

La refonte de la fiscalité internationale des entreprises

Analyse des possibles incidences pour la Suisse au regard de questions choisies

Prof. Dr. Robert Danon



Prof. Dr. Robert Danon, Professeur ordinaire de droit fiscal suisse et international à l'Université de Lausanne

Inhalt

1	Introduction	17		
2	La refonte de la fiscalité internationale des entreprises - Aperçu	18		
2.1	Le projet BEPS	18		
2.1.1	Cohérence, substance et transparence	18		
2.1.2	Du bilatéralisme au multilatéralisme	18		
2.2	Relation avec l'évolution européenne	18		
2.3	Aperçu général des domaines concernés	19		
2.3.1	En général	19		
2.3.2	Questions choisies	19		
2.3.2.1	L'avenir de la méthode de l'exemption et du principe de territorialité	19		
2.3.2.2	Coordination et protection de l'assiette de l'impôt	22		
3	Évolution récente de la concurrence fiscale dommageable et des aides d'État	26		
3.1	La concurrence fiscale dommageable	26		
3.1.1	Le Forum de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables	26		
3.1.1.1	L'approche initiale	26		
3.1.1.2	La priorité au critère de l'activité substantielle	26		
3.1.2	Les travaux du code de conduite	27		
3.1.2.1	L'évolution récente et l'application aux États tiers	27		
3.1.2.2	Le lien avec les libertés fondamentales	28		
3.1.3	Relation entre concurrence fiscale dommageable et règles CFC	29		
3.2	Les aides d'État	30		
3.2.1	Structure et fonctionnement des art. 107 ss TFUE	30		
3.2.2	Les spécificités de l'art. 23 (iii) ALE	30		
3.2.3	L'analyse de sélectivité	31		
3.2.3.1	En général	31		
3.2.3.2	La sélectivité de fait – Évolution après Gibraltar I et II	32		
3.2.3.3	La sélectivité régionale	33		
3.2.3.4	La justification par la nature du système fiscal	33		
3.3	Synthèse	34		
4	La conformité internationale de la RIE III – Étude de questions choisies	34		
4.1	Principes directeurs de la RIE III	34		
4.1.1	Compétitivité et simplicité	34		
4.1.2	Conformité internationale	34		
4.1.3	Maintien de l'harmonisation fiscale et de l'équilibre financier	35		
4.1.4	Constitutionnalité des mesures envisagées?	35		
4.2	Aperçu du contenu de la RIE III	35		
4.3	Le modèle du « step-up »	35		
4.3.1	Le problème	35		
4.3.2	La conformité aux standards internationaux	37		
4.3.2.1	En général	37		
4.3.2.2	Le problème des aides d'État	38		
4.3.2.3	Synthèse	39		
4.3.3	Nécessité d'une base légale expresse?	39		
4.3.3.1	Le problème	39		
4.3.3.2	Étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral	40		
4.3.3.3	Synthèse	43		
4.3.3.4	Proposition de codification de lege ferenda: principe de l'exonération « systématique »	43		
4.3.3.4.1	Principes directeurs	43		
4.3.3.4.2	Insertion dans la LIFD et la LHID	45		
4.4	Imposition préférentielle des produits de licence (« licence box »)	46		
4.4.1	Généralités	46		
4.4.2	La licence box et le système fiscal suisse	47		
4.4.2.1	Licence box et principes constitutionnels	47		
4.4.2.2	Licence box et LHID	47		
4.4.2.3	La conception de la licence box	48		
4.4.2.3.1	Champ d'application subjectif	48		
4.4.2.3.2	Le catalogue des droits privilégiés	48		

4.4.2.3.3	Le problème des droits immatériels acquis	49
4.4.2.3.4	Revenus privilégiés	49
4.4.2.3.5	Calcul du revenu déterminant	49
4.4.2.3.6	La question du lien avec l'activité R&D	50
4.4.2.3.7	Entrée dans la licence box et réalisation systématique	51
4.4.3	La conformité de la licence box avec les standards internationaux	51
4.4.3.1	La concurrence fiscale dommageable	51
4.4.3.1.1	L'action N 5 du projet BEPS	51
4.4.3.1.2	Le code de conduite	53
4.4.3.2	Aides d'État	55
4.4.3.2.1	La décision du 13.2.2008	55
4.4.3.2.2	Evolution recente	
4.4.3.2.3	Sélectivité de fait et réalisation systématique ?	57

4.4.4	Quelle stratégie pour la Suisse en matière d'incitations R&D ?	57
-------	---	----

4.5	Réduction du taux ordinaire de l'impôt sur le bénéfice	58
------------	---	-----------

5	Conclusions et synthèse	59
----------	--	-----------

5.1	Incidences sur la RIE III	59
------------	--	-----------

5.2	Autres incidence sur le droit positif suisse	62
------------	---	-----------

Bibliographie	62
-------------------------	----

Normes	66
------------------	----

Travaux préparatoires	67
---------------------------------	----

Documents officiels	67
-------------------------------	----

Manuels	68
-------------------	----

1 Introduction

La fiscalité internationale des entreprises est actuellement en pleine ébullition. À la suite du projet BEPS (« Base Erosion and Profit Shifting »), dont le plan d'action fut dévoilé en juillet 2013, l'OCDE entend refondre les principes régissant l'imposition des entreprises multinationales. Si l'approche suivie par ces travaux est globale et « holistique », ceux-ci sont guidés par des principes directeurs identiques : il s'agit de rétablir la cohérence des systèmes fiscaux et, fondamentalement, d'éviter le divorce entre le bénéfice et la création de valeur par l'entreprise. Cette nouvelle approche, qui concerne plus particulièrement les capitaux mobiles et que l'OCDE entend mettre en œuvre par la voie multilatérale, se retrouve ainsi dans les travaux en cours concernant la concurrence fiscale dommageable, les prix de transfert ou encore le développement de nouvelles règles anti-abus. Ce faisant, le projet BEPS érige aussi formellement la lutte contre la double non-imposition internationale au rang des objectifs du droit fiscal international. En particulier, l'OCDE propose d'inclure cet objectif dans un préambule au MC OCDE¹ afin que celui-ci puisse être pris en compte dans l'interprétation des CDI.² Parallèlement, comme nous le verrons, une réflexion similaire est menée par l'Union européenne, dans l'esprit du projet BEPS mais également avec une dimension propre, notamment dans le domaine des aides d'État. Cela dit, la conformité du projet BEPS avec les règles du marché intérieur, singulièrement les libertés fondamentales, est également à l'étude.

1 En l'occurrence, ce préambule disposerait que les États contractants souhaitent conclure une CDI : « for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)... » (OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6, p. 28).

2 Voir projet de paragr. 16.2 ad introduction au MC OCDE, OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6, p. 29.

La Suisse, et plus généralement les petits États ayant jusqu'ici bénéficié d'une position compétitive en ce qui concerne l'imposition des capitaux mobiles, sont naturellement très attentifs à ces développements de nature « sismique ». En effet, à la suite de ces travaux, il est permis de penser que certaines règles du droit fiscal suisse de l'entreprise devront être retouchées. Enfin et surtout, les travaux menés par l'OCDE doivent être pris en compte dans le cadre de l'élaboration des mesures de la troisième réforme de l'imposition des entreprises (« RIE III ») dont l'ouverture de la consultation est prévue durant l'été. Cette réforme, initialement axée sur la résolution du différend avec l'Union européenne concernant en particulier les statuts fiscaux cantonaux privilégiés, doit ainsi aujourd'hui faire face à un défi beaucoup plus large : celui de la conformité à de nouveaux standards internationaux en pleine (ré)évolution et dont les contours exacts ne sont pas encore nécessairement connus.

La présente contribution entend analyser les possibles incidences de ces développements pour la Suisse au regard de questions choisies, ayant trait en particulier aux mesures envisagées dans le cadre de la RIE III. Nous aurons l'ambition de démontrer que ces mesures, présentées par l'organe de pilotage dans son rapport de décembre dernier,³ ne sauraient être comprises comme de simples solutions techniques de « remplacement » aux statuts fiscaux cantonaux privilégiés. Ces mesures doivent au contraire être porteuses d'une nouvelle vision stratégique plus axée sur la création de valeur en Suisse. Cette nouvelle vision stratégique, selon nous, doit notamment combiner un programme cohérent de soutien aux activités d'innovation, de recherche et de développement (R&D) avec une baisse générale des taux cantonaux de l'impôt sur le bénéfice.

Aux fins de notre analyse, nous donnerons tout d'abord un aperçu général de la refonte en cours de la fiscalité

3 Rapport RIE III.

internationale des entreprises, en mettant en particulier l'accent sur quelques domaines particuliers d'importance pour la Suisse (2). Dans la perspective de l'étude des mesures de la RIE III, nous examinerons ensuite, de façon plus approfondie, l'évolution récente des standards internationaux dans le domaine de la concurrence fiscale dommageable et des aides d'État (3). Cela fait, nous aborderons enfin l'analyse de la RIE III en portant notre attention sur les questions nous paraissant les plus fondamentales (4).

2 La refonte de la fiscalité internationale des entreprises - Aperçu

2.1 Le projet BEPS

2.1.1 Cohérence, substance et transparence

Comme nous l'avons rappelé, le contexte international relatif à la fiscalité des entreprises est actuellement principalement marqué par le projet BEPS de l'OCDE. Fondamentalement, ce projet postule que les principes actuels du droit fiscal international s'accordent mal avec certains modèles d'affaires des entreprises multinationales. Tout d'abord, les règles traditionnelles d'assujettissement à l'impôt, souvent imprégnées par le principe de territorialité, ne sont plus adaptées à l'imposition des revenus provenant de capitaux mobiles et de l'économie digitale. Ensuite, le contenu actuel du principe de pleine concurrence (« dealing at arm's length »), qui constitue le corollaire nécessaire de celui de l'imposition séparée de chaque entité du groupe (« separate entity approach »), n'assure pas nécessairement l'imposition du bénéfice en fonction de la création de valeur par l'entreprise. De plus, le fait que les assiettes fiscales des États ne soient pas coordonnées et demeurent vulnérables dans les relations transfrontalières est susceptible de conduire à d'importantes pertes de recettes fiscales. Enfin, la volonté de plusieurs États de maintenir, voire d'attirer chez eux les capitaux mobiles (en particulier les actifs intangibles), se traduit par une nouvelle forme de concurrence fiscale dont les effets à long terme ne seront pas forcément bénéfiques.⁴

En conséquence, le plan d'action de l'OCDE repose sur trois principes directeurs.⁵ En premier lieu, il convient de rétablir la cohérence des principes régissant l'imposition des entreprises multinationales, que ce soit au niveau du droit conventionnel ou interne. En particulier,

les règles régissant l'assujettissement à l'impôt, de même que celles ayant trait à la détermination de l'assiette imposable, doivent être coordonnées afin d'éviter des situations de non-imposition. Deuxièmement, la répartition du bénéfice de l'entreprise doit être déterminée en fonction de la substance économique de l'activité exercée par celle-ci. De même, la question de savoir si un régime fiscal est dommageable doit être examinée à la lumière de ce même critère.⁶

Le plan d'action de l'OCDE s'articule en 15 actions, dont il est prévu qu'elles soient progressivement finalisées entre septembre 2014 et décembre 2015.

2.1.2 Du bilatéralisme au multilatéralisme

Enfin, il sied de relever que le projet BEPS se veut également révolutionnaire quant à sa mise en œuvre. En effet, l'OCDE entend mettre en œuvre les mesures arrêtées lors de ses travaux (à tout le moins certaines d'entre elles) par le biais d'une convention multilatérale, ceci afin que ces dernières puissent prendre effet sans délai.⁷ Un premier rapport concernant l'action N 15 du plan de l'OCDE, qui a trait à cette question,⁸ est attendu d'ici septembre 2014.

2.2 Relation avec l'évolution européenne

Le plan d'action de l'OCDE présente de nombreux points de convergence avec les réflexions menées actuellement par l'Union européenne. C'est ainsi que plusieurs idées directrices du projet BEPS se retrouvent dans le plan d'action présenté par la commission européenne en décembre 2012 pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.⁹ Au niveau européen, le débat est même plus large dès lors que la problématique est susceptible d'être appréhendée non seulement sous l'angle de la planification fiscale agressive des entreprises et de la concurrence fiscale dommageable mais également des aides d'État.

Cela dit, comme nous le verrons, une question fondamentale se posant actuellement est celle de savoir dans quelle mesure le droit européen, singulièrement les libertés fondamentales inscrites dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »), seraient susceptibles de faire obstacle ou de limiter la portée de certaines actions du projet BEPS à l'intérieur du

4 Pour une analyse de ces problèmes, voir notamment OCDE, *l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, p. 1 ss; DE GRAAF, *International Tax Policy*, p. 106 ss.

5 OCDE, *Plan d'action BEPS 2013*, p. 1 ss.

6 Pour une première analyse des travaux menés par l'OCDE, voir notamment BRAUNER, *BEPS an interim evaluation*, p. 1; FUEST ET AL., *Profit Shifting*, p. 307; SELF, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 117; STOCKER, *BEPS*, p. 302.

7 Voir aussi les remarques de PISTONE, *Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law*, p. 1 ss.

8 OCDE, *Plan d'action BEPS 2013*, p. 28 ss.

9 Commission européenne, *Plan d'action 2012*.

marché intérieur. La question est naturellement importante pour les États tiers comme la Suisse. En effet, dans le cadre des travaux menés par l'OCDE, les États tiers ont tout intérêt à militer en faveur de solutions qui puissent être appliquées à l'ensemble des États membres de l'OCDE et qui ne conduisent pas à une approche différenciée au sein de l'UE en raison des libertés fondamentales. Nous reviendrons sur cette question au gré de notre analyse.

2.3 Aperçu général des domaines concernés

2.3.1 En général

L'analyse détaillée des différentes actions menées par l'OCDE et l'Union européenne en ce domaine dépasserait largement le cadre de la présente contribution. Il est toutefois utile d'en offrir ci-après un bref aperçu général (2.3.1) et de s'attarder plus particulièrement sur quelques questions choisies (2.3.2). À cet égard, il est commode de distinguer entre les mesures qui relèvent de l'assujettissement à l'impôt, de l'assiette imposable, de la concurrence fiscale dommageable et finalement leur mise en œuvre.

Domaine	Plan d'action BEPS	UE
Assujettissement à l'impôt	Action 1 : économie numérique (9.2014); Action 3 : renforcement des règles CFC (9.2015); Action 6 : abus des CDI (9.2014); Action 7 : mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable (9.2015)	Groupe d'experts sur la fiscalité de l'économie numérique (depuis 10.2013); recommandation concernant la planification fiscale agressive (12.2012)
Assiette fiscale	Action 2 : montages hybrides (9.2014); Action 4 : limitation intérêts passifs et autres frais financiers (9-12.2015); Actions 8, 9, 10 et 13 : prix de transfert (9.2014 à 9.2015)	Code de conduite et proposition de directive mère-filiale (11.2013) concernant les montages hybrides
Concurrence fiscale dommageable	Action 5 (9.2014 – 12.2015): critère de l'activité substantielle (notamment examen des régimes licence box d'ici 9.2014)	Code de conduite : examen des régimes licence box d'ici 12.2014; normes minimales de bonnes gouvernance à l'égard des pays tiers (12.2012) Aides d'État (notamment impact futur des affaires Gibraltar I et II?)
Mise en oeuvre	Action 11 : méthodes d'analyse et collecte de données ad BEPS (9.2015); Action 12 : communication des dispositifs de planification agressive (9.2015); Action 14 : règlement des différends (9.2015); Action 15 : instrument multilatéral (9.2014-9.2015)	

2.3.2 Questions choisies

2.3.2.1 L'avenir de la méthode de l'exemption et du principe de territorialité

Traditionnellement, les règles définissant l'étendue de l'assujettissement à l'impôt, singulièrement celles applicables aux entreprises, reposent sur une combinaison des principes de l'imposition mondiale et territoriale.¹⁰ Le principe de l'imposition mondiale prévaut généralement chez les États cherchant à assurer l'égalité de traitement entre les investissements effectués par l'entreprise dans l'État de résidence, d'une part et à l'étranger, d'autre part (« capital export neutrality »).¹¹ L'influence du principe

de territorialité est en revanche plus marquée chez les États dont la politique fiscale repose sur la neutralité à l'importation des capitaux (« capital import neutrality »). Si ces États consacrent également sur le principe un assujettissement mondial à l'impôt, celui-ci est généralement limité par le principe de territorialité en ce qui concerne les bénéfices attribuables aux établissements stables sis à l'étranger.¹² En effet, selon cette philosophie, la mesure de l'imposition (ou de l'absence d'imposition) de ces bénéfices relève de l'État où est situé cet établissement stable.¹³ Or, la méthode de l'exemption, que l'on retrouve en droit interne mais également à l'art. 23 A MC OCDE, permet d'atteindre cet objectif.

10 OCDE, *l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, p. 38.

11 Cela dit, même dans ces États, le principe de l'imposition mondiale du bénéfice n'est pas strictement mis en œuvre lorsque l'entreprise déploie ses activités par le biais d'une filiale non-résidente. En effet, le principe de l'entité séparée, applicable dans les relations internationales, implique alors que les bénéfices réalisés dans l'autre État ne sont pas soumis à l'impôt dans l'État de résidence au taux pratiqué par ce dernier. Dans cette dernière hypothèse, l'imposition du bénéfice mondial de

l'entreprise est ainsi tempérée par le principe de territorialité. Cette entorse au principe de l'imposition mondiale est admise en soi, mais est généralement combattue, comme on le sait, par l'adoption de règles sur les sociétés contrôlées (« CFC rules ») en ce qui concerne les revenus passifs.

12 Voir à ce sujet DANON, exemption au sens de l'art. 52 al. 1 LIFD, p. 355 ss.

13 HOLMES, *International Tax Policy*, p. 6 ss.

Cela étant, il est reconnu que la méthode de l'exemption, dans sa forme inconditionnelle, est susceptible de conduire à des situations de sous-imposition (voire de non-imposition) lorsque, par exemple, l'État où est sis l'établissement stable n'impose pas les bénéfices attribuables à ce dernier. Or, si cette sous-imposition est généralement tolérée en ce qui concerne les bénéfices provenant d'une activité industrielle, elle est en revanche moins admise en présence de capitaux mobiles et des revenus en provenant (intérêts, redevances). S'agissant de ce type d'éléments, plusieurs États connaissent aujourd'hui divers correctifs, notamment le principe du passage au crédit d'impôt (« switch-over clause »). Ainsi, à défaut d'imposition suffisante dans l'État de la source, le bénéfice demeure imposable au taux pratiqué par l'État de la résidence.¹⁴ Symétriquement, un correctif similaire existe, à certaines conditions, lorsque l'entreprise déploie son activité par le biais d'une filiale soumise à un niveau d'imposition trop faible. En l'occurrence, la société mère sise dans l'État de la résidence ne peut alors plus se prévaloir de l'exemption pour participation en ce qui concerne les dividendes distribués par sa filiale.¹⁵ La méthode de l'exemption peut toutefois également affecter l'État de la source. En effet, les CDI conclues par l'État de résidence avec l'État de la source restreignent, voire suppriment, le droit de ce dernier État d'imposer les dividendes, intérêts et redevances.¹⁶ En conséquence, lorsque les revenus sont alloués à un établissement stable situé dans un État tiers, respectivement exemptés par l'État de la résidence, ces éléments ne sont alors imposés dans aucun des trois États concernés. Aussi, dans le cadre de ses CDI avec l'État de la résidence, l'État de la source pourra par exemple souhaiter réserver son droit d'imposer totalement ou partiellement les revenus passifs versés à des résidents de l'autre État contractant dans la mesure où celui-ci exempté ces éléments en raison de leur rattachement à un établissement stable situé dans un État tiers.¹⁷ Cette approche n'est pas nouvelle puisque cette possibilité est déjà évoquée par l'OCDE dans son rapport de 1992 consacrés aux cas triangulaires.¹⁸

Comme nous l'avons déjà relevé ailleurs,¹⁹ ces correctifs seront appelés à se développer dans le cadre des travaux menés par l'OCDE et la commission européenne. Le premier rapport de l'OCDE concernant le projet BEPS évoque du reste déjà cette question. Ce rapport relève en effet qu'une entreprise sise dans un pays à fiscalité élevée peut néanmoins être soumise à un niveau d'imposition faible sur les bénéfices perçus au moyen de l'octroi de prêts (licences ou services) via une succursale étrangère bénéficiant d'un régime fiscal attractif. Il en va ainsi lorsque l'État de la résidence exempte de manière unilatérale et inconditionnelle les bénéfices attribuables à un établissement stable étranger.²⁰ Le projet relatif à l'action N 6 (abus des CDI), actuellement en consultation, confirme cette tendance. Celui-ci propose en effet d'inclure dans le MC OCDE une clause dite « triangulaire », d'inspiration américaine. Selon cette disposition, que l'on retrouve par exemple déjà dans la CDI conclue par la Suisse avec les États-Unis,²¹ l'État de la source peut refuser d'octroyer partiellement (dividendes, intérêts et redevances) ou totalement (tout autre revenu) les avantages conventionnels lorsque, en raison de leur rattachement à un établissement stable sis dans un État tiers et de leur exemption par l'État de résidence, les revenus provenant de l'État de la source sont soumis à un taux d'imposition effectif global inférieur à 60% du taux ordinaire pratiqué par l'État de résidence.²² La clause n'est toutefois pas applicable lorsque les redevances proviennent d'actifs intangibles créés ou développés par

14 Voir BOTERMAN/VAN DER GULIK, taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport national néerlandais, p. 510 ss.

