous les véhicules de placement dont les revenus bruts proviennent principalement d'une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'actifs financiers, si le véhicule en question est géré par une autre institution financière listée précédemment³².

Cette catégorie est très large et couvre, entre autres, les courtiers, les bureaux de change, les négociants en matières premières, les gérants indépendants, les directions de fonds de placement, ainsi que toute forme de véhicule de placement collectif (fonds de placement, fonds de *private equity*, *hedge funds*, etc.). À noter que la sous-catégorie des véhicules de placement est le seul type d'institution financière qui ne doit pas nécessairement être régulée.

- Entité d'assurance (*Insurance Activity Entity*) : toute entité qui (i) est soumise à une réglementation sur les assurances, (ii) dont plus de la moitié des revenus bruts proviennent d'une activité d'assurance, de réassurance ou de contrats de rente, ou (iii) plus de la moitié des actifs sont liés à ces mêmes activités. À noter que cette catégorie n'est pas limitée aux assurances-vie mais s'étend à toutes les formes d'assurance.
- Emetteur de cartes de crédit (*Credit Card Issuing or Acquiring Entity*) : toute entité régulée et autorisée à émettre des produits de crédits (cartes de crédit ou de débit), de proposer des prêts ou qui exploite un système de paiements permettant aux commerçants d'effectuer ou de recevoir des paiements au travers de divers dispositifs. À côté des sociétés émettrices de cartes de crédit et d'autres moyens de paiement analogues, cette catégorie permet d'inclure des sociétés de financement qui proposent des prêts sans toutefois recevoir de dépôts du public (comme le ferait une banque).

2.2.3. Revenu réalisé de manière prépondérante par les institutions financières du groupe

Finalement, l'exclusion s'appliquera au groupe dans son entier si les revenus générés par les entités qualifiées d'institutions financières par rapport aux revenus totaux du groupe excèdent 70%. Précisons que seuls les revenus réalisés avec des tiers (donc hors du groupe) sont à prendre en compte. Comme les revenus internes au groupe sont éliminés lors de la consolidation, cette condition ne devrait pas poser de problème en

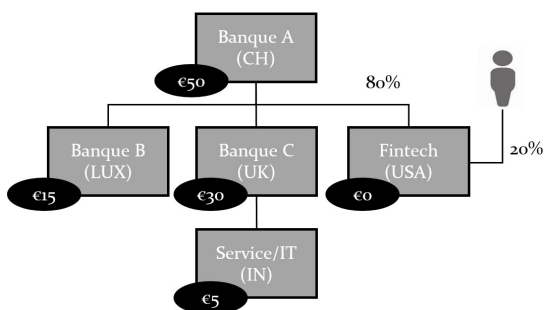
³² Pour être clair : établissement de dépôt, établissement gérant des dépôts de titres ou une entité d'investissement de la première sous-catégorie.

pratique. Par contre, le projet n'explique pas comme la notion de « revenu » doit être interprétée. Comme indiqué auparavant, dans le domaine bancaire où de nombreuses transactions sont rémunérées sur une base de marge, cette question n'est pas anodine. Faut-il donc prendre en compte l'ensemble des revenus bruts (p.ex. l'entier des intérêts bruts perçus) ou uniquement la marge (p.ex. le résultat net des opérations d'intérêts) ? En examinant les définitions d'« établissement gérant des dépôts de titres » et d'« entité d'investissement », on remarque qu'on s'y réfère à une activité substantielle ou principale. Ces définitions d'institutions financières étant reprises du CRS, on peut donc se baser sur les définitions et le commentaire de la norme d'échange d'information. Or, dans cette dernière, il est fait référence aux « revenus bruts ». ³³ Remarquons que le fait d'utiliser les revenus bruts est également plus équitable car le résultat final ne dépendra pas de facteurs propres à chaque banque et pouvant influencer le résultat net.

Les deux exemples suivants illustrent l'application de ces règles afin de déterminer si un groupe remplit les critères de l'exemption ou non.