15 Voir BOTERMAN/VAN DER GULIK, taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport national néerlandais, p. 505. En ce qui concerne l'exigence comparable au Luxembourg, voir AFAKIR/DUKMEDJIAN/GASTON-BRAUD, The taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport luxembourgeois, p. 468.

16 Voir art. 10, 11 et 12 MC OCDE.

17 On en trouve un exemple à l'art. 22 (4) de la convention de double imposition conclue par la Suisse avec les États-Unis (Convention entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 2 octobre 1996, RS 0.672.933.61).

18 Voir aussi Commentaire OCDE, paragr. 71 ad art. 24.

19 DANON, Le principe de territorialité de l'impôt, p. 419 ss ; *le même*, exemption au sens de l'art. 52 al. 1 LIFD, p. 355 ss.

20 OCDE, l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, p. 45.

21 Voir art. 22 (4) de la convention de double imposition conclue par la Suisse avec les États-Unis (Convention entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu du 2 octobre 1996, RS 0.672.933.61).

22 OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6, p. 19 qui propose de compléter l'art. 1 du MC OCDE par un nouveau paragraphe dont la teneur pourrait être la suivante : « Notwithstanding the other provisions of this Convention, where an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and that income is attributable to a permanent establishment of that enterprise that is situated in a third State, the tax benefits that would otherwise apply under the other provisions of this Convention will not apply to that income if the profits of that permanent establishment are subject to a combined aggregate effective rate of tax in the first-mentioned Contracting State and third State that is less than 60 percent of the general rate of company tax applicable in the first-mentioned Contracting State. Any dividends, interest or royalties to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable in the other Contracting State at a rate that shall not exceed 15 percent of the gross amount thereof. Any other income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the laws of the other Contracting State notwithstanding any other provision of this Convention (...) ». À ce stade, l'OCDE se fonde sur le modèle américain mais d'autres options sont à l'étude.

l'établissement stable ou, s'agissant des autres revenus, lorsque ceux-ci se rattachent effectivement à une activité industrielle ou commerciale déployée par l'intermédiaire de l'établissement stable.²³ En revanche, dans tous les autres cas (en particulier en présence de revenus purement passifs), la clause trouve application dans la mesure où l'État de résidence appliquant la méthode de l'exemption ne passe pas à celle du crédit d'impôt (« switch-over clause »). Dans le même sens, dans sa recommandation du 6 décembre 2012, la commission européenne enjoint les États membres appliquant la méthode de l'exemption à ne pas octroyer celle-ci de manière inconditionnelle : « Lorsque, dans le but d'éviter la double imposition au moyen de règles nationales unilatérales, les États membres prévoient une exonération fiscale en ce qui concerne un élément de revenu donné perçu dans une autre juridiction, dans laquelle cet élément n'est pas soumis à l'imposition, ils sont encouragés à s'assurer que cet élément est imposé ».²⁴

La tendance actuelle est donc de limiter la portée de la méthode de l'exemption afin d'éviter la double non-imposition internationale. Est-ce le début de la fin de cette méthode ? Nous ne pensons pas que les travaux de l'OCDE et de la commission européenne puissent aller aussi loin.²⁵ Tout d'abord, la méthode de l'exemption est

le corollaire indispensable des États dont la politique fiscale entend mettre en œuvre le principe de neutralité à l'importation des capitaux. En second lieu, bien que les États membres de l'Union européenne soient libres de privilégier la méthode du crédit d'impôt, on peut poser que la jurisprudence de la CJUE reste néanmoins attachée au principe de territorialité ainsi qu'à la méthode de l'exemption. Certes, dans l'affaire *Columbus Container Services*, la CJUE a jugé que le passage au crédit d'impôt (« switch-over clause ») en vue d'imposer les revenus passifs d'un établissement stable ne contrevenait pas à la liberté d'établissement.²⁶ Cela étant, en limitant, dans l'affaire *Cadbury Schweppes*,²⁷ l'application des règles sur les sociétés contrôlées entre États membres au cas où l'incorporation de la filiale est artificielle (« wholly artificial arrangement »), la CJUE réaffirma la légitimité du principe de territorialité.²⁸ En résumé, nous pensons que les développements concernant la planification fiscale agressive des entreprises n'auront très probablement pas pour effet de remettre en cause la méthode de l'exemption dans son principe. Cela étant, l'approche consistant à tempérer sa portée en présence de revenus passifs faiblement imposés, déjà suivie par plusieurs États, est incontestablement appelée à se généraliser.

Ces développements sont d'importance pour la Suisse. En effet, comme on le sait, le droit fiscal suisse est très marqué par le principe de territorialité dans les relations internationales. C'est ainsi que le législateur prévoit l'exemption des bénéficiaires attribuables à l'établissement stable étranger d'un contribuable assujéti à l'impôt en Suisse de manière illimitée. Les articles 6 al. 1 et 52 al. 1 LIFD, applicables respectivement au revenu provenant de l'activité indépendante et aux personnes morales, disposent que : « L'assujettissement fondé sur un rattachement personnel est illimité ; il ne s'étend toutefois pas aux entreprises, aux établissements stables et aux immeubles situés à l'étranger ». S'agissant des établissements stables sis à l'étranger, le principe de territorialité est donc strictement applicable. En particulier, contrairement à d'autres législations étrangères, le droit suisse ne prévoit aucun correctif (« switch-over clause ») en ce qui concerne par exemple les revenus passifs soumis à

23 OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6, p. 19 : « The provisions of this paragraph shall not apply if : a) in the case of royalties, the royalties are received as compensation for the use of, or the right to use, intangible property produced or developed by the enterprise through the permanent establishment ; or b) in the case of any other income, the income derived from the other Contracting State is derived in connection with, or is incidental to, the active conduct of a trade or business carried on in the third State through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking or securities activities carried on by a bank or registered securities dealer) ».

24 Commission européenne, recommandation planification fiscale agressive, paragr. 3.3. Selon cette recommandation, il y a lieu de considérer qu'un élément de revenu est soumis à l'imposition lorsque celui-ci est considéré comme imposable par la juridiction concernée et qu'il ne bénéficie pas d'une exonération, ni d'un crédit d'impôt intégral, ni d'une imposition à taux nul (paragr. 3.4). La même logique est d'ailleurs suivie dans le cadre conventionnel : « Lorsque les États membres, dans le cadre des conventions en matière de double imposition qu'ils ont conclues entre eux ou avec des pays tiers, s'engagent à ne pas imposer un élément de revenu donné, ils devraient s'assurer que cet engagement ne s'applique que dans le cas où cet élément est soumis à l'imposition dans l'autre partie à la convention » (paragr. 3.1).

25 En ce sens également STOCKER, BEPS, p. 309. Par contre, en ce qui concerne le droit conventionnel, l'OCDE suggère aux États de ne plus inclure l'art. 23 A dans leur CDI. Selon cette approche, la méthode du crédit d'impôt deviendrait le standard conventionnel mais les États pourraient continuer de recourir à la méthode de l'exemption en droit interne. Voir OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6, p. 12 : « (...) These States may also wish to consider a more general solution to

the problems of non-taxation resulting from potential abuses of the exemption method, which would be for States not to include the exemption method in their treaties. Under that approach, the credit method would be provided for in tax treaties, thereby ensuring the relief of double taxation, and it would be left to domestic law to provide whether that should be done through the credit or exemption method (or probably through a combination of the two methods depending on the nature of the income...).

26 Arrêt du 6.12.2007, affaire C-298/05.

27 Arrêt du 12.9.2006, Cadbury Schweppes, affaire C-196/04.

28 MONSENEGO, Taxation of Foreign Business Income, p. 150.

un faible taux d'imposition. Cela dit, à la suite d'un arrêt publié au recueil officiel,²⁹ le Tribunal fédéral semble désormais considérer que le principe de l'exemption inconditionnelle ne peut trouver application lorsque celui-ci conduit à une double non-imposition (absence d'imposition des bénéficiaires dans l'État de la source).³⁰ Comme nous l'avons déjà relevé,³¹ cette interprétation, certes en ligne avec les travaux menés actuellement par l'OCDE, fait dire à l'art. 52 al. 1 LIFD ce que ce texte ne dit pas. Au surplus, l'interprétation historique³² et téléologique (neutralité à l'importation des capitaux) conduit au même résultat. Compte tenu de l'incertitude créée par cet arrêt, on peut se demander s'il ne serait pas opportun que le législateur introduise de toute manière un correctif à la méthode de l'exemption, à l'image par exemple du modèle pratiqué par les Pays-Bas (« switch-over clause » en présence de revenus passifs faiblement imposés). Cette approche aurait l'avantage d'assurer une application plus prévisible du droit plutôt que de laisser au juge le soin de limiter au cas par cas, au demeurant sur une base très discutée, la portée de l'exemption dans les relations internationales. Les travaux menés par l'OCDE dans le cadre du projet BEPS précipitent du reste cette réflexion. En effet, comme nous l'avons vu, le maintien du principe de l'exemption inconditionnelle pourra vraisemblablement conduire à l'avenir à un durcissement de la position des États de la source en situation triangulaire et en présence de revenus passifs. Finalement et dans le même esprit, une question analogue se pose en ce qui concerne le régime de la réduction pour participation.³³ En effet, en droit positif, l'application de celle-ci est indépendante du niveau d'imposition de la société fille distributrice (absence de clause « subject-to-tax » en ce qui concerne les revenus passifs). Ces problèmes, déjà identifiés par l'OCDE en 1998,³⁴ ne sont du reste pas nouveaux.

2.3.2.2 Coordination et protection de l'assiette de l'impôt

L'un des piliers du plan d'action BEPS est celui de la coordination des règles conventionnelles et nationales. Cette question, qui est abordée dans le cadre de l'action N 2 du plan de l'OCDE et qui donne actuellement lieu à une consultation, concerne les entités et instruments hybrides dont la classification différente en droit interne est susceptible d'entraîner des situations de double non-imposition.³⁵

La question de l'application des CDI aux entités hybrides n'est guère nouvelle. Les travaux de l'OCDE consacrés à cette question débutèrent en effet en 1993. Le comité des affaires fiscales fut alors chargé de constituer un groupe de travail ayant l'ambition d'examiner l'application du MC OCDE aux sociétés de personnes, aux trusts et autres entités hybrides. Le rapport sur les sociétés de personnes, adopté par ce comité le 20 janvier 1999³⁶ et dont les recommandations furent insérées lors de la mise à jour d'avril 2000 du commentaire OCDE, constitua ainsi la première étude en ce domaine. Selon ces recommandations, la double imposition, respectivement la double non-imposition consécutive à un conflit d'attribution peut être évitée si, aux fins de l'interprétation de termes tels que « payés à » figurant dans la règle distributive pertinente, l'État de la source se rallie aux règles d'attribution de l'État de la résidence.³⁷ Ainsi, si l'État de la source considère une entité comme fiscalement transparente, celui-ci ne sera néanmoins pas tenu de réduire son droit d'imposer les dividendes, intérêts et redevances si l'État de la résidence, suivant un régime d'opacité, alloue au contraire ces éléments à l'entité sise dans un État tiers.³⁸ Cela étant, le principe général posé par ce rapport ne fit guère l'unanimité au sein des États membres de l'OCDE. En conséquence, dans le cadre de ses travaux relatifs à l'action N 2, l'OCDE propose aujourd'hui de

29 ATF 139 II 78.

30 À propos de la portée de l'art. 52 al. 1 LIFD, la Haute Cour relève que : « Es soll mit unilateralen Massnahmen zwar eine Regelung getroffen werden, welche die Gefahr einer doppelten Besteuerung vermindert, dabei soll jedoch nach Möglichkeit verhindert werden, dass aufgrund dieser Regelung eine doppelte Nichtbesteuerung resultiert » (ATF 139 II 78, consid. 3.1.2).

31 DANON, Le principe de territorialité de l'impôt, p. 419 ss ; *le même*, exemption au sens de l'art. 52 al. 1 LIFD, p. 355 ss.

32 Voir en particulier FF 1983 I 165 : « Un contribuable qui possède une entreprise, un établissement stable ou un immeuble à l'étranger n'est pas imposé en Suisse pour ces éléments, même s'il n'est en fait pas assujéti à l'impôt à l'étranger. Un projet antérieur exigeait la preuve de l'imposition ; la Commission de coordination y a renoncé, car elle a estimé que cela allait trop loin ; elle a ainsi tenu compte des objections émises lors de la procédure de consultation ».

33 Art. 69 - 70 LIFD.

34 Comme le relevait déjà l'OCDE en 1998 : « Très souvent, ces dispositions ont un but légitime, comme compenser (...) ou atténuer la double imposition de certains types de revenus. Mais ces dispositions peuvent aller au-delà des mesures nécessaires pour mettre en œuvre les objectifs affichés de la politique fis-

cale. Il peut s'agir de règles inconditionnelles permettant d'éviter la double imposition (avec la méthode de l'exemption ou la méthode du crédit d'impôt) qui sortent du champ ordinaire des instruments permettant d'éviter la double imposition, qu'ils soient économiques ou juridiques (par exemple règles inconditionnelles de participation-exemption (...)) » (OCDE, Concurrency fiscale dommageable 1998, p. 34).

35 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 16. Voir aussi à ce sujet Russo, OECD report on hybrid mismatch, p. 110.

36 OCDE, sociétés de personnes 1999.

37 Voir commentaire OCDE, paragr. 6.3 ad art. 1.

38 Pour une analyse critique et actualisée de ces recommandations, voir notamment DANON/SALOMÉ, in : Danon/Gutmann/Oberson/Pistone (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE, Commentaire*, paragr. 19 ss ad art. 1. Le prochain Congrès de l'association internationale de droit fiscal (IFA), qui se tiendra à Mumbai (Inde) en octobre prochain, sera notamment consacré à l'étude de la pratique des États en ce domaine, voir à ce sujet DANON, *Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection*, à paraître.

codifier cette recommandation dans le MC OCDE en s'inspirant de l'art. 1(6) du modèle de convention américain dont la teneur est la suivante: « *For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State (...)* ». ³⁹ En accord avec le rapport sur les sociétés de personnes, ce principe ne limite toutefois en rien le droit de l'État de la source d'imposer ses propres résidents. ⁴⁰ La nouvelle proposition de l'OCDE le précise en complétant cette disposition comme suit: « *In no case shall the provisions of this paragraph be construed so as to restrict in any way a Contracting State's right to tax the residents of that State* ». ⁴¹ Cette proposition, qui permet ainsi d'étendre formellement les recommandations de l'OCDE à d'autres entités hybrides telles que les trusts, doit naturellement être approuvée. Cela dit, comme nous l'avons déjà relevé ailleurs, le principe du rattachement aux règles d'attribution de l'État de la résidence aux fins de l'application des règles distributives peut déjà être déduit de l'interprétation autonome (contextuelle) de celles-ci. ⁴² En tout état de cause, cette modification n'aurait aucune conséquence sur la politique conventionnelle de la Suisse dès lors que ce pays n'a formulé aucune réserve ou observation à la recommandation du rapport OCDE sur les sociétés de personnes en ce qui concerne les conflits d'attribution. ⁴³

Cela étant, indépendamment de la question de l'octroi des avantages conventionnels, l'action N 2 du plan BEPS

s'attache aussi à éviter l'érosion de l'assiette fiscale des États suite à l'utilisation d'instruments ou d'entités hybrides. Il s'agit par exemple de situations où un revenu n'est imposable dans aucun État (« stateless income ») ⁴⁴ ou encore lorsque celui-ci donne lieu à une double déduction. ⁴⁵ Cette question fait ainsi l'objet d'un rapport spécifique dans le cadre de la consultation en cours. L'étude détaillée et exhaustive des recommandations de l'OCDE en ce domaine, respectivement de leurs incidences pour la Suisse, dépasserait assurément le cadre de la présente contribution. Aussi, nous nous limiterons ici à présenter quelques principes directeurs régissant ces nouvelles recommandations. Fondamentalement, le projet de l'OCDE comprend deux volets. En premier lieu, l'OCDE formule des propositions de modification du droit interne des États afin de limiter la survenance de situations de non-imposition consécutives à l'utilisation d'instruments ou d'entités hybrides. En second lieu, dans la mesure où le droit interne ainsi modifié laisse encore subsister ce type de situation, la question doit alors être réglée par le biais de « linking rules ». Ces règles, d'application automatique ⁴⁶ et destinées à être mises en œuvre suivant une approche multilatérale, ⁴⁷ ont pour but de lier le traitement fiscal réservé à un revenu, respectivement à une entité, dans un État à celui appliqué dans un autre État. Pour ce faire et afin d'éviter que ce mécanisme ne provoque une double imposition, l'OCDE propose que les États appliquent ces règles par ordre de priorité (« ordering rule »), ⁴⁸ « primary rule » suivie d'une « secondary » ou « defensive rule ». ⁴⁹ Au surplus, ces règles ne sauraient être comprises comme un instrument général per-

39 Projet pour commentaires sur l'action 2, CDI, p. 7.

40 Voir commentaire OCDE, paragr. 6.1 ad art. 1. Cette exception à la recommandation générale, qui ne fit du reste pas l'unanimité au sein des délégués de l'OCDE et qui est susceptible d'induire des situations de double imposition (particulièrement dans le cas de rapport de trusts), est toutefois selon nous méthodologiquement discutable, voir à ce sujet DANON/SALOMÉ, in: Danon/Gutmann/Oberson/Pistone (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE, Commentaire*, paragr. 34 ss ad art. 1.

41 Projet pour commentaires sur l'action 2, CDI, p. 7.

42 DANON/SALOMÉ, in: Danon/Gutmann/Oberson/Pistone (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE, Commentaire*, paragr. 29 ss ad art. 1.

43 La Suisse a en revanche formulé une observation en ce qui concerne les conflits de qualification. Ce pays se réserve en effet le droit de ne pas appliquer la recommandation y relative (rattachement à la qualification de l'État de la source aux fins de l'application de l'art. 23 A MC OCDE) dans les cas où un conflit de qualification résulterait d'une modification du droit interne de l'État de la source postérieure à la signature d'une convention (voir *Commentaire OCDE*, paragr. 81 ad art. 23). Voir aussi à ce sujet SALOMÉ, in: Danon/Gutmann/Oberson/Pistone (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE, Commentaire*, paragr. 36 ss rem. intro. ad art. 23 A et B.