Exemple 1

La groupe bancaire « A » a son siège en Suisse. Il possède deux filiales bancaires ainsi qu'une société de services qui fournit des prestations, essentiellement dans le domaine de l'informatique, aux autres sociétés du groupe ainsi qu'à quelques clients tiers. Le groupe a récemment acquis une fintech qui est encore en phase de démarrage et n'a donc pas encore de licence du régulateur. Cette fintech est détenue à hauteur de 20% par son fondateur et de 80% par la Banque A. Toutes les autres filiales sont détenues à 100%. Les revenus de chaque entité (réalisés avec des tiers, donc hors du groupe) sont indiqués en milliards d'Euro dans le cercle noir.



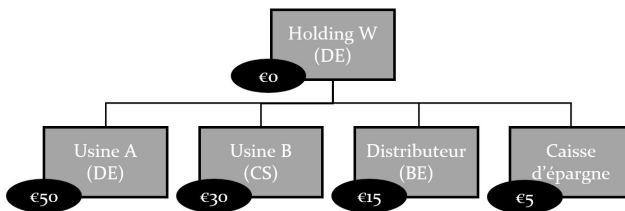
³³ CRS, Section VIII.A.4 pour les établissements gérant des dépôts de titres et Section VIII.A.6 pour les entités d'investissement.

Toutes les entités étant contrôlées à plus de 50%, elles doivent donc toutes être prises en considération pour l'application de l'exclusion. Les banques A, B et C sont clairement des institutions financières de type « établissement de dépôt ». La société de services n'est pas considérée comme une institution financière étant donné qu'elle rend des prestations dans le domaine informatique. En ce qui concerne la fintech, dès lors qu'elle n'offre pas encore de service aux clients et n'est pas régulée, elle ne peut être considérée, à ce stade, comme une institution financière.

En additionnant les revenus des trois entités qualifiables d'institutions financières ($50+15+30=95$) et en calculant la proportion de leurs revenus par rapport aux revenus totaux du groupe ($50+15+30+5+0=100$) on arrive à un ratio de $95/100 = 95\%$. L'entier du groupe (y.c. la société de service et la fintech) sera qualifié de *Financial Service Group* et donc exclu de l'application du Montant A. À noter que, si la société de services réalise des revenus financiers (p.ex. des intérêts perçus sur sa trésorerie), ceux-ci ne sont pas pris en compte dans le calcul du ratio, car seuls les revenus (peu importe leur nature) réalisés par des entités qualifiées d'institution financière sont pris en compte.

Exemple 2

Le groupe W est un constructeur automobile bien établi. Il possède des usines dans divers pays ainsi qu'une société qui gère la distribution des voitures produites auprès des réseaux de concessionnaires. Historiquement, le groupe possède également une caisse d'épargne qui propose des produits d'épargne aux employés du groupe ainsi qu'aux membres de leur famille. La caisse d'épargne propose des prêts hypothécaires à ces mêmes employés ainsi qu'à des tiers. Toutes les filiales sont détenues à 100%. Les revenus de chaque entité (réalisés avec des tiers, donc hors du groupe) sont indiqués en milliards dans le cercle noir.



Toutes les entités étant contrôlées à plus de 50%, elles doivent donc toutes être considérées pour l'application de l'exclusion. De toutes les entités du groupe, seule la caisse d'épargne (en partant du principe qu'elle est régulée sur la base de son activité) est qualifiée d'institution financière de type « établissement de dépôt ». En calculant le ratio des revenus de l'institution financière par rapport au total du groupe, on obtient : $5/100 = 5\%$.

Le groupe ne sera donc pas exempté. Par contre, la caisse d'épargne – en tant qu'entité individuelle – sera exclue du champ d'application du Montant A, ce qui obligera le groupe à exclure celle-ci de ses comptes consolidés avant de procéder au calcul du Montant A.

Si la part des entités financières qualifiées du groupe excède 70% des revenus (bruts) totaux, alors l'entier du groupe sera exempté de l'application du Montant A. Dans le cas contraire, et en partant du principe que le groupe remplit les autres critères fixés par le Pilier Un, les entités qualifiables d'institutions financières (s'il en existe) seront néanmoins exclues de la répartition du bénéfice selon le mécanisme du Montant A. Dans ce cas de figure, le groupe devra « déconsolider » les entités financières avant de se lancer dans la détermination du Montant A.

2.3. Définition des Institutions Financières exclues – Différences avec CRS

La définition des institutions financières pour les besoins de l'exclusion du Pilier Un est proche de celle retenue pour CRS, mais il existe néanmoins quelques différences dont il faut avoir conscience pour éviter de tomber dans le piège « institutions financières selon CRS = institutions financières exclues par le Pilier Un ».