44 Selon la terminologie américaine, OBAMA, *Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals*, p. 62.

45 Relevons par contre que le mécanisme de la déduction notionnelle des intérêts (« NID ») ne fait pas l'objet des recommandations relatives à l'action N 2. Comme le relève le projet de l'OCDE: « *Rules that entitle taxpayers to a unilateral tax deduction for invested equity without requiring the taxpayer to accrue any expenditure (such as regimes that grant 'deemed' interest deductions for equity capital) are economically closer to a tax exemption or similar taxpayer specific concessions and do not produce a mismatch in tax outcomes in the sense contemplated by Action 2.* » (OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 9).

46 En cela, ces recommandations se distinguent en particulier de règles anti-abus générales ou spécifiques. Aussi, l'intention du contribuable ne joue ici aucun rôle, OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 5. Enfin, ces règles ne concernent et n'affectent naturellement pas le caractère hybride de l'instrument dans le domaine réglementaire ou comptable, OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 8.

47 OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 11.

48 OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 12.

49 OCDE, *Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne*, p. 16.

mettant de lutter contre toutes les divergences de droit interne conduisant à une non-imposition. Les principes développés dans le cadre de l'action N 2 sont en effet limités aux cas où la divergence, respectivement la double non-imposition qui en résulte, est liée au caractère hybride de l'instrument ou de l'entité concernée.⁵⁰

Un premier exemple classique auquel ces règles sont susceptibles d'être appliquées est le cas d'un paiement traité comme un intérêt déductible dans l'État du débiteur alors même que l'État du créancier n'impose pas le revenu correspondant en raison typiquement de sa qualification de dividende bénéficiant d'une exemption pour participation. Dans cette hypothèse, l'OCDE recommande que l'État de la source refuse la déductibilité de cette dépense (« primary rule »). Si tel n'est pas le cas, l'État de résidence devrait alors soumettre le revenu à l'imposition (« secondary rule »).⁵¹ Cela étant, en situation d'État de résidence, le droit fiscal suisse est déjà adapté à ce type de situation. En effet, l'art. 70 al. 2 lit. b LIFD, relatif au mécanisme de la réduction pour participations et naturellement également applicable aux filiales étrangères,⁵² dispose que : « ne font pas partie du rendement des participations : les recettes qui représentent des charges justifiées par l'usage commercial pour la société de capitaux ou la société coopérative qui les verse ». Dans cette hypothèse,⁵³ le droit interne suisse élimine donc déjà tout risque de non-imposition lié à l'instrument hybride, de sorte que l'application des « linking rules » n'est pas nécessaire. Comme le relève l'OCDE : « *When the dividend exemption is denied there will be no mismatch in tax outcomes to which the linking rule can apply and no circularity will arise under the recommended rules⁵⁴ (...). This should have the effect of eliminating*

any mismatch in respect of this category of instruments so that they will not be subject to the hybrid financial instrument rule ». ⁵⁵ De ce point de vue, la solution prévue par l'art. 70 al. 2 lit. b LIFD est ainsi favorable aux groupes suisses dans la mesure où la société mère sise en Suisse est soumise à un taux d'imposition moins élevé que celui auquel est assujettie sa filiale étrangère. Observons au passage que la solution suisse correspond à celle récemment proposée par la commission européenne dans le cadre d'un projet de modification de la directive mère-filiales.⁵⁶ En l'occurrence, le projet prévoit que l'État de la résidence ne s'abstiendra d'imposer les dividendes versés par une société filiale que « *dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale de la société mère* ». ⁵⁷ Cette proposition s'inscrit dans le contexte des travaux menés actuellement par le groupe du code de conduite dans le cadre de l'utilisation d'instruments hybrides.⁵⁸ En situation d'État de la source, en revanche, la Suisse devrait adopter une règle correctrice dérogeant au principe de détermination⁵⁹ afin de refuser la déductibilité de la dépense, comme le prévoit la recommandation primaire de l'OCDE.⁶⁰

Cela étant, l'utilisation d'une entité hybride peut également soulever un problème analogue lorsque le paiement effectué à cette entité est déductible dans l'État de la

50 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 9.

51 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 25 : « a) Jurisdictions should deny a deduction for any payment made under a hybrid financial instrument to the extent that the payee does not include the payment as ordinary income under the laws of any jurisdiction; b) Jurisdictions should require a payee to include any payment made under a hybrid financial instrument as ordinary income to the extent that the payer is entitled to claim a deduction for such payment (or equivalent tax relief) and the payer's jurisdiction does not apply a hybrid mismatch rule in accordance with recommendation (a) above ».

52 Art. 49 al. 3 LIFD. Au surplus, en vertu de cette disposition, l'art. 70 al. 2 lit. b LIFD est également applicable à l'établissement stable suisse d'une entreprise étrangère auquel l'instrument hybride serait rattaché.

53 Dans l'hypothèse où la divergence découlerait d'une autre raison que celle liée à la qualification de rendement de participation, les « linking rules » seraient alors subsidiairement applicables, cf. OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 36.

54 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 26.

55 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 32.

56 COM(2013) 814 final.

57 Commission européenne, Proposition de directive du 25.11.2013, p. 10.

58 Commission européenne, Proposition de directive du 25.11.2013, exposé des motifs.

59 Art. 58 LIFD ; art. 24 LHID.

60 Une question se posant dans ce contexte, est celle de savoir si une telle règle contreviendrait à la clause de non-discrimination des CDI, en particulier l'art. 24 (4) MC OCDE qui prévoit que : « *À moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9, du paragraphe 6 de l'article 11 ou du paragraphe 4 de l'article 12 ne soient applicables, les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier État* ». L'OCDE y répond par la négative, estimant que : « *The fact that a mismatch in the tax treatment of an entity or payment is less likely in a purely domestic context (i.e. one would expect a country to be consistent in the way it characterizes domestic payments and entities) cannot be interpreted as meaning that rules that are strictly based on the existence of such a mismatch are treating payments to non-residents, or to non-resident owned enterprises, differently from the way payments to residents, or resident-owned enterprises, are treated under domestic law* » (OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, CDI, p. 13). À notre sens, la question demeure controversée et devra être approfondie dans le cadre de la consultation, compte tenu notamment du texte de l'art. 24(4) MC OCDE et du fait que les recommandations élaborées visent dans les faits des situations transfrontalières. La question pourrait en revanche être réglée dans le cadre d'une entente multilatérale.

source (État S) alors même qu'aucun des États de résidence concernés ne lui alloue ce revenu (conflit d'attribution).⁶¹ Il en va ainsi lorsque l'État de résidence de l'entité (État P), conformément à un régime de transparence, attribue ce paiement à un investisseur (typiquement l'actionnaire ou l'associé de l'entité) résidant dans un État tiers (État R) alors même que ce dernier État traite cette entité comme non transparente et n'impose pas cet élément (« reverse hybrid »).⁶² Pour autant que l'entité hybride ne dispose pas dans l'État P d'un établissement stable auquel le revenu provenant de l'État S pourrait être rattaché,⁶³ cet élément ne sera ainsi imposé dans aucun des trois États concernés. Selon l'OCDE, il appartient ici en priorité à l'État de résidence de l'investisseur d'agir. En l'occurrence, cet État devrait imputer directement le revenu à l'investisseur par le biais d'une règle CFC ou d'un mécanisme déployant un effet anti-différé analogue (le projet se réfère en effet à une solution permettant « *to tax on a current basis* »).⁶⁴ Alternativement, l'État de résidence de l'investisseur pourrait également, le cas échéant sur la base d'une fiction (« deemed residence ») assujettir l'entité hybride à l'impôt. À défaut, l'État de résidence de l'entité devrait passer d'un régime de transparence à celui de l'opacité afin d'assujettir celle-ci à l'impôt (« secondary rule »). Finalement et en dernier ressort, il appartiendrait à l'État de la source du revenu de refuser la déduction du paiement (« defensive rule »).⁶⁵

Du point de vue de la Suisse en qualité d'État de résidence de l'investisseur, les propositions de l'OCDE appellent quelques remarques. Si le principe de l'imputation immédiate des revenus à l'investisseur s'accorde bien avec la philosophie des États dont la politique repose sur la neutralité à l'exportation des capitaux et qui disposent souvent déjà de règles CFC (ou mécanisme analogue), tel n'est en revanche pas le cas de la Suisse. En premier lieu, conformément à l'art. 49 al. 3 LIFD, une entité étrangère doit être traitée comme fiscalement non transparente à partir du moment où celle-ci dispose de la personnalité juridique.⁶⁶ En effet, la notion de « *personnes morales étrangères* » (« *ausländische juristische Personen* ») au sens de cette disposition, a un contenu de droit civil, de sorte que seul le droit privé étranger applicable est déterminant. Aussi, dès lors qu'une entité étrangère dispose de la personnalité juridique, peu importe alors que l'État d'incorporation considère celle-ci comme fiscalement transparente. En second lieu, comme on le sait, le droit suisse ne connaît pas de mécanisme anti-différé permettant d'imputer un revenu en transparence. Aussi, sous réserve d'une évasion fiscale (« *Durchgriff* »),⁶⁷ qui permet de percer le voile corporatif à des conditions toutefois très restrictives, le principe de séparation (« *Trennungsprinzip* ») ne souffre aucune exception. Enfin, une personne morale étrangère peut être assujettie à l'impôt en Suisse en raison d'un rattachement personnel (administration effective)⁶⁸ ou économique (établissement stable)⁶⁹. En revanche, le principe d'une fiction d'assujettissement (« deemed residence »), tel qu'envisagé par l'OCDE, est naturellement inconnu en droit positif suisse. En conséquence, la mise en œuvre de cette recommandation nécessiterait une base légale. On peut toutefois se demander dans quelle mesure l'adoption d'une telle règle par la Suisse serait conforme au principe de neutralité à l'importation des capitaux et de territorialité dans les relations internationales. Il est vrai que les règles anti-différé s'accordent plus difficilement avec le principe de neutralité à l'importation

61 Si l'État S soumet le paiement à une retenue à la source en droit interne, cet État pourrait alors refuser d'appliquer la CDI conclue avec l'État P en raison du fait que celui-ci n'alloue pas cet élément à un résident. Cela dit, en pratique, il est relativement fréquent que l'État de la source ne prélève aucune retenue à la source, de sorte que la question de l'octroi d'éventuels avantages conventionnels est sans objet.

62 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 56.

63 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 57.

64 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 63: « The nature of the anti-deferral rules introduced by Country A would be a question for domestic law implementation however they would need to be effective to pick up income derived by a reverse hybrid (...) ». Le projet ne retient ainsi pas l'idée pour l'État de résidence de l'investisseur de refuser l'exemption pour participation (la réduction pour participation) au moment de distribution effective par l'entité hybride en l'absence d'une double (multiple) imposition économique réelle.

65 OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne, p. 61: « *Primary rule (inclusion in investor jurisdiction): a) Investor jurisdictions should implement: specific and targeted changes to their controlled foreign companies (CFC) or foreign investment fund (FIF) rules; or specific and targeted changes to domestic law; that are effective to tax on a current basis, income of residents accrued through offshore investment structures. Secondary rule (inclusion in intermediary jurisdiction) b) Entities or arrangements that are transparent or partially transparent under the laws of the jurisdiction where they are established (i.e. intermediaries) should be treated as taxable under the laws of*

the intermediary jurisdiction if a controlling investor treats that intermediary as a reverse hybrid in circumstances where the income derived by that intermediary is not brought into account under the laws of the investor or the intermediary jurisdiction. Defensive rule c) The payer jurisdiction should deny the deduction for a payment to an offshore non-inclusion structure (such as a reverse hybrid or imported mismatch arrangement) to the extent the payment results in a no-taxation outcome or is offset by expenditure incurred under a hybrid mismatch arrangement and the taxpayer is part of the same control group as the parties to the mismatch or is party to an avoidance arrangement ».

66 Voir DANON, Switzerland, p. 168 ss; Glauser, Personne morale: qui es-tu?, p. 25 ss.

67 Voir notamment TF [ZP.92/2005, 2A.145/2005] du 30.1.2006.

68 Art. 50 LIFD.

69 Art. 51 LIFD.

des capitaux. Cela dit, même si on admet l'application de ce principe en présence de revenus passifs,⁷⁰ la situation dont il est question ici est particulière en ceci que l'entité n'a aucune existence propre du point de vue de son État d'incorporation et n'y opère pas (absence d'établissement stable). Aussi, le principe d'égalité de traitement avec les investisseurs locaux, qui sous-tend la neutralité à l'importation des capitaux, est de toute manière difficilement défendable dans cette hypothèse.⁷¹ Compte tenu de ces circonstances et dans un souci de coordination internationale, il nous paraît que cette recommandation pourrait être mise en œuvre par la Suisse par le biais d'une disposition spécifique anti-hybride. En revanche, l'adoption de règles anti-différé ou CFC d'application générale ne serait pas compatible avec le principe de territorialité appliqué par la Suisse dans les relations internationales. Enfin, en raison du caractère « circulaire » des « linking rules », il convient de garder à l'esprit que, à défaut d'imposition immédiate du revenu dans l'État de résidence de l'investisseur et dans l'État d'incorporation de l'entité, l'État de la source pourrait alors de toute manière refuser la déduction du revenu. De ce point de vue, une imposition dans l'État de résidence de l'investisseur, en ce qu'elle permettrait d'assurer la déductibilité de la dépense dans l'État de la source, ne serait donc pas forcément défavorable. On constate ainsi que les recommandations de l'OCDE en ce domaine ont essentiellement un effet dissuasif.

Dans le même esprit, dans le cadre de l'action N 4, l'OCDE entend élaborer des recommandations visant notamment à limiter la déduction d'intérêts passifs. Fondamentalement, on vise ici à empêcher un recours excessif à l'emprunt en vue d'obtenir des déductions trop importantes ou encore de financer l'obtention d'un revenu exonéré ou différé.⁷² Conceptuellement, on distingue des mécanismes centrés sur l'entité prise isolément (« stand-alone approach ») ou sur le groupe (« worldwide approach »). Ce dernier mécanisme, déjà appliqué par plusieurs États, posent une limitation générale à la déductibilité des intérêts. Les intérêts demeurent toutefois déductibles dans la mesure où la société concernée peut démontrer (« escape clause ») que sa proportion de fonds propres par rapport à ses actifs n'est pas inférieure à celle du groupe sur une base consolidée (« worldwide ap-

proach »).⁷³ Ces développements sont importants pour la Suisse dès lors qu'ils pourraient aboutir à revoir les règles de sous-capitalisation prévues par le droit harmonisé fondées sur la capacité réelle d'emprunt de chaque entité et applicable uniquement entre parties liées.⁷⁴

Cela étant, le domaine qui concerne le plus directement la Suisse, singulièrement dans le cadre de la mise en œuvre de la RIE III, est bien évidemment celui de la concurrence fiscale dommageable et des aides d'État que nous allons maintenant examiner de manière plus détaillée (3).

3 Évolution récente de la concurrence fiscale dommageable et des aides d'État

3.1 La concurrence fiscale dommageable

3.1.1 Le Forum de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables

3.1.1.1 L'approche initiale

À la suite d'un rapport publié en 1998,⁷⁵ l'OCDE a mis en place un Forum consacré aux pratiques fiscales dommageables. Selon ce rapport, pour juger du caractère dommageable d'un régime, il sied, en premier lieu, d'examiner, (i) le taux d'imposition effectif pratiqué, (ii) le degré de cantonnement (« ring-fencing »), (iii) de transparence du régime et finalement (iv) la politique d'échange de renseignements pratiqué par l'État concerné.⁷⁶ Subsidiairement, l'analyse peut également prendre en compte (i) la définition artificielle de la base d'imposition, (ii) le non-respect des principes internationaux applicables en matière de prix de transfert, singulièrement les directives de l'OCDE en ce domaine, (iii) l'exonération de l'impôt dans l'État de résidence pour les revenus de source étrangère, (iv) la possibilité de négocier le taux ou l'assiette de l'imposition, et (v) l'accès à un vaste réseau de CDI.⁷⁷

3.1.1.2 La priorité au critère de l'activité substantielle

Cela étant, selon l'OCDE, le critère traditionnel du cantonnement (« ring-fencing ») n'est désormais plus nécessairement approprié afin d'identifier un régime fiscal

70 Comme nous l'avons vu, plusieurs États (par exemple les Pays-Bas) adhérant au principe de neutralité à l'importation des capitaux passent en revanche à la neutralité à l'exportation des capitaux en ce qui concerne les revenus provenant de capitaux mobiles faiblement imposés.

71 Sur ces questions, voir notamment DAHLBERG/WIMAN, taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport général, p. 19 ss.

72 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 18.

73 EILERS, Earnings Stripping, p. 131 ss.

74 Art. 65 LIFD et 29a LHID. Voir à ce sujet DANON, N 1 ss ad art. 65 LIFD.

75 OCDE, Concurrence fiscale dommageable 1998.

76 OCDE, Concurrence fiscale dommageable 1998, p. 28 ss.

77 OCDE, Concurrence fiscale dommageable 1998, p. 34 ss.

dommageable.⁷⁸ Comme l'observe le plan d'action BEPS, le phénomène de la concurrence fiscale dommageable est aujourd'hui susceptible de prendre davantage la forme de « *baisses généralisées du taux de l'impôt sur les bénéficiaires des sociétés grevant certains types de revenu (comme celui généré par des activités financières ou par la fourniture d'actifs incorporels)* ». ⁷⁹ En conséquence, suivant l'action N 5 de ce plan, l'OCDE entend refondre ses travaux relatifs aux pratiques fiscales dommageables afin de donner la priorité au critère de l'activité substantielle (« *substantial activity* »). Ce critère de l'activité est naturellement aussi en étroite connexité avec celui de l'imposition en fonction de la création de valeur prévu par l'action N 8 concernant les prix de transfert.⁸⁰ De plus, une approche globale sera suivie afin d'évaluer les régimes fiscaux préférentiels dans le contexte de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices.⁸¹

En conséquence, selon cette nouvelle vision des choses, le fait qu'un régime fiscal privilégié soit (à tout le moins formellement) ouvert aux résidents et aux non-résidents et que les revenus de source domestique en profitent également, n'est donc plus déterminant. Décisive sera en revanche la question de savoir si l'octroi de ce régime est subordonné à l'exercice d'une activité substantielle dans l'État concerné. Bien que les résultats des travaux menés par l'OCDE ne soient pas encore connus, le critère de l'activité substantielle devrait logiquement être concrétisé à la lumière des principes directeurs du plan d'action de l'OCDE. Aussi, on peut penser qu'il conviendra d'examiner dans quelle mesure le revenu réalisé par une entité bénéficiant d'un régime privilégié dans un État se rattache effectivement à une activité substantielle exercée dans ce même État.

C'est donc à la lumière du critère de l'activité substantielle que les régimes « *patent box* », comme celui que la Suisse envisage d'introduire dans le cadre de la RIE III, sont actuellement examinés. À notre connaissance, l'OCDE entend finaliser cet examen durant l'année 2014. Cette analyse devrait ensuite aboutir à l'élaboration des nouveaux critères déterminants d'ici décembre 2015. Trois variantes sont actuellement à l'étude afin de concrétiser ce critère dans le cadre de ces régimes,⁸² à savoir :

- Une approche exigeant que l'incitation fiscale soit directement liée aux coûts de R&D engagés (« *nexus approach* »);⁸³
- Une approche se concentrant sur la création de valeur et exigeant que l'entité privilégiée exerce des fonctions de développement significatives ;
- Une approche axée sur les prix de transfert et les fonctions importantes que l'entité devrait exercer.