Une première différence est que les définitions des institutions financières exclues contiennent toutes le critère de la soumission à un régime réglementaire, à l'exception des entités d'investissement de type véhicule de placement. Le critère de régulation ne figure en revanche pas dans les définitions CRS. Toutefois, comme exposé au paragraphe 2.1, cette divergence devrait avoir un impact pratique minimum puisque, par essence, toutes les activités financières décrites, que ce soit dans le CRS ou dans les règles du Pilier Un, ont pour particularité d'être régulées.

La différence majeure concerne toutefois les assurances. Pour CRS, seules les assurances émettant des « contrats d'assurance avec valeur de rachat » ou des « contrats de rente »³⁴, en d'autres mots : des contrats d'assurance avec une forte composante d'épargne, sont considérées comme institutions financières. Pour l'exclusion du Montant A, la définition est étendue à toute entité soumise, en vertu de la législation de son Etat de résidence, à une réglementation sur les activités d'assurance ou dont les revenus ou les actifs sont principalement liés à des activités d'assurance telles que définies par la législation locale. Ainsi, par exemple, une société d'assurance choses ou d'assurance maladie sera qualifiée d'institution financière sous le Pilier Un (dans la mesure où ces entités seraient soumises à une régulation *ad hoc* dans leur Etat de résidence) mais non dans le cadre du CRS.

³⁴ CRS utilise le concept d'« Organisme d'assurance particulier » : CRS Section VIII.A.8. Les termes « Contrat d'assurance avec valeur de rachat » et « Contrat de rente » sont définis à la Section VIII.C.6-7.

Une troisième différence se trouve dans la notion d'« actif financier ». Le projet d'exclusion élargi cette notion, d'une part aux simples prêts (afin d'être consistant avec la définition d'« émetteur de cartes de crédit », et d'autres part à la détention directe de biens immobiliers détenus à des fins d'investissement³⁵. Ce dernier élément risque vraisemblablement d'aboutir à des qualifications opposées entre CRS et Pilier Un. En particulier, les véhicules d'investissement détenant en majorité des biens immobiliers et très probablement qualifiés d'entité non-financière passive pour CRS pourraient se retrouver dans la catégorie institution financière pour l'exclusion du Montant A. Les groupes qui détiennent ce type d'entité devront donc être attentifs afin de les prendre en compte pour le calcul du ratio d'exclusion.

2.4. Conclusion intermédiaire

Quand bien même l'exclusion des entreprises actives dans le secteur financier s'est imposée rapidement comme une nécessité aux Etats de l'*Inclusive Framework*, « le diable se cache dans les détails » comme le dit le dicton populaire. Ainsi, pour déterminer si l'entier du groupe peut être exclu du Montant A, il conviendra en premier lieu de vérifier le périmètre de consolidation, puisque certaines entités pourraient être exclues alors qu'elles ne sont pas consolidées (et vice-versa). La définition des types d'institutions financières, même si elle est fortement inspirée du CRS, présente quelques différences dont il faudra également tenir compte. De manière générale, la définition d'institution financière pour l'exclusion est plus large que celle du CRS, ce qui devrait se révéler favorable aux groupes concernés.

Lors de l'élaboration du projet d'exclusion des groupes financiers régulés, il a beaucoup été question du traitement des Fintechs ; en particulier s'il fallait prévoir des règles spécifiques à ce type d'entité. Rappelons que sont qualifiées de « Fintech » les entreprises qui utilisent des nouvelles technologies digitales pour développer des services financiers innovants. Finalement, les définitions d'institutions financières listées ci-dessus s'appliqueront à tous les acteurs du secteur financier. Ainsi, une Fintech non-régulée (ce qui sera généralement le cas si celle-ci est en phase de développement) ne pourra pas être qualifiée d'institution financière au sens du Piler Un.

Reste encore la question de l'applicabilité du Montant B. En effet, l'exclusion des groupes financiers ne vaut que pour le calcul du Montant A. Selon le projet de Pilier Un, le Montant B « vise à standardiser la rémunération des distributeurs liés qui exercent des activités de commercialisation et de distribution [...] dans la juridiction de marché ».³⁶ En lisant le rapport du blueprint sur le Pilier Un, on comprend toutefois que l'activité

³⁵ Dans la définition CRS d'actif financier, la détention directe de biens immobiliers est explicitement exclue. CRS, Section VIII.A.7.

³⁶ Rapport sur le blueprint du Pilier Un, § 12.

de distribution visée est celle de biens³⁷. Même s'il n'est pas prévu que cette approche soit appliquée aux services, il conviendra de surveiller les développements au sujet de ce Montant B... qu'on a parfois tendance à oublier, par comparaison avec le Montant A.

3. Pilier Deux : spécificités pour les banques

Les banques ne sont pas exemptées du Pilier Deux. Aussi, la présente section se focalisera sur certains aspects de ce pilier particulièrement importants pour les banques.

3.1. Pourquoi les banques ne sont-elles pas exclues du pilier 2 ?

En premier lieu, on peut se demander pourquoi les arguments déployés pour l'exclusion des banques du Pilier Un ne prévalent pas également dans le contexte du Pilier Deux. Dans le secteur bancaire, les services pour les particuliers sont soumis à une réglementation locale stricte. Comme explicité auparavant, les normes reconnues dans le secteur financier (notamment les exigences de Bâle) imposent de nombreuses contraintes en matière bilancielle³⁸. Les banques ne sont pas des entreprises comme les autres, car elles doivent répondre à des exigences accrues en matière de fonds propres, exigences encore renforcées pour les banques d'importance systémique. A cela s'ajoutent des exigences relatives au ratio de liquidités à court terme et un ratio structurel de liquidités à long terme. Lorsque l'État de siège de la société mère appliquera la RIR, la charge fiscale supplémentaire qui en résultera aura un impact négatif sur le résultat et donc les réserves faisant partie de la couverture minimum en fonds propres, au risque que cela entre en conflit avec les contraintes réglementaires locales. Le Modèle de Règles ne précise pas à quel corpus réglementaire (fiscal ou réglementaire) il faudra accorder la priorité.

Le Modèle de Règles du Pillier Deux prévoit certes une exclusion basée sur la substance et admet qu'un montant correspondant à une partie des frais de personnel et des immobilisations corporelles sera exclu du profit GloBE, pour être taxé au taux « local ».³⁹ Mais l'impact de cette exclusion basée sur la substance s'avèrera relatif, d'autant plus que le ratio déterminant pour l'exclusion sera abaissé au cours des années. Ainsi, d'ici à 2033, le ratio devra progressivement passer de 10% à 5% en relation avec les dépenses relatives aux frais de personnel et de 8% à 5% pour ce qui concerne les actifs corporels. Ce mode de calcul convient certainement mieux au secteur secondaire qu'aux banques, car celles-

³⁷ Idem. Le rapport précise que l'activité de commercialisation et de distribution « englobe les distributeurs qui achètent *des produits* à des parties liées en vue de les revendre à des parties non liées ».

³⁸ OCDE (2020), Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le blueprint du Pilier Deux : Cadre inclusif sur le BEPS, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/6c4f8dde-fr> (ci-après « Rapport sur le blueprint du Pilier Deux »).

³⁹ Modèle de Règles du Pilier Deux, chap. 5.3.

ci détiennent peu d'actifs tangibles car coûteux en fonds propres⁴⁰. Au final, les banques sont doublement pénalisées : elles subissent tout d'abord des contraintes réglementaires qui limitent les possibilités de planification fiscale que le Pilier Deux cherche justement à combattre et auxquelles les autres entreprises échappent ; elles ne bénéficieront ensuite que de manière limitée de l'exclusion fondée sur la substance en raison de la nature de leur bilan.