Dans ce contexte, nous le verrons, l'un des objectifs principaux de l'exercice sera naturellement de faire le départ entre un régime dommageable destiné uniquement à attirer des capitaux mobiles et une véritable incitation en faveur de la R&D et de l'innovation. En effet, tout en souhaitant combattre les pratiques dommageables, l'OCDE entend dans le même temps encourager les activités de R&D ainsi que les incitations fiscales qui peuvent leur être associées.⁸⁴ Comme le relevait récemment le Secrétaire général de l'OCDE dans son rapport au G 20 : « *Harmful tax practices (Action 5) are being assessed, with a focus on Intellectual Property Regimes such as « patent boxes », with the review of OECD member countries' regimes to be finalised in 2014 (...). One key technical issue under discussion is how to determine whether a preferential regime is designed to attract purely mobile activities, and should therefore be considered as harmful, or whether it requires the carrying out of a substantial activity to benefit from it* ». ⁸⁵

3.1.2 Les travaux du code de conduite

3.1.2.1 L'évolution récente et l'application aux États tiers

Les règles du code de conduite de l'Union européenne suivent actuellement une évolution très similaire. Ce code, dont les critères sont analogues à ceux posés par l'OCDE⁸⁶ et qui n'a formellement qu'une force politique, prévoit que les États membres s'abstiennent d'instaurer de nouvelles mesures fiscales dommageables et modifient leurs règles (ou pratiques) ayant, ou pouvant avoir, une incidence sensible sur la localisation des activités économiques au sein de l'Union européenne.⁸⁷

L'un des objectifs de la commission européenne est également d'étendre plus clairement l'application des principes du code de conduite aux États tiers comme la

78 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 18.

79 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 18.

80 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 21.

81 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 19.

82 Voir notamment UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting, p. 27.

83 Cette approche n'est en réalité pas totalement nouvelle. On retrouve en effet une exigence similaire (« *nexus* ») dans le cadre de l'application de certaines incitations en amont (« *input* ») en droit interne, par exemple aux États-Unis.

84 Voir notamment à ce sujet OCDE, Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation.

85 OCDE, Secretary-General Report to the G20, p. 5.

86 Cf. Code de conduite, B.

87 Code de conduite, A.

Suisse. Aussi, dans le cadre de sa recommandation de décembre 2012, la commission enjoint les États membres de s'assurer que la fiscalité des États tiers soient également en ligne avec les critères posés par le code de conduite.⁸⁸ À défaut, des mesures de rétorsion devraient être prises à l'encontre des États concernés, à savoir notamment leur mention sur une liste noire ou encore la dénonciation (ou la renégociation) des CDI liant ces États aux États membres.⁸⁹ Dans ce contexte et comme nous l'avons rappelé, le Conseil ECOFIN a désormais prolongé à fin juin 2014 le dialogue mené avec la Suisse.

Cela étant, la commission européenne entend aujourd'hui donner un nouvel élan à ces travaux dans l'esprit du plan d'action BEPS.⁹⁰ Aussi, à la suite d'une investigation initiée à l'encontre du Royaume-Uni en 2013, le Conseil ECOFIN invita, le 10 décembre dernier, le groupe du code de conduite à examiner, d'ici fin décembre 2014, l'ensemble des régimes « patent box » existant au sein de l'Union européenne. Le groupe est chargé de conduire cet examen dans un souci d'égalité de traitement et de conformité aux travaux menés actuellement par l'OCDE dans le cadre de l'action N 5 de son projet BEPS.⁹¹

3.1.2.2 Le lien avec les libertés fondamentales

Dans ce contexte d'intensification de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable, une question se pose naturellement : celle de la relation entre les règles du code de conduite et les libertés fondamentales inscrites dans le TFUE. Comme le rappelle WATTEL, il existe une tension presque naturelle entre ces libertés, dont l'ambition est la réalisation d'un marché intérieur neutre, et les règles du code de conduite, cherchant au contraire à vérifier l'intensité du rattachement des activités de l'entreprise avec l'État concerné.⁹² Il est toutefois admis que ces deux questions doivent être traitées de manière indépendante par les États membres. Aussi, comme l'a rappelé l'avocat général Léger dans l'affaire *Cadbury Schweppes*,⁹³ la lutte contre la concurrence fiscale dommageable, que ce soit sous l'angle du code de conduite (ou même des aides d'État), ne saurait en soi justifier une restriction aux libertés fondamentales.⁹⁴ Aussi, indépen-

damment de la question de savoir si un régime est dommageable, une restriction à l'exercice des libertés fondamentales n'est susceptible d'être justifiée que lorsque, cumulativement, la restriction (i) s'applique de manière non discriminatoire, (ii) répond à des raisons impérieuses d'intérêt général et (iii) demeure conforme au principe de proportionnalité.⁹⁵ Les motifs pouvant, à certaines conditions, justifier une telle restriction sont par exemple la nécessité de préserver la cohérence du système fiscal,⁹⁶ la répartition du pouvoir d'imposer des États membres,⁹⁷ la préservation de l'efficacité des contrôles fiscaux⁹⁸ ou encore de lutter contre les abus, pour autant toutefois que l'on soit en présence de « montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû ».⁹⁹

Aussi, comme nous le verrons dans le cadre de l'examen des régimes « patent box », un problème qui se posera nécessairement à l'avenir sera celui de la recherche de critères permettant de réconcilier les règles du code de conduite et les libertés fondamentales. Certes, à première vue, ce débat n'intéresse pas directement la Suisse. En effet, comme l'a rappelé la CJUE, les personnes morales constituées selon le droit suisse ne sauraient se prévaloir de l'ALCP.¹⁰⁰ Tout au plus peut-on considérer que la

n'affecte donc pas les droits et les obligations des États membres ni les compétences respectives des États membres et de la Communauté telles qu'elles découlent du traité. L'adoption du code de conduite et la mention du régime fiscal irlandais en cause parmi les mesures fiscales nationales dommageables pour le marché unique ne sauraient donc limiter ni a fortiori restreindre rétroactivement le droit conféré par le traité à toute société (...) de créer un établissement secondaire dans l'État membre de son choix, y compris dans un État dans lequel s'applique un régime fiscal analysé comme étant dommageable pour le marché unique » (point 57), et « La circonstance que ce régime fiscal puisse également être qualifié d'aide d'État incompatible avec le marché commun ne modifie pas cette analyse. (...), le traité contient des dispositions particulières (...) qui visent à assurer le contrôle de la compatibilité d'une telle mesure avec le marché commun et l'annulation de ses effets préjudiciables à celui-ci. La circonstance qu'un tel régime fiscal ne soit pas conforme aux règles du traité ne saurait donc autoriser un État membre à prendre des mesures unilatérales destinées à en combattre les effets en portant atteinte aux libertés de circulation » (point 58). Voir aussi à ce sujet TERRA/WATTEL, *European Tax Law*, p. 249.

88 Commission européenne, pays tiers, normes minimales de bonne gouvernance, 3.

89 Commission européenne, pays tiers, normes minimales de bonne gouvernance, 4.1 - 4.3.

90 Commission européenne, Plan d'action 2012, 3.

91 Voir : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ecofin/140041.pdf.

92 WATTEL, interaction of state aid, free movement, policy competition, p. 137.

93 Arrêt du 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, affaire C-196/04.

94 Conclusions de l'Avocat Général M^e P. Léger, point 57 in : affaire C-196/04 : « Ainsi qu'il ressort de son préambule, le code de conduite constitue un engagement de nature politique et il

95 Arrêt du 30.11.1995, *Gebhard*, affaire C-55/94, point 37 ; Arrêt du 9.3.1999, *Centros*, affaire C-212/97, point 34 ; Arrêt du 4.7.2000, *Haim*, affaire C-424/97, point 57.

96 Arrêt du 28.1.1992, *Bachmann*, affaire C-204/90, point 28 ; Arrêt du 7.9.2004, *Manninen*, affaire C-319/02, point 42 ; Arrêt du 23.2.2006, *Keller Holding*, affaire C-471/04, point 40.

97 Arrêt du 13.12.2005, *Marks & Spencer*, affaire C-446/03, point 45.

98 Arrêt du 25.5.2011, *Commission contre Portugal*, affaire C-493/09.

99 Arrêt du 12.9.2006, *Cadbury Schweppes*, affaire C-196/04, point 37.

100 Arrêt du 12.11.2009, *Grimme*, affaire C-351/08, point 35. Voir aussi Arrêt du 11.2.2010, *Fokus Invest AG*, affaire C-541/08. Il convient toutefois de réserver le droit de prestation de services limité à 90 jours (articles 5(1) ALCP et 18 Annexe I), dont la portée pratique est toutefois limitée.

question concerne les personnes physiques déployant une activité indépendante et qui pourraient profiter des mesures envisagées par la RIE III (comme la *licence box*).¹⁰¹ Cela dit, dans le cadre des travaux relatifs à l'action N 5 du projet BEPS, la Suisse a tout intérêt à militer en faveur de solutions qui puissent être appliquées à l'ensemble des États membres de l'OCDE et qui ne conduisent pas à une approche différenciée au sein de l'UE en raison des libertés fondamentales.

3.1.3 Relation entre concurrence fiscale dommageable et règles CFC

Une grande partie des États membres de l'OCDE connaissent aujourd'hui des règles relatives aux sociétés contrôlées (« CFC rules »). Fondamentalement, ces règles permettent à l'État de résidence d'imposer les bénéfices réalisés par l'intermédiaire d'une filiale sise dans l'État de la source, et ceci, indépendamment de toute distribution effective par celle-ci à son actionnaire. Certes, les conditions et les modalités d'application de ces dispositifs varient d'un État à l'autre. Cela dit, les règles CFC visent généralement les revenus passifs (dividendes, intérêts et redevances) provenant de capitaux mobiles faiblement imposés. Ces dispositions postulent d'une part que les capitaux mobiles sont par définition facilement localisables dans une juridiction à faible fiscalité, et d'autre part que le rattachement (« nexus ») de ces capitaux avec l'État de la source est faible. Aussi, une entorse au principe de territorialité se justifie afin de permettre l'imposition de ces éléments dans l'État de la résidence.

Or, nous venons de le voir, les principes relatifs à la concurrence fiscale dommageable suivent actuellement une évolution analogue. Ces principes, initialement centrés sur la question du cantonnement (« ring-fencing »), s'intéressent au contraire aujourd'hui, à l'instar des règles CFC, à l'intensité du rattachement des revenus à une activité déployée dans l'État concerné. Il en va tout particulièrement ainsi d'une approche fondée sur la création de valeur ou les coûts de R&D engagés (« nexus approach ») par l'entreprise dans l'État concerné. Aussi, il nous paraît que le renforcement des règles CFC, envisagé par l'action N 3 du plan BEPS, devrait être, dans une certaine mesure à tout le moins, coordonné avec les principes énoncés par l'action N 5. L'on pourrait par exemple poser qu'une entité satisfaisant le test de l'activité substantielle dans le contexte de la concurrence fiscale dommageable ne pourrait se voir appliquer une règle CFC (ou de passage au crédit d'impôt « switch-over » en présence d'un établissement stable dans cet État). Aussi,

une clause d'exclusion pourrait par exemple être prévue en ce qui concerne les redevances faiblement imposées en raison d'un régime patent box mais se rattachant à une activité substantielle de R&D dans l'État de résidence. À raison, l'OCDE envisage du reste déjà une telle clause d'exclusion dans le contexte de l'économie numérique : « *A CFC rule along these lines could include an exception for situations where the CFC, through its own employees, makes a substantial contribution to the value of the goods and services sold* ». ¹⁰² La clause triangulaire concernant la limitation des avantages conventionnels, proposée dans le cadre de l'action N 6 et présentée ci-dessus, va dans le même sens et réserve expressément cette dernière hypothèse.

Cette vision des choses, au demeurant justifiée par la convergence accrue existant entre ces deux domaines, permettrait de fixer un seuil commun dans le cadre de l'application des règles CFC. Cette approche présente en particulier un intérêt pour la Suisse, qui ne connaît certes pas de règles CFC, mais dont les filiales sises dans ce pays sont naturellement concernées par leur application. De ce point de vue, la Suisse doit veiller à ce que les travaux de l'OCDE ne conduisent pas à un durcissement différencié des règles CFC suivant que celles-ci sont appliquées aux États tiers ou à l'intérieur de l'Union européenne.¹⁰³ Or, dans ce domaine également, il existe une tension entre l'action N 3 du projet BEPS et les libertés fondamentales, tension qu'il appartient à l'OCDE et aux

¹⁰² OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 1 (économie numérique), p. 54. La même idée se retrouve dans les récentes propositions américaines, Obama, Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals, p. 59 : « *The proposal would create a new category of subpart F income, foreign base company digital income, which generally would include income of a CFC from the lease or sale of a digital copyrighted article or from the provision of a digital service, in cases where the CFC uses intangible property developed by a related party (including property developed pursuant to a cost sharing arrangement) to produce the income and the CFC does not, through its own employees, make a substantial contribution to the development of the property or services that give rise to the income* ».

¹⁰³ Relevons d'ailleurs que cette approche différenciée se retrouve déjà dans le projet de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS). En l'occurrence, ce projet prévoit, à son art. 82, une règle CFC dont l'application suppose uniquement que la filiale sise dans un État tiers (i) dispose d'au moins 30% de revenus passifs (y compris des redevances), (ii) soit soumise à un impôt sur le bénéfice inférieur à 40% du taux européen moyen ou (iii) bénéficie d'un régime spécial permettant un niveau d'imposition nettement plus bas que le régime général (Commission européenne, Proposition de directive du 16.3.2011). La résolution législative du Parlement européen du 19 avril 2012 propose même de porter le seuil de 40% à 70% (Résolution législative du Parlement européen du 19 avril 2012 sur la proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) (COM(2011)0121 – C7-0092/2011 – 2011/0058(CNS)).

¹⁰¹ Cf. art. 1 ALCP et chapitre III de l'Annexe I. Voir aussi Arrêt du 12.11.2009, Grimme, affaire C-351/08, point 36.

États européens de clarifier. En effet, à l'intérieur du marché intérieur, les règles CFC ne peuvent trouver application que lorsqu'il apparaît que l'incorporation d'une filiale dans un État membre repose sur un montage purement artificiel et que celle-ci n'exerce aucune activité économique effective.¹⁰⁴ Cela étant, comme le relèvent certains auteurs, une application uniforme et coordonnées des règles CFC à tous les États, à la suite du projet BEPS, ne heurterait pas nécessairement le droit européen pour autant que celle-ci demeure conforme au principe d'adéquation et de proportionnalité.¹⁰⁵ La coordination que nous proposons entre les actions 5 et 3 va dans ce sens.

3.2 Les aides d'État

3.2.1 Structure et fonctionnement des art. 107 ss TFUE

Au sein de l'Union européenne, le problème de la concurrence fiscale dommageable est souvent en étroite connexité avec celui des aides d'État. En effet, la question se pose souvent de savoir si une mesure fiscale dommageable constitue également une aide d'État prohibée au sens des articles 107 ss TFUE. Fondamentalement, ces dispositions instituent un mécanisme en deux étapes. L'art. 107(1) TFUE définit tout d'abord la notion d'aide, disposant que : « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Aux termes de ce texte, et conformément à la jurisprudence de la CJUE et à la pratique de la commission européenne, l'existence d'une aide d'État prohibée

en matière fiscale suppose ainsi, cumulativement, (i) un avantage octroyé par l'État concerné, (ii) susceptible¹⁰⁶ d'affecter la concurrence et les échanges entre États membres, (iii) de nature sélective, et (iv) ne pouvant être justifié par la nature ou l'économie du système fiscal concerné.¹⁰⁷ Dans cet esprit, les mesures fiscales envisagées par les États membres peuvent du reste être soumises à la commission pour approbation, comme le prévoit l'art. 108(3) TFUE.

Cela étant, lorsqu'une mesure fiscale contrevient à l'art. 107(1) TFUE, la commission peut néanmoins, à certaines conditions, la déclarer compatible avec le marché intérieur. Il peut notamment en aller ainsi lorsque la mesure contribue à « *la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun* ». ¹⁰⁸ Pour en juger et sous réserve de directives particulières,¹⁰⁹ la commission européenne met alors en balance (« *balance assessment* ») les effets positifs de la mesure (atteinte d'un objectif d'intérêt commun) et ses effets potentiellement négatifs (distorsions des échanges et de la concurrence).¹¹⁰ Lorsque l'aide n'est pas déclarée compatible, elle peut alors être récupérée (avec intérêts).¹¹¹

3.2.2 Les spécificités de l'art. 23 (iii) ALE

Selon le point de vue défendu par la commission européenne, comme nous l'avons rappelé, l'interprétation relative à l'art. 107(1) TFUE est applicable mutatis mutandis à l'art. 23(1)(iii) de l'Accord de libre-échange conclu avec la Suisse (ci-après « ALE »). Cette disposition prévoit que : « *Sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils : sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté*

104 Arrêt du 12.9.2006, Cadbury Schweppes, affaire C-196/04. Selon le Conseil de l'Union européenne, les indices devant être pris en compte afin de mettre en œuvre cette jurisprudence sont les suivants : (a) l'attribution des bénéfices ne repose pas sur un nombre suffisant de raisons économiques ou commerciales valables et ne reflète donc pas la réalité économique, (b) la société constituée ne correspond pas pour l'essentiel à une implantation réelle ayant pour objet l'exercice d'activités économiques effectives ; (c) il n'existe pas de corrélation proportionnée entre les activités apparemment exercées par la filiale et la mesure dans laquelle celle-ci existe physiquement, sous la forme de locaux, de personnel et d'équipements ; (d) la société non résidente est surcapitalisée ; elle dispose d'un capital nettement supérieur à celui qui est nécessaire pour l'exercice de son activité ; (e) l'assujetti a participé à des accords qui ne correspondent à aucune réalité économique, ne servent que peu, voire aucun objectif commercial ou qui pourraient être préjudiciables aux intérêts commerciaux dans leur ensemble, s'ils n'étaient pas conclus aux fins d'éluider l'impôt (Résolution, Coordination des politiques fiscales, A).

105 Voir PISTONE, *Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law*, p. 5.

106 Arrêt du 29.4.2004, Italie/Commission, affaire C-372/97, point 44 ; Arrêt du 15.12. 2005, Unicredito Italiano, affaire C-148/04, point 54 ; ROSSI-MACCANICO, *Prohibited selectivity*, p. 208.

107 Communication aides d'État 1998, 12. Pour un résumé de l'articulation des différentes conditions, voir par exemple ROSSI-MACCANICO, *Prohibited selectivity*, p. 218.

108 Art. 107(3)(b) TFUE.

109 Voir en particulier dans le domaine de la R&D, Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche et au développement 2006 ; Projet d'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation 2014.

110 Voir plan d'action dans le domaine des aides d'État, p. 6. L'examen de la mesure est alors effectué en trois étapes sur la base des questions suivantes : 1. La mesure d'aide poursuit-elle un objectif d'intérêt commun bien défini ? 2. Dans l'affirmative, la mesure d'aide constitue-t-elle un instrument approprié pour la réalisation de l'objectif d'intérêt commun ? À cet égard, les questions suivantes sont examinées : a) l'aide constitue-t-elle un instrument adéquat ou existe-t-il des instruments différents ou plus appropriés ? b) l'aide a-t-elle un effet d'incitation ? c) l'aide est-elle proportionnée aux objectifs poursuivis ? 3. La distorsion de la concurrence et l'affectation des échanges sont-elles limitées à un point tel que l'effet global de la mesure est positif ?