3.2. Intérêts sur le capital AT1

L'ordonnance sur les fonds propres (OFR)⁴¹ exige que les banques disposent des fonds propres adéquats, en fonction des risques inhérents à leur activité. En plus des fonds propres de base durs (*common equity tier 1 capital*), dont font partie le capital social libéré et les réserves, l'OFR cite les fonds propres de base supplémentaires (*additional tier 1 capital*, AT1). Même si les fonds propres AT1 servent à absorber d'éventuelles pertes et sont économiquement assimilables à du capital propre, dans le bilan au sens du droit commercial suisse, ces instruments représentent des fonds étrangers car habituellement émis sous forme d'obligations convertibles. Ainsi, les coupons sont déductibles pour l'émetteur et imposables pour le détenteur. Le problème réside dans le fait que, selon les normes IFRS, les instruments AT1 sont généralement comptabilisés en capitaux propres. Ils font ainsi l'objet d'un traitement asymétrique, le paiement des intérêts étant directement déduit des capitaux propres de l'émetteur alors que le coupon est comptabilisé au compte de résultat du détenteur de l'instrument. Sans correction, il en résulte une différence permanente entre la comptabilité selon le droit commercial suisse et le Pilier Deux, ce qui revient à imposer un impôt complémentaire aux banques concernées, et cela uniquement en raison de contraintes réglementaires.

Le problème se pose en particulier dans les juridictions dans lesquelles le taux d'imposition est proche du taux minimum du Pilier Deux et où la déduction pour les coupons AT1 est susceptible d'abaisser le taux d'imposition effectif en dessous du taux minimum de 15%. Le problème peut également se poser lorsque la déduction des intérêts sur les instruments AT1 représente la différence qui fait qu'une entité constitutive est déficitaire ou bénéficiaire au sens de GloBE dans une juridiction au cours d'une année donnée.

Dans le cas d'un groupe multinational financé au moyen d'instruments AT1, la société-mère ultime émet souvent ces instruments sur le marché et ensuite refinance ses filiales par le biais de prêts subordonnés. Ce financement en cascade peut résulter en un impôt complémentaire dans chaque juridiction par laquelle le financement passe, car le coupon

⁴⁰ A titre d'exemples, les entités suisses des deux plus grands groupes bancaires du pays montrent des actifs tangibles pour une valeur inférieure à 0.2% du total du bilan (Rapports annuels 2020 de Credit Suisse (Schweiz) AG et UBS Switzerland AG).

⁴¹ RS 952.03.

reçu par chaque filiale est reflété dans son compte de résultat et donc pris en compte dans le calcul du taux effectif. Avec entre autres la Grande Bretagne, l'Allemagne, la Belgique, l'Autriche et la Nouvelle Zélande, la Suisse fait partie des juridictions pour lesquels des ajustements sont nécessaires.

Une fois n'est pas coutume, le Modèle de Règles du Pilier Deux appréhende la situation de manière satisfaisante. Le chapitre 3.2.10 précise que les montants comptabilisés comme une diminution des fonds propres d'une entité constitutive relatifs aux distributions payées ou à payer au titre de capital AT₁ émis par l'entité constitutive doivent être traités comme une charge dans le calcul de son revenu ou de sa perte GloBE. Les montants comptabilisés comme une augmentation des capitaux propres d'une entité constitutive attribuable aux distributions reçues ou à recevoir au titre du capital AT₁ détenu par l'entité constitutive doivent également être inclus dans le calcul de son revenu ou de sa perte.

3.3. Impôts Couverts : impôts spécifiques au secteur bancaire

Les impôts couverts sont le nerf de la guerre car ils désignent la charge fiscale dont une filiale est réputée s'être acquittée au sens des règles GloBE. Par impôts couverts, on entend tout impôt sur l'ensemble des bénéficiaires (y compris les bénéficiaires distribués) réalisés par une entité constitutive, ainsi que tout impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés de droit commun. Les impôts couverts comprennent également les impôts sur les bénéficiaires non distribués et les capitaux propres des entreprises. Un impôt est un versement obligatoire et sans contrepartie à l'État. La définition des impôts couverts vise à ce que les impôts pesant sur les revenus pris en compte dans la base d'imposition GloBE soient considérés comme des impôts couverts aux fins de la détermination du taux d'imposition effectif au sens de GloBE.⁴²

En ce qui concerne le droit suisse, doivent être considérés comme impôts couverts l'impôt sur le bénéfice, l'impôt sur le capital et l'impôt anticipé. Est qualifié d'impôt sur le bénéfice un impôt calculé sur une base nette (et non brute). Un impôt sur le résultat brut ou sur les recettes avant toute déduction (c'est-à-dire, sur le chiffre d'affaires) n'est pas considéré comme un impôt sur les revenus, ainsi que le mentionne le Rapport sur le blueprint du Pilier Deux.⁴³ En ce qui concerne l'impôt sur le capital, il devra être considéré comme impôt couvert étant donné que le Modèle de Règles inclut les impôts sur « les réserves et les capitaux propres ».

Les impôts sur la consommation, tels que les impôts sur les ventes et les taxes sur la valeur ajoutée (TVA), ne sont pas visés par les règles GloBE alors même que la TVA non-

⁴² Modèle de Règles du Pilier Deux, chap. 4.2 ; Rapport sur le blueprint du Pilier Deux, p. 50.

⁴³ Rapport sur le blueprint du Pilier Deux, § 135.

recupérable représente une charge fiscale importante pour les banques. Ces impôts sont calculés par référence au montant versé en contrepartie d'une prestation définie et non par rapport au revenu net d'un contribuable.⁴⁴ Les droits de timbre et les taxes sur les transactions financières (*Financial Transaction Taxes*, FTT) ne constituent pas non plus des impôts couverts car liés à des transactions.

Certains Etats de l'OCDE, tels que la Grande Bretagne, prélèvent un *bank levy*, qui constitue un impôt calculé en principe sur le montant total du bilan et qui s'ajoute à l'impôt sur le bénéfice.⁴⁵ A la différence de l'impôt sur le capital tel que nous le connaissons en droit suisse, le *bank levy* est en principe calculé sur une base brute. Il paraît donc peu probable qu'il soit qualifié d'impôt couvert pour les entités qui y sont soumises.

Il en va de même pour la Taxe Professionnelle Communale genevoise (TPC),⁴⁶ dont il est à craindre qu'elle ne sera pas couverte.⁴⁷ Selon l'art. 132 de Loi générale sur les contributions publiques du Canton de Genève (LCP), la taxe professionnelle communale de chaque contribuable est établie sur la base de coefficients, applicables aux chiffres annuels de ses affaires, aux loyers annuels de tous les immeubles, locaux et terrains qu'il occupe professionnellement et à l'effectif annuel des personnes travaillant dans son entreprise. Le Rapport sur le blueprint du Pilier Deux spécifie qu'un impôt prélevé sur une autre base que les bénéfices qui s'applique en sus, et non au lieu, d'un impôt sur les bénéfices de droit commun en vertu de la législation de la juridiction ne répond pas au critère de l'« équivalence » aux fins de la qualification en impôt couvert.⁴⁸ Nous nous joignons à l'appréciation de Jessica Salom, selon laquelle on pourrait songer à supprimer la TPC⁴⁹. De manière générale, tout impôt dû dans une juridiction mais qui ne compte pas comme impôt couvert pour GloBE, est un impôt « perdu » du point de vue des entreprises concernées.

3.4. Différences permanentes : une charge pour les banques

GloBE appréhende le problème des différences temporaires mais ne traite pas celui des différences permanentes, ce qui pose en particulier problème en cas de détention de par-

⁴⁴ Rapport sur le blueprint du Pilier Deux, § 146.

⁴⁵ Cet impôt a été introduit à la suite de la crise financière de 2008. Il est en principe destiné à alimenter un fonds de réserves en cas de faillites de banques.

⁴⁶ Entre 1798 et 1813, Napoléon occupe la ville de Genève. Le 15 août 1798, il instaure à Genève la contribution des patentes. Elle est considérée par beaucoup comme l'ancêtre de la taxe professionnelle communale. Tout comme Napoléon s'est permis de redessiner les frontières des cantons Suisses, l'OCDE ambitionne de remodeler le droit fiscal. A chaque époque ses vicissitudes !

⁴⁷ SALOM, Pilier Deux, p. 245 s.

⁴⁸ Rapport sur le blueprint du Pilier Deux, § 140.

⁴⁹ Salom, Pilier Deux, p. 245 s.

participations qualifiées. Le mécanisme suisse de réduction pour participation au sens des art. 69 ss. LIFD consiste en une exemption indirecte qui repose sur les critères suivants :

- Exemption indirecte des dividendes provenant des participations de 10 % au moins au capital ou au bénéfice et aux réserves d'une autre société, ou, d'une valeur vénale de un million de francs au moins.
- Exemption indirecte des gains en capital sur les participations de 10 % au moins au capital ou au bénéfice et aux réserves d'une autre société, moyennant une période de détention minimale d'une année.
- Les dépréciations effectuées sur le coût d'investissement des participations sont déductibles du bénéfice imposable, mais peuvent être reprises en vertu de l'art. 62 al. 4 LIFD lorsqu'elles ne sont plus justifiées.