111 Voir art. 14 et 15 Règlement n° 659/1999.

et la Suisse ; « toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Pour la commission européenne, il doit en aller ainsi dès lors que la formulation de l'art. 23(1)(iii) ALE est très analogue à celle de l'art. 107(1) TFUE et que ni les termes ni l'objet de l'ALE n'indiquent que l'art. 23(iii) doit être interprété étroitement.¹¹² Cette interprétation dynamique est naturellement contestée par la Suisse et hautement controversée,¹¹³ voire combattue¹¹⁴ en doctrine. De plus, la mise en œuvre de l'art. 23(iii) ALE dans ce domaine est incertaine. Tout d'abord, l'ALE ne contient pas une disposition comparable à l'art. 107(3) TFUE permettant de considérer exceptionnellement une aide normalement interdite comme compatible. Dans sa décision du 13 février 2007, la commission semble toutefois ne pas exclure le principe d'une aide qui soit « compatible avec le bon fonctionnement de l'accord »¹¹⁵ et dont on pourrait par exemple imaginer que les critères soient négociés entre les parties contractantes.¹¹⁶ Enfin, l'ALE ne prévoit pas de mécanisme de récupération d'une aide d'État prohibée. Aussi, dans le cadre de l'art. 23(iii) ALE, seules des sanctions commerciales unilatérales pourraient être ultimement envisageables au titre de mesure de sauvegarde.¹¹⁷

Cela étant, cette controverse liée à la portée de l'art. 23(iii) ALE nous paraît dépassée. Dans un souci de conformité internationale, il sied de s'assurer que les règles du droit fiscal suisse, singulièrement les mesures envisagées dans le cadre de la RIE III, ne heurtent pas l'art. 23(iii) ALE.

En matière fiscale, la question de l'existence d'un avantage n'est généralement pas litigieuse. Celui-ci s'étend en effet indistinctement à la réduction de l'assiette imposable (amortissement extraordinaire ou accéléré, ou comme cela est envisagé dans le cadre de la RIE III, step-up de réserves latentes au bilan), au taux (imposition privilégiée de certains revenus) ou au montant de l'impôt (crédit d'impôt, exonération). Peu importe à cet égard

que l'avantage résulte de dispositions légales ou d'une pratique administrative.¹¹⁸ Comme nous allons le voir maintenant, le débat se concentre ainsi avant tout sur la sélectivité de la mesure fiscale et sur sa justification éventuelle en raison de la nature du système fiscal applicable (3.2.3).

3.2.3 L'analyse de sélectivité

3.2.3.1 En général

L'analyse de sélectivité¹¹⁹ d'une mesure fiscale repose, fondamentalement, sur une démarche en deux temps. En premier lieu, il sied d'identifier le régime fiscal général applicable (« reference framework »).¹²⁰ Cela fait, l'on examine alors si cette incitation est de nature à favoriser « certaines entreprises ou certaines productions » par rapport à d'autres, qui se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal, dans une situation factuelle et juridique comparable (« derogation test »).¹²¹ Une mesure fiscale est naturellement sélective si le législateur la réserve expressément à certaines entreprises (« sélectivité de jure »).¹²²

En matière internationale et outre le cas classique des régimes privilégiant les revenus de source étrangère,¹²³ un avantage sélectif peut résulter d'une application dérogatoire des règles de prix de transfert, singulièrement les directives de l'OCDE.¹²⁴ Il en va de même d'un régime de provisions consenti aux seules sociétés exportatrices,¹²⁵ respectivement d'amortissement sur les seules participations étrangères.¹²⁶ Dans le même sens, une possibilité d'amortissement plus favorable pour certains types d'ac-

112 Décision du 13.2.2007, p. 7. Au moment de la signature de l'ALE, la Communauté économique européenne avait également déclaré unilatéralement que : « dans le cadre de la mise en œuvre autonome de l'article 23 paragraphe 1 de l'accord qui incombe aux parties contractantes, elle appréciera les pratiques contraires aux dispositions de cet article en se fondant sur les critères résultant de l'application des règles des articles 85, 86, 90 et 92 du traité instituant la Communauté économique européenne ».

113 Voir notamment à ce sujet ROSSI-MACCANICO, Fiscal state aid goes global, p. 133 ; LUJA, Should fiscal state aid go global, p. 231 ; ROTH, Der Steuerstreit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, p. 722.

114 OBERSON, Précis de droit fiscal international, p. 94 ss.

115 Voir Décision du 13.2.2007, p. 15.

116 Voir en ce sens LUJA, Should fiscal state aid go global, p. 232.

117 Décision du 13.2.2007, p. 7.

118 Communication aides d'État 1998, 10.

119 La notion d'avantage et de sélectivité sont donc deux conditions distinctes qu'il sied de ne pas confondre : si tout régime fiscal privilégié constitue un avantage, celui-ci n'est donc pas forcément sélectif, voir notamment à ce sujet ROSSI-MACCANICO, The specificity criterion, p. 95.

120 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 39.

121 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 75 ; Arrêt Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, affaire C-143/99, point 41 ; Arrêt du 22.12. 2008, British Aggregates/Commission, affaire C-487/06 P, point 82 ; Arrêt du 8.9. 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, point 49 ; Arrêt du 6.9.2006, Portugal/Commission, affaire C-88/03, point 56 ; Communication aides d'État 1998, 12 ; QUIOLEY, State Aid : Recent Developments, p. 112 ; MICHEAU, Tax selectivity, p. 277.

122 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 36.

123 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P.

124 Rapport 2004, paragr. 9 ss ; affaires jointes C-182/03 et C-217/03.

125 Décision 2002/342/EC, OJ L 126/27, voir point 24, France.

126 Décision 2011/EC, OJ 7/48, Espagne.

tifs, qui s'écarte des principes généralement appliqués, peut également donner lieu à une aide d'État.¹²⁷

En revanche, des avantages résultant d'une mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques ne constituent pas des aides d'État.¹²⁸ Peu importe alors que certaines entreprises ou certains secteurs bénéficient plus que d'autres de cette mesure fiscale.¹²⁹ Selon cette vision des choses, suivie jusqu'ici, une incitation fiscale en faveur de la R&D ne constitue pas une aide d'État prohibée pour autant qu'elle soit ouverte à toutes les entreprises. Cela dit, en qui concerne les régimes *licence box* comme nous le verrons, il n'est toutefois pas exclu que cette analyse soit à l'avenir remise en cause.

3.2.3.2 La sélectivité de fait – Évolution après Gibraltar I et II

La sélectivité peut également être admise s'il apparaît qu'une incitation ou un régime fiscal privilégié est dans les faits réservé à certaines entreprises (« sélectivité de facto »).¹³⁰ Pour en juger, la jurisprudence se concentre sur l'effet de la mesure fiscale concernée,¹³¹ et ceci, indépendamment des techniques utilisées par le législateur.¹³² Peu importe par conséquent que la norme ne soit pas formellement dérogoire : un texte général et abstrait peut ainsi donner lieu à un avantage sélectif s'il apparaît que celui-ci profite dans les faits uniquement à certaines entreprises.¹³³ Le fait que le nombre d'entreprises en profitant soit très élevé¹³⁴ ou concerne même tout un secteur économique¹³⁵ n'y change rien. Enfin, la sélectivité *de facto* peut aussi résulter du fait que le législateur met en place certaines mesures destinées, dans les faits, à dissuader voire à empêcher certaines entreprises de bénéficier d'une incitation.¹³⁶

Cela étant, l'arrêt rendu par la CJUE dans la désormais célèbre affaire Gibraltar¹³⁷ donna une nouvelle impulsion à la notion de sélectivité de fait. Cette affaire concernait le nouveau modèle d'imposition des entreprises mis en place par Gibraltar afin de remplacer celui dit des « exempt companies » réservé aux sociétés offshore, jugé contraire au code de conduite et constitutif d'avantages sélectifs. La réforme envisagée avait l'ambition de supprimer toute discrimination entre activité économique domestique et étrangère. À cette fin, Gibraltar avait entrepris d'abolir l'impôt sur le bénéficiaire et d'instaurer trois impôts formellement applicables à toutes les sociétés de Gibraltar, à savoir une taxe d'enregistrement des sociétés, un impôt sur le nombre de salariés et un impôt sur l'occupation des locaux professionnels, l'assujettissement à ces deux derniers étant plafonné à 15 % des bénéfices.¹³⁸

La CJUE retint que ce nouveau régime, bien que formellement général, était matériellement sélectif au motif que celui-ci aboutissait, dans les faits, à perpétuer les avantages précédemment octroyés aux sociétés offshore. En effet, la combinaison des deux bases d'imposition envisagées (bien que reposant sur des critères en soi généraux) favorisait dans les faits les sociétés offshore du fait qu'elles n'ont pas de salariés et n'occupent pas non plus de locaux professionnels.¹³⁹ La CJUE estima en particulier que : « (...) un système fiscal (...) au lieu de prévoir des règles générales pour l'ensemble des entreprises, auxquelles il est dérogé en faveur de certaines entreprises, aboutit à un résultat identique en ajustant et en combinant les règles fiscales de façon à ce que l'application même de celles-ci conduit à une charge fiscale différenciée pour les différentes entreprises ».¹⁴⁰

Il résulte ainsi de cette affaire qu'il peut également y avoir sélectivité si l'introduction d'une nouvelle mesure n'est en fait destinée qu'à perpétuer les effets de l'ancien régime prohibé et profite, dans les faits, aux mêmes entreprises. Comme le relève WATTEL à propos de l'affaire Gibraltar : « *As that previous exemption system had been found to be State aid and the new system had the same effect, it was probably inconceivable to the Court that the new system would not be State aid* ». ¹⁴¹ Cette idée se retrouve également dans la récente analyse de la commission européenne, menée en octobre 2013, à propos

127 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 50.

128 Voir notamment Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 73 ; Arrêt du 19.9.2000, Allemagne/Commission, affaire C-156/98, point 22 ; Arrêt du 15 juin 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 et C-41/05, point 32.

129 Communication aides d'État 1998, 13.

130 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 36.

131 Cette approche fut inaugurée dans l'arrêt du 17.6.1999, Maribel bis/ter, Affaire C-75/97, MICHEAU, Tax selectivity, p. 282.

132 Voir notamment Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 87 ; Arrêt du 22.12.2008, British Aggregates/Commission, affaire C-487/06 P, points 85 et 89.

133 Voir notamment Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 87 ; Arrêt du 22.12.2008, British Aggregates/Commission, affaire C-487/06 P, points 85 et 89.

134 Arrêt du 17.6.1999, Maribel bis/ter, affaire C-75/97, point 32.

135 Arrêt du 15.12.2005, Unicredito Italiano, affaire C-148/04, point 45.

136 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 36.

137 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P.

138 JO 2005, L 85/2.

139 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 91.

140 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 93.

141 WATTEL, interaction of state aid, free movement, policy competition, p. 140.

d'une nouvelle réforme d'imposition à Gibraltar (affaire Gibraltar II) et sur laquelle nous reviendrons. La commission estima en effet qu'une exonération relative aux redevances de licence était sélective au motif notamment que celle-ci : « *re-establish the effect (...) that offshore companies exercising such activities, continue to benefit from zero taxation* ». ¹⁴²

À notre sens, ces développements sont importants pour la Suisse. En effet, outre la question générale de la conformité internationale des mesures envisagées par la RIE III, il est fondamental que cette réforme n'aboutisse pas uniquement à la mise en place de solutions dites de « remplacement » destinées, dans les faits, à faire perdre les effets des régimes cantonaux querellés. Pour cela, nous le verrons, ces mesures doivent reposer sur une nouvelle vision stratégique et leur champ d'application réellement étendu à toutes les entreprises.

3.2.3.3 La sélectivité régionale

Une mesure fiscale peut également être considérée comme sélective lorsqu'il apparaît que celle-ci n'a qu'une portée régionale. La question est naturellement d'importance pour les États qui, comme la Suisse, disposent d'une structure fédérale. Sur ce point, il convient toutefois d'observer que le modèle suisse, au sein duquel les cantons jouissent d'une autonomie tarifaire, ¹⁴³ correspond à une « décentralisation symétrique » des compétences fiscales ¹⁴⁴ au sens de la jurisprudence de la CJUE. Partant, un taux d'imposition cantonal sur le bénéficiaire, même bas, ne saurait donner lieu à une sélectivité régionale. ¹⁴⁵ De plus, le grief de la sélectivité régionale peut également être évité si, comme le préconise l'organe de pilotage, les mesures envisagées dans le cadre de la RIE III (notamment la licence box) sont inscrites dans la LHID. ¹⁴⁶

3.2.3.4 La justification par la nature du système fiscal

Lorsque le critère de sélectivité est satisfait, la mesure fiscale concernée peut toutefois être justifiée si celle-ci résulte directement des « principes fondateurs ou directeurs » du système fiscal concerné. ¹⁴⁷ Pour cela, la mesure

doit pouvoir être justifiée par la logique du système (cohérence interne) et être appliquée de manière identique et objective compte tenu de l'objectif visé (cohérence externe). ¹⁴⁸ De plus, la dérogation doit demeurer conforme au principe de proportionnalité. ¹⁴⁹ Autrement dit, la dérogation ne doit pas excéder les limites de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi, en ce sens que celui-ci ne pourrait pas être atteint par des mesures de moindre ampleur. ¹⁵⁰ Peuvent ainsi être justifiées par la nature du système fiscal des mesures techniques visant à alléger la double imposition économique ou juridique (par exemple exonération partielle ou totale des dividendes ou encore une exemption en ce qui concerne les bénéfices attribuables à un établissement stable à l'étranger). Tel peut également être le cas, comme nous le verrons, d'un « step-up » pour autant que celui-ci vise *généralement* les réserves latentes créées avant le début de l'assujettissement ordinaire à l'impôt. ¹⁵¹

En revanche, la poursuite d'un but extra-fiscal (par exemple l'encouragement de la R&D par le biais de mesures input ou output) ne constitue jamais un motif justificatif valable. ¹⁵² Sous réserve de son approbation conformément à l'art. 107(3) TFUE, une incitation fiscale en faveur de la R&D est donc uniquement admissible à la condition d'être d'emblée (en droit et en fait) ouverte à toutes les entreprises. De même, une incitation réservée uniquement à certaines formes juridiques d'entreprises ne peut être justifiée par la nature du système fiscal si cette restriction n'est pas techniquement liée à ces formes juridiques. ¹⁵³ N'est donc pas justifiable une mesure centrée sur l'activité de l'entreprise (par exemple une incitation R&D) mais qui serait limitée uniquement à certains types de sociétés. ¹⁵⁴ De plus, et bien que la question n'ait pas encore été tranchée par la CJUE, dès lors que l'objectif d'une telle mesure est susceptible de concerner indistinctement les personnes morales et les entreprises de personnes, l'on peut même se demander

142 JOCE C/348/2013, point 37.

143 Art. 129 al. 2 Cst.

144 Arrêt du 6.9.2006, C-88/03 (Azores), point 64 ; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 41.

145 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 41.

146 Du même avis MATTEOTTI/ROTH, Die Unternehmenssteuerreform III, p. 727. En ce qui concerne toutefois la problématique de la sélectivité régionale à la suite de mesures compensatoires, voir ci-dessous.

147 Arrêt du 8.9. 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, points 69 et 70 ; Arrêt du 6.9.2006, Portugal/Com-

mission, affaire C-88/03, point 81 ; QUIQLEY, State Aid : Recent Developments, p. 118 ; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 40.

148 ROSSI-MACCANICO, Prohibited selectivity, p. 218.

149 ROSSI-MACCANICO, The specificity criterion, p. 96.

150 Arrêt du 8.9. 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, point 75 ; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 41.

151 Communication aides d'État 1998, p. 25 ; Arrêt du 8.9. 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, point 75 ; QUIQLEY, State Aid : Recent Developments, p. 118 ; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 40.

152 Voir notamment Arrêt du 13.2.2003, Royaume d'Espagne contre Commission des Communautés européennes, affaire C-409/00, point 54.

153 Voir Arrêt du 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA, affaire C- 222/04 ; Arrêt du 8.9. 2011, Paint Graphos e.a., affaires jointes C-78/08 à C-80/08, points 48 - 52.

154 SCHÖN, State Aid in the Area of Taxation, p. 356.

si une restriction de celle-ci aux seules morales n'est pas susceptible de constituer un avantage sélectif.¹⁵⁵

3.3 Synthèse

A notre avis, il est possible de tirer trois enseignements principaux de l'évolution récente présentée ci-dessus :

- Tout d'abord, sous l'impulsion du projet BEPS, le principe directeur régissant le problème de la concurrence fiscale dommageable sera désormais celui de l'exigence d'activité substantielle. Selon ce principe, une imposition privilégiée des revenus provenant de capitaux mobiles (en particulier de la propriété intellectuelle) ne sera à l'avenir vraisemblablement admise que dans la mesure où ces éléments se rattachent à une activité substantielle exercée par l'entité bénéficiaire elle-même. Certes, cette vision des choses, si elle devait se concrétiser, serait susceptible de mettre en cause certains modèles traditionnellement utilisés par les groupes multinationaux. À notre avis, la Suisse doit toutefois anticiper cette évolution dans le cadre de la RIE III.
- En second lieu, bien que le débat de conformité internationale des régimes fiscaux se situe aujourd'hui essentiellement au niveau de la concurrence fiscale dommageable, les développements récents concernant les aides d'État ne doivent toutefois pas être perdus de vue. En particulier, la nouvelle impulsion donnée par la CJUE au critère de sélectivité de fait à la suite de l'affaire Gibraltar ne peut être ignorée. De ce point de vue, il est fondamental que la RIE III n'aboutisse pas simplement à la mise en place de solutions dites de « remplacement » destinées à faire perdurer les effets des régimes cantonaux querelés. Ces mesures doivent au contraire procéder d'une nouvelle vision stratégique.
- Enfin, alors que les travaux menés par le code de conduite européen sont largement en phase avec ceux du plan d'action BEPS, on perçoit en revanche plusieurs zones de tension potentielles entre ceux-ci et les libertés fondamentales auxquelles sont soumis les États membres. Comme nous le verrons notamment dans l'analyse du régime *licence box*, ces tensions ne sont toutefois pas nécessairement insurmontables. Cela dit, dans le cadre de sa participation aux travaux de l'OCDE, la Suisse, en tant qu'État tiers, a tout intérêt à militer en faveur de solutions qui puissent être appliquées à l'ensemble des États membres de l'OCDE et qui ne conduisent pas à une approche différenciée au sein de l'UE en raison des libertés fondamentales.

4 La conformité internationale de la RIE III – Étude de questions choisies

Ceci posé, nous abordons maintenant l'analyse de conformité internationale de la RIE III. L'étude exhaustive et détaillée de l'ensemble de cette réforme dépasserait toutefois assurément le cadre d'une seule contribution. Aussi, après avoir rappelé les principes directeurs (4.1) et le contenu envisagé (4.2) de la RIE III, nous limiterons notre analyse à quelques questions choisies. Nous aborderons ainsi la solution dite du « *step-up* » destinée à permettre l'activation de réserves latentes en neutralité fiscale (4.3), l'introduction du modèle *licence box* en droit harmonisé (4.4) et finalement la question de la baisse généralisée des taux d'imposition cantonaux sur le bénéfice (4.5).

4.1 Principes directeurs de la RIE III

De l'avis de son organe de pilotage, la RIE III doit, dans les grandes lignes, être fondée sur les principes directeurs suivants.

4.1.1 Compétitivité et simplicité

En premier lieu, la réforme doit à viser à maintenir et accroître l'attrait international de la place économique suisse. De ce point de vue, les mesures proposées doivent aussi être empreintes de simplicité et de clarté afin de permettre aux entreprises de prévoir leur charge fiscale.¹⁵⁶ En outre, si la réforme ne vise naturellement pas à favoriser l'implantation de sociétés « boîtes aux lettres », celle-ci doit permettre à la Suisse de conserver une position compétitive dans le domaine des capitaux mobiles, des fonctions de sociétés holdings, de la détention d'actifs immatériels ou encore du commerce international.

4.1.2 Conformité internationale

La sécurité juridique de la RIE III doit être garantie en s'assurant de la conformité des mesures proposées aux standards internationaux, en particulier ceux fixés par l'OCDE et l'Union européenne.¹⁵⁷ Selon le rapport du DFF, les mesures fiscales envisagées doivent ainsi se fonder « *sur des réglementations appliquées de manière avérée également dans un État membre de l'UE* ». ¹⁵⁸

¹⁵⁵ LUJA, The concept of Sectorial Aid, p. 116.