Les règles du Pilier Deux se basent en revanche sur une logique d'exemption directe et prévoient d'exclure du bénéfice GloBE les dividendes et gains ou perte en capital des participations qualifiées⁵⁰, selon le modèle suivant :

- Exclusion des dividendes sur les participations, exceptées les participations (i) de moins de 10% au bénéfice, capital, réserves ou droits de vote de l'entité en question au jour de la distribution et (ii) détenues économiquement depuis moins d'une année au jour de la distribution.
- Les gains en capital sur les participations moins de 10% au bénéfice, capital, réserves ou droits de vote de l'entité en question au jour de la disposition.
- Les dépréciations effectuées sur des participations, exceptées les participations de moins de 10% au bénéfice, capital, réserves ou droits de vote de l'entité en question.

De ces différentes définitions peuvent résulter les différences permanentes suivantes avec un impact négatif sur le calcul du taux effectif :

- Les dépréciations et gains en capital sur les participations de 10% pris en compte par droit fiscal suisse sont exclues par GloBE.
- Les dividendes provenant de participations d'une valeur vénale de un million de francs mais de moins de 10% et détenues depuis moins d'un an sont exemptés selon le droit fiscal suisse mais pas selon GloBE.
- Les gains en capital sur les participations de plus de 10% détenues depuis moins d'une année ne sont pas exemptés selon le droit suisse mais le sont selon GloBE.

⁵⁰ Modèle de Règles du Pilier Deux, chap. 3.2.1 lit. a et b.

De manière générale, GloBE ne prescrit pas quelle méthode d'exemption (directe ou indirecte) doit prévaloir, mais se borne à décrire ce que doit être le résultat du point de vue économique. On en conclut que l'approche suisse d'exemption indirecte est conforme et que la part résiduelle des dividendes qui demeure taxée (en raison de la déduction des frais d'administration et de financement) compte comme impôt (sur le bénéfice) couvert. Il n'empêche que les exemples de différences permanentes décrits ci-dessus sont de nature à alourdir considérablement la charge fiscale des banques, et ce uniquement en raison de la différence entre règles fiscales suisses et GloBE. Les banques suisses sont particulièrement exposées à cette problématique car, en raison de la crise financière de 2008, elles sont nombreuses à avoir amorti la valeur de leurs participations et sont donc susceptibles d'être frappées plus fortement par des différences permanentes provenant du Pilier Deux.

Les différences permanentes sont problématiques dès lors que, du taux d'imposition effectif et du taux minimum de 15%, le plus élevé prévaut systématiquement. Pour remédier à ce problème, il faut que le législateur suisse mette en œuvre une solution qui permette d'assurer que, lorsque le taux effectif dépasse le taux minimum, un crédit d'impôt hors bilan soit accordé. Celui-ci peut alors être utilisé lors des années où le taux d'imposition effectif est au-dessous de 15%.

3.5. Conclusion intermédiaire

On déplore que la réflexion sur une éventuelle exclusion du secteur financier du Pilier Deux n'ait pas été menée de manière plus approfondie. Même si un correctif a été introduit afin de tenir compte de certaines spécificités bancaires (les instruments AT1), il reste que les banques se verront particulièrement frappées par la problématique des différences permanentes si le législateur ne trouve pas une solution adéquate, tel qu'un crédit d'impôt hors bilan, lors de la mise en œuvre du Pilier Deux.

4. Mesures compensatoires : les mesures prioritaires du point de vue de la place financière suisse

Bien qu'il soit extrêmement difficile de prédire l'impact du taux minimum sur la charge fiscale des entreprises qui tombent dans le champ d'application du Pilier Deux, on s'attend généralement à une augmentation de la charge fiscale des multinationales présentes en Suisse, pas tellement en raison de la différence de taux d'imposition, mais plutôt en conséquence des ajustements à la base imposable pour arriver au résultat GloBE. En conséquence, le coût des activités basées en Suisse va, en moyenne, augmenter par rapport à la situation actuelle. Il y a donc de réelles attentes pour que soit compensée la charge fiscale supplémentaire induite par le Pilier Deux par des mesures permettant de maintenir l'attractivité de la place économique et financière suisse. Depuis l'annonce du Conseil fédéral du 12 janvier 2022, on sait désormais que les impôts supplémentaires

provenant du Pilier Deux seront perçus par les cantons exclusivement et que c'est aussi à eux que sont censés revenir les recettes fiscales supplémentaires. Pour ce qui est des mesures compensatoires, la balle est donc dans leur camp.⁵¹ Les cantons devront faire tout ce qui demeure possible pour maintenir l'attractivité de la Suisse (et leur propre attractivité sur le plan intercantonal). Mais pour avoir un effet, les mesures d'encouragement doivent remplir certaines conditions, afin de ne pas être considérées comme une réduction des impôts couverts selon les règles de GloBE.

Du point de vue des banques, la priorité doit aller, sinon à la suppression, en tout cas à l'adaptation des impôts existants qui pénalisent la place financière suisse. La cible ici est évidemment le droit de timbre de négociation ainsi que l'impôt anticipé supporté par les investisseurs étrangers. A cet égard, l'annonce du Conseil fédéral qui place l'effort uniquement sur les impôts cantonaux manque, à notre avis, sa cible ; les divers impôts fédéraux doivent également être considérés lorsqu'il s'agira de proposer des mesures compensatoires de nature fiscale.

Au-delà des impôts susmentionnés, il existe d'autres pistes pour réduire l'impact négatif des règles GloBE tel que la modification de certains impôts afin qu'ils répondent à la définition des impôts couverts. On pense ici par exemple à la Taxe Professionnelle Communale genevoise. On pourrait aussi envisager la réduction du taux d'impôt anticipé à 15% – ce qui correspond en principe à l'impôt résiduel maximum sur les dividendes selon les conventions de double imposition – montant considéré comme impôt couvert de la société distributrice.⁵² Il convient également de faciliter le système d'imputation des impôts à la source étrangers. La mise en œuvre du Pilier Deux peut également représenter une opportunité pour repenser certaines règles du système fiscal suisse, telles que la réduction pour participation ou l'introduction d'une imposition de groupe – mesures qui bénéficieraient à l'ensemble des contribuables personnes morales et non seulement les multinationales.

Dans un contexte où de nombreuses banques délocalisent déjà leurs activités à l'étranger⁵³, les mesures de compensation en faveur de la place financière et économique suisse sont essentielles. Si elles sont négligées, il sera trop tard pour réagir lorsque des entreprises commenceront à partir dans des juridictions dans lesquels les coûts de production, en particulier les salaires, sont moindre.

⁵¹ <https://www.sif.admin.ch/sif/fr/home/documentation/communiques-presse/medienmitteilungen.msg-id-86783.html>.

⁵² Modèle de Règles du Pilier Deux, chap. 4.3.2(e).

⁵³ Un exemple parmi d'autres : Financial Times, « HSBC trims private bank staff and reduces office space in Switzerland – Lender relocates some workers to cheaper countries as it continues cost-cutting push », 14 février 2022.

5. Conclusion

Il est indéniable que les Piliers Un et Deux représentent une refonte majeure du système fiscal international. Du point de vue des banques suisses, il est positif que les spécificités du secteur, et en premier lieu l'environnement réglementaire très dense, aient été reconnus par l'OCDE. En ce sens, le *carve-out* du champ d'application du Pilier Un dont bénéficie le secteur financier est pleinement justifié. On peut regretter que ce *carve-out* n'ait pas été étendu au Pilier Deux. En réalité, les banques qui atteignent le seuil d'application seront confrontées à la complexité des règles GloBE avec la contrainte supplémentaire de devoir respecter en tout temps les exigences en matière de fonds propres, tant au niveau des entités individuelles du groupe qu'au niveau de la surveillance consolidée. C'est également en raison de cette flexibilité moindre dans l'organisation de leurs activités, que des mesures compensatoires ciblées seront indispensables aux banques actives en Suisse, afin de maintenir l'attractivité de la place financière suisse dans un monde où la compétition fiscale entre Etats en matière d'imposition du bénéfice est en voie d'extinction.