¹⁵⁶ Rapport DFF RIE III, p. 23.

¹⁵⁷ Rapport DFF RIE III, p. 19 et 23.

¹⁵⁸ Rapport DFF RIE III, p. 24.

4.1.3 Maintien de l'harmonisation fiscale et de l'équilibre financier

Le degré d'harmonisation fiscale actuel doit être maintenu. En conséquence, sous réserve de celles revêtant un caractère purement tarifaire et relevant de l'autonomie des cantons, les mesures fiscales proposées doivent être prévues par la LHID, que celles-ci soient contraignantes ou facultatives pour les cantons.¹⁵⁹ Enfin, l'équilibre financier entre les cantons d'une part et entre ceux-ci et la Confédération d'autre part, doit être maintenu.¹⁶⁰ L'étude de cette question, certes fondamentale mais qui ne fait pas l'objet de la présente contribution, concerne singulièrement la péréquation financière.

4.1.4 Constitutionnalité des mesures envisagées ?

Les principes directeurs énoncés par le DFF, en particulier l'exigence de conformité internationale, doivent naturellement être approuvés et vont même de soi. Cela dit, si le rapport du DFF relève que les mesures envisagées doivent « être justifiées selon la systématique fiscale », ¹⁶¹ on regrettera en revanche que l'organe de pilotage n'ait pas souhaité aborder en détail la question de la constitutionnalité des mesures envisagées. À notre sens, l'analyse de conformité au droit constitutionnel est indispensable et présente un double avantage. D'une part, cette analyse assure l'insertion cohérente de la réforme dans le système fiscal suisse et renforce son acceptation politique. D'autre part, la recherche de solutions conformes au droit constitutionnel est même susceptible de renforcer leur acceptation internationale. En effet, d'une manière ou d'une autre, nous le verrons, les standards internationaux se concentrent aujourd'hui en grande partie sur la question de savoir si les mesures adoptées par un État sont cohérentes compte tenu des principes régissant son système fiscal. Or, l'analyse de conformité au droit constitutionnel contribue à ce souci de cohérence. Aussi, bien que la présente étude soit avant tout axée sur les standards internationaux, nous évoquerons également cette dernière question au gré de notre analyse.

4.2 Aperçu du contenu de la RIE III

S'agissant du contenu de la RIE III, il convient, comme nous le résumons ci-dessous, de distinguer les mesures fiscales directement liées à la suppression des statuts fiscaux cantonaux et les autres mesures dites « d'accompagnement » également destinées à assurer la compétitivité du droit fiscal suisse de l'entreprise.

Mesures induites par la suppression des statuts cantonaux

- Solution dite du « step-up » à l'occasion de la suppression des statuts cantonaux contestés
- Imposition préférentielle des produits de licence (« licence box »)
- Impôt sur le bénéfice corrigé des intérêts (« notional interest deduction »)
- Abaissement du taux des impôts cantonaux sur le bénéfice.

Autres mesures d'accompagnement envisagées

- Solution dite du « step-up » en cas d'immigration vers la Suisse
- Abolition du droit de timbre d'émission sur les fonds propres
- Amélioration du système de la réduction pour participations; possibilité de déduire les pertes des sociétés filles; report de pertes illimité dans le temps (contesté)
- Passage au système de l'agent payeur en ce qui concerne l'impôt anticipé
- Allègements en matière d'impôt sur le capital en ce qui concerne les participations, les prêts intragroupes et les biens immatériels (symétrie avec les mesures envisagées en matière d'impôt sur le bénéfice)
- Imposition privilégiée des bénéficiaires liés aux activités de navigation par le biais d'une taxe de tonnage se substituant à l'impôt sur le bénéfice
- Modification de l'imputation forfaitaire d'impôt (en particulier extension aux établissements stables suisses de sociétés étrangères).

Comme annoncé, nous avons choisi de concentrer notre analyse sur la solution dite du « step-up » destinée à permettre l'activation de réserves latentes en neutralité fiscale (4.3), l'introduction du modèle *licence box* en droit harmonisé (4.4) et finalement la question de la baisse généralisée des taux d'imposition cantonaux sur le bénéfice (4.5). La déduction notionnelle des intérêts relative aux fonds propres ne sera en revanche pas abordée ici.

4.3 Le modèle du « step-up »

4.3.1 Le problème

Comme le relève l'organe de pilotage, la disparition des régimes fiscaux cantonaux, singulièrement le statut de société holding et de société auxiliaire, soulève un problème pratique important.¹⁶² En l'occurrence, il convient de déterminer si les réserves latentes créées durant la mise au bénéfice de ces régimes seront soumises aux impôts cantonaux et communaux au moment de leur réalisation ultérieure dans le cadre d'un régime d'imposition ordinaire.¹⁶³ Ce problème, qui n'est pas nouveau, n'est toutefois pas réglé par la LHID.¹⁶⁴ Certes, dans une orientation non publiée, la Conférence suisse des impôts (CSI) s'est prononcée en faveur de l'activation de ces réserves latentes en neutralité fiscale (solution du step-up). Symétriquement, selon cette orientation, les pertes réalisées durant le statut privilégié ne peuvent être compensées après le passage à l'imposition ordinaire (ou seulement dans la limite de la part imposable durant le statut en cas

159 Rapport DFF RIE III, p. 23.

160 Rapport DFF RIE III, p. 23.

161 Rapport DFF RIE III, p. 24.

162 Rapport DFF RIE III, p. 13.

163 Ou en cas de passage à une imposition partielle en cas d'entrée dans la licence box.

164 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012, consid. 1.5.

de société auxiliaire)¹⁶⁵. Cela dit, la position des cantons en ce domaine n'est pas nécessairement uniforme. Ceux-ci peuvent en effet être rangés en trois catégories. Tout d'abord, le canton du Jura dispose d'une base légale expresse prévoyant l'exonération des réserves latentes constituées durant l'octroi du statut privilégié.¹⁶⁶ Viennent ensuite les cantons qui règlent cette question de la même manière mais par la voie d'une pratique administrative publiée. Enfin, quelques cantons n'ont pas publié de pratique à ce sujet.¹⁶⁷

Une problématique similaire est celle du traitement fiscal des réserves latentes créées à l'étranger mais devenant assujetties à l'impôt en Suisse à l'occasion d'une opération d'immigration vers ce pays (par exemple transfert du siège ou d'actifs entre siège et établissement stable). En effet, à l'instar de la Suisse,¹⁶⁸ la plupart des États membres de l'OCDE frappent d'un impôt de départ les réserves latentes qui migrent vers un autre État. Cet impôt (*exit tax*) se fonde ordinairement sur une fiction de liquidation (*liquidation fiction*) de la société restructurée ou de vente (*deemed sale*) de ses actifs. Dans ce dernier cas, l'imposition porte alors généralement également sur le goodwill. Partant, en cas d'immigration en Suisse, une double imposition est susceptible de se produire si ce pays impose les réserves latentes créées à l'étranger à l'occasion de leur réalisation effective ultérieure. Or, le droit harmonisé ne contient aucune norme régissant la valeur fiscalement déterminante d'actifs nouvellement assujettis à la souveraineté fiscale suisse. Contrairement à certaines législations étrangères, la LIFD et la LHID ne prévoient pas que cette valeur est réputée correspondre à la valeur vénale des actifs au début de l'assujettissement.¹⁶⁹ Le droit comptable, quant à

lui, n'offre pas nécessairement de solution à cette question.¹⁷⁰ Certes, une réévaluation d'actifs opérée avant le transfert de siège en Suisse ne sera pas imposable dans ce pays.¹⁷¹ Cela dit, encore faut-il que le droit comptable étranger autorise cette réévaluation. Or, la réévaluation des actifs au-delà de leur coût d'acquisition sera fréquemment proscrite.¹⁷² Il en va de même, bien évidemment, de l'activation d'un goodwill originaire.¹⁷³ Enfin, le droit conventionnel, singulièrement l'art. 13(5) MC OCDE, n'empêche pas la double imposition pouvant se produire entre l'État d'émigration et d'immigration. Ce texte prévoit en effet que l'État de la résidence dispose, par principe, de la compétence exclusive d'imposer l'intégralité des réserves latentes lors de leur aliénation. Peu importe à cet égard que tout ou partie de ces réserves représentent en fait un accroissement de valeur créé durant l'assujettissement des actifs concernés à la souveraineté fiscale de l'État d'émigration. De plus, le droit de l'État de départ d'imposer cette matière est lui aussi bien fondé puisque, au moment de l'émigration, l'entreprise avait la qualité de résident de cet État. Autrement dit, il en résulte une double imposition consécutive à un conflit résidence-résidence successif¹⁷⁴ que seule une

nistration effective en Suisse (...) » ; DANON, Le décalage temporel de l'imposition dans le cadre des conventions de double imposition, p. 72 ; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux : analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 277. Du même avis HELBING, Internationale Sitzverlegungen, p. 224. Contra REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 631. À notre sens, ce principe ne peut non plus être déduit de l'art. 60 lit. a LIFD (voir à ce sujet DANON, Le principe de l'apport en capital, p. 85 ss, et contra WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 12 ss).

170 En ce sens WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 13.

171 HELBING, Internationale Sitzverlegungen, p. 208.

172 HELBING, Internationale Sitzverlegungen, p. 207. Une réévaluation opérée après le transfert de siège doit quant à elle être conforme aux prescriptions du droit comptable suisse (art. 958 ss CO). Une réévaluation à concurrence du coût historique sera certes possible. Cela dit, le gain comptable en résultant devra alors impérativement être comptabilisé dans le compte de résultats avec indication dans l'annexe de la dissolution des réserves latentes (DANON, N 76 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées). L'opinion selon laquelle la dissolution des réserves latentes doit dans ce cas pouvoir être directement créditée aux réserves ouvertes (voir REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, p. 631) ne peut selon nous être suivie. Cette vision des choses, qui assimile à tort le transfert de siège à un apport du titulaire de parts (en ce sens HELBING, Internationale Sitzverlegungen, p. 210), nous paraît contraire au droit commercial. L'art. 58 al. 1 lit. b LIFD, 3^e tiret le rappelle d'ailleurs expressément (cf. DANON, N 68 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées).

173 Voir notamment MSA I, p. 209 ; DANON, N 13 ad art. 57 - 58 LIFD ; GLAUSER, Goodwill, p. 431 ; RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 158.

174 Au surplus, l'art. 13(2) MC OCDE, qui concerne au contraire un conflit source-résidence (par exemple société suisse disposant d'un établissement stable dans l'autre État contractant) n'est pas applicable au transfert de siège.

165 Orientation non publiée sur l'imposition des sociétés holding, des sociétés de domicile et des sociétés mixtes (art. 28 al. 2 à 4 LHID), adoptée le 3.7.2001/le 21.3.2002.

166 Voir l'art. 84b al. 2 de la loi d'impôt (RS 641.11) qui prévoit que : « En cas de changement de statut d'une société holding ou de domicile au sens des articles 83 et 84 en société de capitaux imposée selon le barème déterminé à l'article 77, les réserves latentes sont fixées par décision prise lors du changement de statut. Elles peuvent être récupérées en franchise d'impôt lors de leur réalisation. Aucun report de pertes au sens de l'article 75 n'est possible ». Voir aussi paragr. 65(4) de la loi d'impôt du 25.5.2000 du canton de Zug (BGS 632.1) qui, concernant la question de la déduction des pertes, dispose que : « Beim Wechsel einer Holding- oder Verwaltungsgesellschaft in eine Betriebsgesellschaft besteht ein Anspruch auf Verrechnung von Verlusten aus früheren Jahren nur im Ausmass bisheriger Gewinnbesteuerung ».

167 Voir à ce sujet RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 159.

168 Art. 58 al. 1 lit. c LIFD. Le droit de l'impôt anticipé connaît une règle analogue (art. 4 al. 2 LIA).

169 Selon nous, une telle interprétation ne peut en particulier être déduite de l'art. 54 al. 1 LIFD qui dispose uniquement que : « L'assujettissement débute le jour de la fondation de la personne morale, de l'installation de son siège ou de son admi-

modification des règles de répartition conventionnelles permettrait d'éviter.¹⁷⁵ Cela étant, la majorité de la doctrine considère que les réserves latentes créées à l'étranger qui, lors d'une restructuration, migrent en Suisse, ne peuvent être imposées par ce pays. Par conséquent, les actifs transférés doivent pouvoir être comptabilisés à leur valeur vénale dans le bilan fiscal de la société suisse.¹⁷⁶ La pratique des autorités de taxation est toutefois très réservée sur ce point.

L'organe de pilotage propose de régler ces deux questions en adoptant la solution dite du *step-up*. Selon ce principe, déjà appliqué par plusieurs États en cas d'immigration, les réserves latentes nouvellement assujetties à l'impôt seraient activées au bilan fiscal et pourraient faire l'objet d'amortissements correspondants lors de périodes fiscales ultérieures.¹⁷⁷ En ce qui concerne la suppression des statuts fiscaux cantonaux, l'activation ne concernerait bien évidemment que le bilan fiscal cantonal.¹⁷⁸ De plus, pour les sociétés auxiliaires ne jouissant que d'une exonération partielle, les réserves latentes ne pourraient être activées en franchise d'impôt que dans la même mesure.¹⁷⁹ Enfin, les réserves latentes activées seraient naturellement considérées comme imposées et viendraient augmenter les fonds propres imposables soumis à l'impôt sur le capital.¹⁸⁰

Cela étant, l'introduction d'une telle mesure soulève plusieurs questions. Tout d'abord, il convient d'examiner si cette solution serait conforme aux standards internationaux (4.3.2). Enfin, il s'agit de déterminer si la mise en œuvre de cette mesure nécessiterait une base légale ex-

presse (4.3.3). Sur ce dernier point, l'organe de pilotage adopte une approche différenciée. En ce qui concerne le changement de statut fiscal, l'organe de pilotage estime en effet que la solution du *step-up* découle déjà de la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁸¹ dans la mesure où, de manière symétrique, les éventuelles pertes subies durant la période au cours de laquelle la société bénéficiait d'un régime fiscal cantonal ne peuvent être portées en déduction du bénéfice imposable.¹⁸² Par contre, l'application de ce principe dans le cadre d'opérations d'immigration nécessiterait une base légale expresse.¹⁸³ Nous parviendrons à la conclusion que l'adoption d'une base légale expresse et générale serait préférable, ceci tant du point de vue de la jurisprudence du Tribunal fédéral que des standards internationaux, singulièrement des aides d'État. Cette nouvelle norme, dont nous tenterons d'esquisser les contours, consacrerait le principe d'une « exonération systématique » (4.3.3.4).

4.3.2 La conformité aux standards internationaux

4.3.2.1 En général

A notre avis, l'introduction de la solution du *step-up*, que ce soit dans le cadre d'un changement de statut ou d'une immigration, ne soulèverait *en soi* pas de problème de conformité en l'état actuel des travaux de l'OCDE sur le projet BEPS. En particulier, la possibilité pour une société d'activer ses réserves latentes à l'occasion d'une immigration en Suisse ne constitue assurément pas une mesure de concurrence fiscale dommageable.¹⁸⁴ Cette solution, que connaissent du reste plusieurs États, est une mesure unilatérale destinée à éviter une double imposition internationale. Pour la Suisse, cette forme d'exemption serait de surcroît parfaitement en ligne avec le principe de territorialité et de neutralité à l'importation de capitaux, traditionnellement appliqué dans les relations internationales.¹⁸⁵ De plus, l'introduction unilatérale d'une telle mesure se justifie d'autant plus dès lors que, comme nous l'avons rappelé, les règles du MC OCDE et des CDI qui s'en inspirent n'empêchent pas l'imposition par l'État d'immigration de réserves latentes créées durant l'assujettissement à l'impôt dans l'État d'émigration. Enfin, l'octroi d'un *step-up* par l'État d'immigration est également la solution la plus conforme au droit euro-

175 Voir DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux : analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 261 ss ; BETTEN, Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals, p. 99 ; WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz, p. 6. Nous avons ainsi proposé de modifier l'art. 13(5) MC OCDE comme suit : « Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 sont imposables dans l'État contractant dont le cédant est résident. Toutefois, la part de ces gains correspondant à l'accroissement de valeur constaté durant l'assujettissement à l'impôt de ces biens dans l'autre État contractant, est aussi imposable dans cet État. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application du présent paragraphe. » (DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux : analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, p. 296).

176 Voir DANON, N 100 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées.

177 Rapport DFF RIE III, p. 13 et p. 44 en ce qui concerne l'immigration en Suisse.

178 Rapport DFF RIE III, p. 13. Au surplus, comme le précise le rapport, la déclaration doit être faite durant la dernière période fiscale pour laquelle la société bénéficie d'un régime fiscal.

179 RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 158 et 176.

180 Rapport DFF RIE III, p. 52 ; RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 178 - 179.

181 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012, TF [2C_842/2013] du 18.2.2014

182 Rapport DFF RIE II, p. 13.

183 Rapport DFF RIE II, p. 44.

184 Du même avis en ce qui concerne la problématique voisine de l'activation des apports dissimulés MATTEOTTI/ROTH Die Unternehmenssteuerreform III, p. 725.

185 Voir à ce sujet DANON, Le principe de territorialité de l'impôt, p. 429 ss.

péen.¹⁸⁶ Cela dit, sous l'angle des principes de concurrence fiscale dommageable, cette solution devrait être mise en œuvre de manière (i) transparente et (ii) générale et (iii) son fonctionnement ne devrait pas s'écarter des principes ordinaires régissant le droit fiscal suisse de l'entreprise (notamment en ce qui concerne les amortissements opérés subséquemment sur les actifs réévalués).

4.3.2.2 Le problème des aides d'État

Sous l'angle des aides d'État, la question se pose de savoir si l'octroi par la Suisse d'un step-up, en particulier à l'occasion de la disparition des statuts fiscaux querelés, pourrait être qualifié d'aide d'État prohibée au sens de l'art. 23(iii) ALE, interprété conformément à l'art. 107(1) TFUE.

À notre sens, cette question peut, à certaines conditions, recevoir une réponse négative. Certes, la possibilité d'activer les réserves latentes au bilan fiscal en franchise d'impôt, respectivement la possibilité d'amortir subséquemment les actifs réévalués, constitue un avantage au sens de ces dispositions. De plus, cette mesure est dérogatoire par rapport au cadre de référence qui est en l'espèce la perception de l'impôt sur le bénéficiaire conformément au principe de détermination («*Massgeblichkeitsprinzip*»).¹⁸⁷ En effet, ce cadre de référence conduit ordinairement à l'imposition des réserves latentes. Selon nous, le *step-up* envisagé serait toutefois susceptible d'être justifié par la nature du système fiscal. Cette mesure cherche en effet à assurer, pour des raisons inhérentes au système fiscal suisse, l'exonération des réserves latentes créées dans un domaine non soumis à l'impôt.

De plus, la dérogation au cadre de référence demeure compatible avec le principe de proportionnalité dès lors que celle-ci ne vise que les réserves latentes générées avant l'assujettissement ordinaire à l'impôt.

Cela étant, sous l'angle des aides d'État, la justification d'une telle mesure suppose que celle-ci soit appliquée de manière identique et objective à l'ensemble des situations relevant de l'objectif technique concerné (cohérence interne et externe).¹⁸⁸ En conséquence, le *step-up* envisagé dans le cadre de la RIE III ne devrait pas être limité aux statuts fiscaux cantonaux et aux opérations d'immigration mais devrait au contraire être étendu à toutes les situations impliquant un transfert de réserves latentes vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt (exclusion de la sélectivité *de jure*). De plus, même si cette mesure est formellement d'application générale, celle-ci ne devrait pas dans les faits être uniquement réservée et appliquée aux sociétés jouissant d'un statut privilégié à l'occasion de leur passage à l'imposition ordinaire (exclusion de la sélectivité *de facto*). Il sied en effet de garder à l'esprit que la sélectivité d'une mesure fiscale est aujourd'hui appréciée avant tout en fonction de ses effets, et ceci indépendamment des techniques utilisées par le législateur. De plus, l'évaluation et l'amortissement des actifs réévalués devraient naturellement être régis par les règles ordinaires du droit fiscal suisse. En effet, nous l'avons dit, des modalités d'amortissements qui s'écarteraient des principes généralement appliqués, pourraient donner lieu à une aide d'État.¹⁸⁹ Cette dernière question est prise en compte par l'organe de pilotage qui précise, à juste titre, que «*l'estimation des réserves latentes suit les règles générales reconnues*». ¹⁹⁰ Enfin, comme nous l'avons vu et bien que la question n'ait pas encore été tranchée, on peut poser que l'interprétation la plus conforme à la jurisprudence de la CJUE serait d'étendre la solution du *step-up* à toutes les entreprises, indépendamment de leur forme juridique (y compris donc les entreprises de personnes). Cette vision des choses est particulièrement justifiée en droit fiscal suisse dès lors que le principe de détermination régit également l'imposition du revenu provenant de l'activité indépendante et des sociétés de personnes.¹⁹¹ Partant, il ne justifie pas en l'espèce de distinguer entre l'imposition des personnes morales et des sociétés de personnes lorsqu'il s'agit d'instituer une entorse au principe de détermination.

186 Au sein de l'Union européenne, la question se pose en effet de savoir si le refus par l'État d'immigration d'octroyer un *step-up* constitue une entrave à la liberté d'établissement. Pour la Suisse, cette question est naturellement d'importance limitée dès lors que l'ALCP n'est pas applicable aux personnes morales. Le problème pourrait en revanche se poser pour les personnes physiques déployant une activité indépendante et transférant en Suisse tout ou partie de leur fortune commerciale. Certes, la CJUE ne s'est pas encore prononcée sur cette question à ce jour. Cela étant, à la suite de l'affaire *National Grid Indus*, qui ne concernait certes que l'État d'émigration, plusieurs commentateurs évoquent désormais la possibilité d'une entrave à la liberté d'établissement (voir par exemple Kok, *Exit Taxes for Companies in the European Union*, p. 206; PANAYI, *National Grid Indus BV*, p. 41 ss). De plus, selon la commission européenne (Communication, *Imposition à la sortie et nécessité de coordonner les politiques fiscales des États membres*, p. 8) et le Conseil de l'Europe (Résolution du Conseil 16412/08 du 2.12.2008, C), l'octroi d'un *step-up* par l'État d'immigration constitue une solution permettant de supprimer une entrave à la liberté d'établissement dans le cadre du marché intérieur. On peut ainsi poser que l'octroi d'un *step-up* en cas d'immigration constitue la mesure la plus conforme au droit européen, singulièrement aux principes régissant les libertés fondamentales.

187 Art. 24 al. 1 LHID et art. 58 al. 1 lit. a LIFD.

188 Voir à ce sujet de manière générale ROSSI-MACCANICO, *Prohibited selectivity*, p. 218.

189 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 50.

190 Rapport DFF RIE III, p. 13.

191 Voir art. 18 al. 3 LIFD qui renvoie à l'art. 58 LIFD.

4.3.2.3 Synthèse

Sous l'angle de la conformité aux standards internationaux, nous pouvons donc poser ce qui suit :

- Sur le principe, la solution préconisée par l'organe de pilotage ne poserait à notre sens aucun problème de conformité aux standards internationaux. En particulier, l'application de ce principe en situation d'immigration se justifie d'autant plus que le MC OCDE et les CDI qui s'en inspirent ne permettent pas d'éliminer la double imposition pouvant résulter de l'imposition successive de réserves latentes par l'État d'émigration et d'immigration.
- Cela dit, du point de vue des règles relatives à la concurrence fiscale dommageable, cette solution devrait être mise en œuvre de manière (i) transparente (ii) générale et (iii) son fonctionnement ne devrait pas s'écarter des principes ordinaires régissant le droit fiscal suisse de l'entreprise (en particulier en ce qui concerne l'évaluation des actifs et les amortissements opérés subséquentement).
- La même analyse prévaut en matière d'aides d'État. En effet, l'octroi d'un step-up, singulièrement à l'occasion de changement de statut, constituerait assurément un avantage dérogatoire par rapport au cadre de référence fondé en l'espèce sur l'objet de l'impôt sur le bénéfice prélevé conformément au principe de détermination. Cela dit, à notre avis, une telle mesure pourrait être justifiée par la nature du système fiscal. Pour cela, le step-up envisagé ne devrait pas être limité aux statuts fiscaux cantonaux et aux opérations d'immigration mais devrait au contraire être étendu à toutes les situations impliquant un transfert de réserves latentes vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt (exclusion de la sélectivité *de jure*). De plus, même si cette mesure est formellement d'application générale, celle-ci ne devrait pas dans les faits être uniquement réservée aux sociétés jouissant d'un statut privilégié à l'occasion de leur passage à l'imposition ordinaire (exclusion de la sélectivité *de facto*). Enfin, et bien que la question n'ait pas encore été tranchée par la CJUE, le step-up envisagé devrait être octroyé à toutes les entreprises, indépendamment de leur forme juridique (personnes morales et sociétés de personnes).

Nous parvenons ainsi à la conclusion que la solution du step-up envisagée dans le cadre de la RIE III devrait prendre la forme d'un principe général prévoyant l'exonération des réserves latentes créées avant l'entrée dans l'assujettissement à l'impôt. Aussi, il convient maintenant d'examiner si l'application d'un tel principe nécessite une base légale expresse ou si au contraire celui-ci peut déjà être déduit de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

4.3.3 Nécessité d'une base légale expresse ?

4.3.3.1 Le problème

Le législateur a choisi de définir le bénéfice imposable conformément au principe de détermination. Sous réserve de règles correctrices propres au droit fiscal, le bénéfice imposable correspond donc au résultat comptable qui ressort des comptes individuels établis conformément aux dispositions du droit commercial.¹⁹² L'art. 58 al. 1 lit. a LIFD, de même que la disposition correspondante des diverses législations cantonales harmonisées conformément à l'art. 24 al. 1 LHID, expriment ce renvoi de principe au droit comptable. Comme on le sait, le principe de détermination comporte un aspect formel et matériel.¹⁹³

Le principe de détermination formel implique en particulier que, sous réserve de règles correctrices propres au droit fiscal, des comptes valablement établis lient tant le contribuable que l'administration.¹⁹⁴ Le principe de détermination matériel, quant à lui, a pour conséquence que l'ensemble des normes et principes comptables sont repris par le droit fiscal.¹⁹⁵ Or, il est unanimement reconnu que ce renvoi matériel au droit comptable incorpore une exigence de conformité à ses dispositions impératives.¹⁹⁶ De ce point de vue, le modèle du step-up, qui consiste à réévaluer les actifs au-delà du coût d'acquisition voire à activer un goodwill originaire, pose problème.¹⁹⁷ Ces écritures, qui heurtent naturellement le droit comptable, doivent en effet être ordinairement ignorées par l'administration conformément au mécanisme de la correction de bilan (*Bilanzberichtigung*).¹⁹⁸

Cela étant, à défaut de règle correctrice, la question se pose de savoir si le principe de l'imposition selon la capacité contributive¹⁹⁹ permet de corriger les effets du principe de détermination dans ces hypothèses. Cette question est âprement débattue en doctrine. Pour certains, le principe de la capacité contributive ne saurait être appliqué au-delà de sa concrétisation par le législateur.²⁰⁰ D'autres commentateurs estiment au contraire que le principe de détermination n'est pas absolu. Aussi, le résultat comptable peut être remis en question s'il apparaît

192 Voir DANON, N 3 ss ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées.

193 Voir DANON, N 33 ss ad art. 57 - 58 LIFD.

194 GLAUSER, Apports, p. 75 ss ; DANON, N 51 ss ad art. 57 - 58 LIFD.

195 LOCHER, N 6 et 9 ad art. 58 LIFD ; GLAUSER, Apports, p. 72 ; DANON, N 34 ad art. 57 - 58 LIFD.

196 LOCHER, N 11 ad art. 58 LIFD ; DANON, N 36 ad art. 57 - 58 LIFD. et les références citées ; GLAUSER, Apports, p. 82.

197 En ce sens également GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL 10 et 11 décembre 2013, slides 17 ss.

198 GLAUSER, Apports, p. 202 ; DANON, N 197 ad art. 57 - 58 LIFD.

199 Art. 127 al. 2 Cst.

200 BAUEN, Aufwertung, p. 114 ; BENZ, Handelsrechtliche und steuerrechtliche Grundsätze, p. 216.

qu'il n'est pas conforme à la capacité contributive de l'entreprise.²⁰¹ Enfin, selon une troisième école, le débat se situe essentiellement au niveau de l'interprétation de la norme. L'art. 58 al. 1 lit. a LIFD renvoie certes au droit comptable, mais de manière relativement abstraite. C'est donc dans le cadre de l'interprétation de cette norme qu'il convient de tenir compte du principe de l'imposition selon la capacité contributive.²⁰² Cette dernière opinion nous paraît être la plus convaincante. En effet, si l'art. 127 al. 2 Cst. ne saurait bien évidemment être assimilé à une règle correctrice générale, il n'en demeure pas moins que ce principe ne peut être ignoré au stade de la recherche de l'interprétation la plus conforme au droit constitutionnel. D'ailleurs, les autres méthodes d'interprétation sont aussi applicables. Ainsi, dans le cadre de l'examen de la portée de ce renvoi au droit comptable, il convient par exemple de prendre également en considération la relation de l'art. 58 al. 1 lit. a LIFD avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique).²⁰³ Indépendamment de l'existence d'une règle correctrice expresse, nous avons ainsi soutenu que l'impôt sur le bénéfice ne saurait frapper une plus-value afférente à une période antérieure à l'assujettissement à l'impôt. L'impôt sur le bénéfice cherche en effet à appréhender le résultat réellement obtenu par l'entreprise durant son existence. Or, la capacité contributive d'une entreprise ne prend par définition naissance que dès l'instant où celle-ci est assujettie à la souveraineté fiscale suisse. En conséquence, en situation d'immigration par exemple, l'interprétation constitutionnelle permet d'affirmer que l'objet de l'impôt sur le bénéfice n'englobe pas les réserves latentes « importées » en Suisse.²⁰⁴ Plus généralement et avec RIEDWEG, nous estimons que le principe de la capacité contributive permet de corriger les effets du principe de détermination dans ces hypothèses.²⁰⁵ Celles-ci concernent en

effet des situations de transition (fin d'une exonération, suppression du statut de société holding ou auxiliaire ou, encore dans le cadre de l'activité indépendante, en présence d'un transfert de la fortune privée à la fortune commerciale) dans lesquelles des réserves latentes provenant d'un domaine exonéré (ou exempté) migrent vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt selon le principe de détermination.

Cela étant, dans le cadre de l'élaboration d'une réforme du droit fiscal harmonisé, cette controverse n'a en définitive que peu d'importance. En l'absence d'une base légale en droit positif, seule une question doit en effet guider le législateur : la mise en œuvre de cette mesure peut-elle être fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral ? Dans la négative, l'intervention du législateur est selon nous indispensable afin de corriger ou, à tout le moins, de clarifier la situation. En effet, une pratique administrative ne saurait être fondée sur l'opinion de la doctrine (même dominante) si celle-ci n'est pas celle du Tribunal fédéral. Or, nous aurons l'ambition de démontrer qu'une base légale générale est nécessaire (4.3.3.2), et dont nous tenterons de définir le contenu (4.3.3.3).

4.3.3.2 Étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral

En ce qui concerne le passage d'un statut fiscal privilégié à un mode d'imposition ordinaire, l'organe de pilotage est d'avis que l'activation des réserves latentes au bilan fiscal peut être fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral. Manifestement, l'organe de pilotage se réfère ici à un arrêt rendu par notre Haute Cour le 12 mars 2012.²⁰⁶ Dans cette affaire, une société sise à Zurich avait été mise au bénéfice du statut de société holding et avait accumulé un report de pertes. Par la suite, la société fut soumise à une imposition ordinaire. La question soulevée était donc celle de savoir si les pertes accumulées pendant la période d'exonération pouvaient être portées en déduction du bénéfice imposable, une fois la société ordinairement assujettie à l'impôt. Selon l'administration, suivie en cela par la commission de recours cantonale, tel ne pouvait être le cas au motif que les pertes avaient été réalisées durant la période d'exonération de la société. Cela dit, cette vision des choses ne fut pas suivie par le Tribunal administratif du canton de Zurich, qui admit la déduction des pertes. En substance, cette instance estima que l'exemption découlant du statut de société holding ne concerne ni n'affecte la détermination du bénéfice imposable. Or, la prise en compte d'un

201 Voir notamment RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 173.

202 GLAUSER, Apports, p. 71.

203 DANON, N 54 ad art. 57 - 58 LIFD.

204 DANON, N 100 ad art. 57 - 58 LIFD. Au surplus, l'interprétation systématique, également applicable dans le cadre de l'application concrète de l'art. 58 al. 1 lit. a LIFD, conduit au même résultat. En effet, la relation existant entre le principe de détermination et la règle correctrice de l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD in fine permet d'affirmer que l'objet de l'impôt sur le bénéfice n'englobe pas les réserves latentes importées en Suisse. En situation d'émigration, cette disposition prévoit en effet une réalisation systématique des réserves latentes ayant pour vocation d'assurer l'imposition des réserves latentes en cas de fin ou de modification de l'assujettissement à la souveraineté fiscale suisse. Ce faisant, le législateur exprime l'idée selon laquelle le droit d'imposer l'accroissement de valeur survenu durant l'assujettissement en Suisse doit, en définitive, revenir à ce pays. En conséquence, par souci de cohérence, il convient de réserver un traitement symétrique aux réserves latentes immigrant en Suisse.

205 RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 173.

206 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012. Pour un commentaire de cet arrêt, voir notamment OBRIST, in: Danon/Obrist (éd.): jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2012, p. 59. Voir aussi TF [2C_842/2013] du 18.2.2014.

report de pertes relève exclusivement de cette dernière question, raison pour laquelle le rattachement de ces pertes à la période d'exonération, respectivement le passage à l'imposition ordinaire, ne joue aucun rôle.²⁰⁷

Saisi du recours formé par l'administration cantonale à l'encontre de cette décision, le Tribunal fédéral rappela que les conséquences liées à la perte du statut de société holding ou auxiliaire ne sont pas régies par la LHID et relèvent donc de la compétence des cantons. En conséquence, cette question ne peut être revue que sous l'angle restreint de l'arbitraire.²⁰⁸ Ceci posé, la Haute Cour considéra que la prise en compte du report de pertes n'était en l'espèce pas insoutenable. Le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral fut toutefois différent de celui de l'instance inférieure. En effet, se référant notamment à la pratique d'autres cantons, les juges de Mon Repos se bornèrent à constater que cette solution était symétrique avec le traitement qui était réservé par le canton de Zurich aux réserves latentes à l'occasion de la fin d'un régime fiscal privilégié. En effet, ce canton n'admettait alors pas la solution du step-up, de sorte que les réserves latentes afférentes à la période d'exonération demeuraient potentiellement imposables dans le cadre du régime ordinaire.²⁰⁹ Aussi, compte tenu du sort réservé aux réserves latentes et s'appuyant sur les solutions retenues en ce domaine par d'autres cantons, le Tribunal fédéral jugea simplement que la solution consistant à admettre la déductibilité des pertes n'était pas « *unhaltbar (...) und (...) willkürlich* ». ²¹⁰

Certains commentateurs voient dans cet arrêt la confirmation que le droit fiscal suisse de l'entreprise consacre implicitement le principe de l'exonération des réserves latentes créées dans un domaine exonéré, à tout le moins en cas de passage d'un statut fiscal cantonal privilégié à l'imposition ordinaire.²¹¹ D'autres, à raison selon nous,

contestent ce point de vue.²¹² A notre avis, dans cette affaire, le Tribunal fédéral se concentra en effet uniquement sur la question de la cohérence du traitement réservé aux pertes par rapport à celui appliqué aux réserves latentes, et ceci rappelons-le, sous l'angle restreint de l'arbitraire. Aussi, à la suite de cette décision, tout au plus peut-on considérer qu'il n'est pas arbitraire pour les cantons d'exonérer (activation en neutralité fiscale dans le bilan fiscal) les réserves latentes créées durant le statut de société holding ou auxiliaire pour autant que le traitement réservé aux pertes demeure symétrique (non-déductibilité). En revanche, il ne nous paraît pas possible de déduire de cet arrêt une règle implicite d'application générale selon laquelle les réserves latentes créées avant le début de l'assujettissement ordinaire seraient exonérées.²¹³

L'étude de la jurisprudence dans laquelle la Haute Cour dispose au contraire d'un plein pouvoir d'examen confirme ce point de vue. Ainsi, dans un cas jugé le 13 septembre 2011,²¹⁴ un entrepreneur avait affecté à sa raison individuelle un immeuble acquis à la suite d'un partage successoral. Dans la mesure où l'immeuble avait été comptabilisé à une valeur inférieure à sa valeur vénale et que celui-ci avait été par la suite aliéné, la question de l'imposition des réserves latentes créées durant le rattachement de ce bien à la fortune privée devenait litigieuse. Se fondant sur le principe de déterminance, le Tribunal fédéral confirma que la plus-value était imposable. Selon les juges de Mon Repos, le fait que le contribuable soit lié par sa comptabilité a pour corollaire que les réserves latentes existantes au moment de l'attribution d'un bien à la fortune commerciale sont imposables lors de l'aliénation de celui-ci. Peu importe que ces réserves latentes proviennent d'un domaine exonéré (fortune privée). Bien plus, la Haute Cour alla même jusqu'à affirmer que : « *Das heisst, es werden Werte besteuert, welche grundsätzlich nicht im Rahmen der Geschäftstätigkeit entstanden sind* ». ²¹⁵ Une approche similaire fut suivie

207 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012, consid. 2.1.

208 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012, consid. 1.5: « Nach Auffassung des Bundesrats ist es Sache des kantonalen Gesetzgebers, die steuerlichen Konsequenzen festzulegen im Falle, dass eine Kapitalgesellschaft ihr bisheriges Holdingprivileg endgültig verliert (...). Das Bundesgericht kann daher die hier anstehenden Konsequenzen eines Verlusts des Holdingprivilegs durch die Behörden des Kantons Zürich nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür überprüfen ». Voir aussi TF [2C_842/2013] du 18.2.2014, consid. 2.1.

209 À la suite de cette décision, le canton a adapté sa pratique, précisant en l'occurrence que les réserves latentes peuvent être activées en neutralité fiscale et que le report de pertes accumulé durant la période d'exonération ne peut être compensé, voir Mitteilung des Steueramtes des Kantons Zürich du 19.7.2012 ad paragr. 73 StG.

210 TF [2C_645/2011] du 12.3.2012, consid. 4.

211 RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 163.

212 GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL 10 et 11 décembre 2013, slides 13 ss.

213 À bien y réfléchir, si tel avait été le cas, la Haute Cour aurait dû logiquement parvenir à la conclusion inverse, c'est-à-dire refuser la prise en compte du report de pertes au motif de l'exonération inconditionnelle et implicite des réserves latentes créées durant le statut de holding.

214 TF 2C_515/2010 du 13.9.2011.

215 TF 2C_515/2010 du 13.9.2011, consid. 3.2. Ce fut du reste l'occasion pour la Haute Cour de revenir sur une ancienne jurisprudence selon laquelle la plus-value réalisée lors de la vente d'un bien n'est imposable que si elle l'a été dans le cadre de l'activité lucrative du contribuable (ATF 96 I 655, consid. 4; cf. également jugement 2A.156/2002 du 2 septembre 2002, consid. 3.3). Enfin, la question d'une application par analogie de l'art. 60 lit. a LIFD fut laissée ouverte. Le Tribunal fédéral constata en effet simplement que ce texte n'était de toute manière d'aucun secours en l'espèce dès lors que celui-ci ne vise

dans l'affaire Ruag.²¹⁶ Dans cette affaire, notre Haute Cour dut examiner si une provision constituée durant une période d'exonération pouvait être dissoute sans incidence fiscale, une fois l'entreprise assujettie à l'impôt de manière ordinaire. Le contribuable chercha à fonder l'exonération de cette dissolution sur le principe de cohérence (« *kongruente steuerliche Behandlung der Bildung wie der Auflösung von Rückstellungen* »).²¹⁷ Selon ce principe, la dissolution de la provision en franchise d'impôt devait être admise dès lors que celle-ci n'avait pas été constituée à charge d'un bénéfice imposable. Cela étant, ce raisonnement ne fut pas suivi par le Tribunal fédéral. Celui-ci rappela au contraire que, conformément au principe de déterminance formel, le bilan d'ouverture lie la société. Partant, il appartenait à l'institution de droit public de réévaluer les réserves latentes alors que celle-ci était exonérée.²¹⁸ Enfin, l'analyse sous l'angle de la théorie dite du « *Totalgewinn* » et du principe de l'imposition selon la capacité contributive n'y changea rien. Notre Haute Cour retint en effet que ces principes ne peuvent concerner une période antérieure à l'assujettissement ordinaire. Aussi, le Tribunal fédéral confirma que les provisions dissoutes devaient être rajoutées au bénéfice imposable, et ceci indépendamment de leur rattachement historique à une période d'exonération. Autrement dit, les éléments antérieurs à l'assujettissement doivent être ignorés.²¹⁹ Comme nous l'avons relevé ailleurs, le raisonnement suivi par les juges de Mon Repos dans cette décision est contradictoire : en effet si le « *Totalgewinn* » ne peut concerner des faits antérieurs à l'assujettissement, le Tribunal fédéral aurait dû logiquement conclure à l'exonération de la dissolution d'une provision constituée avant le début de celui-ci.²²⁰ Mais il convient toutefois d'en prendre acte.

Cette vision formaliste du principe de déterminance se retrouve également dans le cadre de la règle correctrice de l'art. 60 lit. a LIFD, qui permet d'exclure les apports des membres du bénéfice imposable. À la suite de trois décisions rendues par la Haute Cour,²²¹ il était permis de penser que les réserves latentes afférentes à un apport

dissimulé n'étaient pas imposables dans le chef de la société bénéficiaire. Cela dit, cette manière de voir fut abandonnée à partir de l'arrêt *R. Investment Group*.²²² Dans cette affaire, une participation provenant de la fortune privée avait été transférée à une société holding pour un prix inférieur à sa valeur vénale. Cette différence ayant été soumise au droit de timbre d'émission, la société réévalua la participation à hauteur de sa valeur vénale initiale et contrebalança cette écriture par une « réserve de réévaluation ». S'appuyant sur l'art. 58 al. 1 lit. a et sans aucunement faire mention de l'art. 60 lit. a LIFD, le Tribunal fédéral confirma que la réévaluation était imposable.²²³ Ainsi, à suivre cette jurisprudence, la société bénéficiaire doit être traitée différemment suivant qu'elle comptabilise (apport ouvert) ou non (apport dissimulé) le bien reçu à sa valeur vénale : dans le premier cas, l'opération est exonérée d'impôt. Dans la seconde hypothèse, en revanche, la société bénéficiaire peut être ultérieurement contrainte d'acquitter l'impôt sur la plus-value, et ceci, indépendamment du rattachement historique de cet élément à un domaine exonéré (fortune privée en l'espèce). Par la suite, le Tribunal fédéral précisa l'application de l'art. 60 lit. a LIFD dans le contexte des apports dissimulés. En accord avec la position suivie par la pratique administrative, l'art. 60 lit. a LIFD permet de réévaluer un apport dissimulé en neutralité fiscale pour autant toutefois que la réévaluation intervienne durant le même exercice.²²⁴ Ces décisions viennent ainsi confirmer que même en présence d'une règle correctrice expresse, l'art. 60 lit. a LIFD, les entorses au principe de déterminance sont admises à des conditions très restrictives. *A fortiori*, une telle entorse ne saurait être déduite de la jurisprudence actuelle lorsque, comme c'est le cas en ce qui concerne la solution du step-up, la loi ne prévoit aucune règle correctrice.

Enfin, la pratique administrative admet dans certains cas particuliers que des réserves latentes soient activées au bilan fiscal. Il en va ainsi en cas de privatisation²²⁵ ou

que les réserves latentes réévaluées dans l'année qui suit l'apport.

216 TF 2C_392/2009 du 23.8.2010.

217 TF 2C_392/2009 du 23.8.2010, consid. 5.5.

218 TF 2C_392/2009 du 23.8.2010, consid. 5.4.

219 TF 2C_392/2009 du 23.8.2010, consid. 5.5.

220 Pour un commentaire de cet arrêt, voir DANON/OBRIST (éd.), RJN 2011.

221 ATF 29.11.1957, Archives 27 (1958/59), p. 37 ss; ATF 19.5.1972, Archives 42 (1973/74), p. 265; ATF 5.7.1979, Revue fiscale 1980, p. 26. Voir aussi dans le même sens CCR FR (30.10.1987), Revue fiscale 1990, p. 560. Pour une présentation de ces décisions, voir notamment GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, p. 275 ss, ainsi que HELBING, Internationale Sitzverlegungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht, p. 234 ss.

222 RDAF 2002 II, p. 131.

223 RDAF 2002 II, p. 136.

224 ATF 2C_392/2009, consid. 5.4 (28.8.2010): « Grundsätzlich kann ein den liberierten Nennwert übersteigender Anteil einer Sacheinlage steuernneutral als Agio bilanziert werden (...). Das hat jedoch unmittelbar, nach der Praxis der Steuerbehörden in der Regel im gleichen Jahr, in dem die Sacheinlage erfolgte, zu geschehen (...) ». Voir aussi dans le même sens TF 2C_515/2010 du 13.9.2011, consid. 3.2. Cette interprétation est également suivie en ce qui concerne le principe de l'apport en capital, voir à ce sujet DANON, Le principe de l'apport en capital, p. 5 ss.

225 Circulaire sur les restructurations, ch. 4.2.5.2. L'AFIC se réfère ici au message du Conseil fédéral relatif à la LFus, qui précise que : « (...) Lorsque les valeurs comptables antérieures à la fusion ou à la transformation sont reprises pour l'imposition du bénéfice, les réserves latentes constituées avant l'assujettissement à l'impôt sont l'objet d'une charge fiscale latente.

encore dans le cadre de l'imposition des entreprises de transport et d'infrastructure concessionnaires.²²⁶ Ces différentes pratiques, qui ne trouvent pas forcément appui dans la jurisprudence,²²⁷ demeurent toutefois isolées. Celles-ci ne consacrent donc pas de manière générale le principe de l'exonération des réserves latentes créées avant l'entrée dans l'assujettissement.

4.3.3.3 Synthèse

À la lumière de l'étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous parvenons donc aux conclusions suivantes :

- L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 12 mars 2012 vient réaffirmer le principe selon lequel les conséquences liées à la perte du statut de société holding ou auxiliaire ne sont pas régies par la LHID et relèvent donc de la compétence des cantons. Dans ce cadre, les cantons sont donc libres d'exonérer (solution du step-up) ou non les réserves latentes créées durant le statut de société holding ou auxiliaire, pour autant que le traitement réservé aux pertes demeure symétrique (non-déductibilité en cas d'exonération, respectivement déductibilité en l'absence de step-up). Dans ce cadre, les solutions élaborées par le droit cantonal ne sont revues par la Haute Cour que sous l'angle restreint de l'arbitraire.

Lorsqu'une réévaluation n'est pas admissible, il doit être possible de fixer ces réserves latentes dans l'inventaire. Seules les plus-values publiées et vérifiées selon le droit privé doivent être traitées de la même manière que les apports des membres de sociétés de capitaux, qui sont francs d'impôts (art. 60, lit. a LIFD et art. 24, al. 2, lit. a LHID). Pour l'imposition du bénéfice, elles doivent être considérées comme les réserves latentes imposées (...). La détermination des réserves latentes présuppose l'évaluation des objets du patrimoine actif et passif au moment de la transformation. Cette évaluation ne peut être décisive pour l'imposition du bénéfice que si elle est reconnue par le droit civil. Les valeurs indiquées dans l'inventaire doivent également être vérifiées par un réviseur particulièrement qualifié. La vérification n'est néanmoins pas nécessaire lorsque l'autorité publique dispose des connaissances techniques nécessaires et que des principes d'évaluation généralement reconnus ou même légaux sont appliqués. » (Message LFus, FF2000 3995, 4135). Comme on le constate, le principe est certes admis mais à des conditions restrictives.

²²⁶ Circulaire AFC 2011/35, N 3.5: « Les réserves latentes qui deviennent imposables en raison de la comptabilisation par secteurs à effectuer ou en raison d'une nouvelle affectation peuvent être indiquées sans incidence fiscale dans un bilan fiscal. Ce bilan n'est toutefois admis que pour les réserves latentes supérieures aux valeurs d'acquisition historiques. La différence entre la valeur comptable d'après le bilan commercial et la valeur d'acquisition initiale doit obligatoirement être comptabilisée en vertu du droit commercial comme réévaluation. Les réévaluations sur la base de ces comptabilisations dans le bilan commercial ne sont pas prises en compte pour l'impôt sur le bénéfice; toutefois elles ne peuvent pas être qualifiées de réserves issues d'apports de capital ».

²²⁷ GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL 10 et 11 décembre 2013, slides 13 ss.

- Il est donc fondamental de comprendre que la portée de cet arrêt est limitée à la seule question des statuts cantonaux privilégiés et n'est de toute manière pas d'application générale. Depuis l'entrée en vigueur de la LIFD et de la LHID, la jurisprudence du Tribunal fédéral est en effet marquée par une conception formaliste du principe de détermination. Selon cette conception, qui nous paraît erronée mais dont il convient de prendre acte, les réserves latentes sont dans la règle imposables à l'occasion de leur réalisation, même si celles-ci proviennent historiquement d'un domaine exonéré.²²⁸ Aussi, il ne nous paraît pas possible de déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral une règle implicite d'application générale selon laquelle les réserves latentes créées avant le début de l'assujettissement ordinaire seraient exonérées.²²⁹ L'organe de pilotage en convient d'ailleurs implicitement en recommandant l'adoption d'une base légale expresse en ce qui concerne les cas d'immigration.
- En conséquence, dès lors qu'une base légale est de toute manière nécessaire pour les cas d'immigration, nous pensons que la solution la plus cohérente serait d'adopter une clause générale couvrant l'ensemble des états de faits impliquant un transfert de réserves latentes exonérées (ou exemptées) vers le domaine de l'assujettissement ordinaire à l'impôt selon le principe de détermination. Ce faisant, le législateur consacrerait ainsi une dérogation cohérente et uniforme au principe de détermination, à notre sens parfaitement justifiable au regard des standards internationaux (notamment les aides d'État).

Aussi, nous allons maintenant tenter d'esquisser les principes directeurs et contours de ce qui pourrait prendre la forme d'une nouvelle « exonération systématique ».

4.3.3.4 Proposition de codification de lege ferenda : principe de l'exonération « systématique »

4.3.3.4.1 Principes directeurs

À notre avis, l'introduction dans la LIFD et la LHID d'une clause générale prévoyant l'exonération des réserves latentes provenant d'un domaine exonéré (ou

²²⁸ Dans ce cadre, il convient bien évidemment de réserver l'application de l'art. 60 lit. a LIFD qui constitue une règle correctrice expresse permettant de déroger au principe de détermination. Cela dit, l'art. 60 lit. a LIFD ne concerne que les apports consentis à une personne morale par ses membres et n'englobe donc pas les états de faits envisagés par la RIE III (step-up en cas de changement de statut fiscal ou encore à l'occasion d'une immigration).

²²⁹ En ce sens également GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL 10 et 11 décembre 2013, slides 13 ss.

exempté) devrait reposer sur les principes directeurs suivants.

En premier lieu, cette clause devrait être compatible avec le principe d'égalité de traitement. Il en découle deux conséquences. *Primo*, cette clause devrait être appliquée non seulement aux personnes morales, mais également aux sociétés de personnes et aux personnes physiques déployant une activité indépendante. En effet, compte tenu de l'objectif poursuivi par cette mesure, il ne se justifie pas de réserver celle-ci aux seules personnes morales. Cela d'autant plus que les principes constitutionnels qui sous-tendent le droit fiscal suisse de l'entreprise s'appliquent indistinctement aux personnes morales et aux sociétés de personnes. *Secundo*, la clause, rédigée de façon générale, devrait couvrir tous les états de fait impliquant un transfert de réserves latentes provenant d'un domaine exonéré (ou exempté) vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt selon le principe de détermination. Le souci de conformité au principe d'égalité de traitement nous conduit ainsi à privilégier l'adoption d'une clause subjectivement et objectivement générale. À notre avis, cette clause serait donc parfaitement conforme aux standards internationaux, en ceci qu'elle n'incorporerait aucun élément de sélectivité.

En second lieu, la nouvelle exonération devrait à notre sens se concentrer sur le rattachement des actifs et réserves latentes soumis à un domaine exonéré (ou exempté) plutôt que sur le contribuable lui-même. En effet, une migration de réserves latentes vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt est susceptible de se produire non seulement en cas de passage d'une exonération ou d'un statut cantonal privilégié à une imposition ordinaire (changement du régime fiscal applicable au contribuable), mais également lors du transfert d'actifs, par exemple à la suite d'une restructuration, d'un transfert d'actifs entre siège et établissement stable ou lors de transferts d'actifs de la fortune privée à la fortune commerciale (changement du régime fiscal applicable aux actifs). Aussi, une clause centrée sur le rattachement des actifs permet de régler ces deux hypothèses.

En troisième lieu, par souci de transparence, les principes régissant l'activation à la valeur vénale au bilan fiscal devraient être réglés par la loi. À notre avis, la solution la plus simple serait de prévoir que la réévaluation des actifs est assimilée à une aliénation suivie d'une acquisition.²³⁰ Cette solution, qui permettrait ainsi d'activer au bilan fiscal le goodwill originaire, est du reste celle

qui est expressément retenue (en sens inverse) par l'art. 18 al. 2 LIFD.²³¹ Dans ce cadre, le goodwill originaire serait alors assimilé à un goodwill dérivé.²³² Dès lors que la nouvelle valeur fiscalement déterminante pourrait ainsi faire l'objet d'amortissements selon les principes généralement appliqués en droit fiscal suisse de l'entreprise, la mesure serait à notre sens, de ce point de vue également, parfaitement compatible avec les standards internationaux.

En quatrième lieu, et c'est une évidence, la réévaluation ne concernerait que les actifs, respectivement les réserves latentes existantes et migrant dans l'assujettissement ordinaire à l'impôt. La dérogation serait donc conforme au principe de proportionnalité et aux standards internationaux.

Enfin, les réserves latentes réévaluées feraient naturellement partie des fonds propres imposables au plan de l'impôt cantonal sur le capital, ceci sans qu'une modification de l'art. 29 LHID ne soit nécessaire. L'al. 2 lit. a de cette disposition se réfère en effet déjà aux « *réserves latentes constituées au moyen de bénéfices imposés* ». Cela dit, de ce point de vue, la mesure ne serait pas fiscalement avantageuse pour les sociétés précédemment au bénéfice d'un statut cantonal privilégié : alors même que l'activation des réserves latentes conduirait à une augmentation de l'assiette de l'impôt sur le capital, les sociétés concernées ne pourraient plus profiter du taux réduit applicable aux sociétés holding et auxiliaires. Une solution initialement envisagée fut de permettre aux cantons de renoncer à prélever cet impôt. Cela dit, cette première proposition ne fut pas bien accueillie. Aussi, l'organe de pilotage évoque aujourd'hui la possibilité d'introduire dans la LHID un allègement au titre de l'impôt sur le capital en ce qui concerne notamment les participations, les actifs immatériels et les créances intragroupes.²³³ A priori, un tel allègement ne poserait pas de problème de conformité internationale à la condition,

230 Pour un exemple voir paragr. 128.1 (1) de la Loi de l'impôt sur le revenu (L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)) du Canada qui institue une présomption de disposition suivie d'une présomption d'acquisition en cas d'immigration.

231 L'art. 58 al. 1 lit. c. LIFD, qui concerne l'impôt des personnes morales, consacre quant à lui une fiction de « liquidation ». Se fondant sur le texte clair de cette disposition, plusieurs auteurs estiment ainsi que celui-ci ne permet pas d'englober le goodwill originaire dans l'assiette de l'impôt. Voir à ce sujet DANON, N 94 ad art. 57 - 58 LIFD et les références citées. À notre connaissance, cette vision des choses ne correspond toutefois pas à la pratique administrative. Cela dit, par souci de cohérence avec la disposition proposée ici ainsi qu'avec l'art. 18 al. 2 LIFD, il conviendrait de clarifier ce point de vue en modifiant l'art. 58 al. 1 lit. c LIFD comme suit : « Le transfert à l'étranger du siège, de l'administration, d'une entreprise ou d'un établissement stable est assimilé à une aliénation ».

232 Même point de vue défendu de lege lata par RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 179.

233 Rapport DFF RIE III, p 47 ; RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, p. 178 - 179.

bien évidemment, d'être ouvert à toutes les entreprises (absence de sélectivité *de jure et de facto*).

4.3.3.4.2 Insertion dans la LIFD et la LHID

Le principe de l'exonération systématique proposé ci-dessus pourrait ainsi par exemple être inséré dans la LIFD et la LHID de la manière suivante²³⁴ :

	Insertion	Texte proposé	Commentaires
Personnes morales	Art.59 ^{bis} LIFD (nouveau) Art.25 ^{bis} LHID (nouveau)	1. La personne morale dont tout ou partie des actifs sont nouvellement assujettis à l'impôt peut réévaluer, durant la période fiscale concernée, ces actifs à leur valeur vénale à ce moment-là. 2. La réévaluation est assimilée à une aliénation suivie d'une acquisition. Les réserves latentes dissoutes sont considérées comme bénéfiques imposés. De plus, la nouvelle valeur fiscalement déterminante peut faire l'objet d'amortissements correspondants.	<ul style="list-style-type: none"> - Applicable à toutes les personnes morales (art. 49 LIFD et 20 LHID) ainsi qu'à l'ensemble des états de fait impliquant un transfert de réserves latentes vers l'assujettissement ordinaire à l'impôt, que cela concerne tout ou partie des actifs de la personne morale. En particulier, la disposition vise le passage à une imposition ordinaire à la suite de la fin d'une exonération ou d'un statut fiscal cantonal privilégié, l'immigration d'une personne morale étrangère en Suisse ou encore un transfert d'actifs à la suite d'une restructuration. - Le premier alinéa, qui constitue une règle correctrice en faveur du contribuable, consacre l'entorse au principe de détermination en autorisant la réévaluation à hauteur de la valeur vénale. Conformément au principe de proportionnalité, la réévaluation est limitée au montant des réserves latentes préexistantes (« à ce moment-là »). - Le second alinéa consacre le principe de la fiction d'aliénation et d'acquisition et exonère les réserves latentes en traitant celles-ci comme imposées. Au plan cantonal, ces réserves latentes imposées font donc partie des fonds propres imposables (art. 29 LHID). Enfin, la troisième phrase confirme que les actifs réévalués peuvent faire l'objet d'amortissements correspondants. - La disposition proposée n'a toutefois aucune portée lorsque l'art. 60 lit. a LIFD trouve déjà application. Il en va par exemple ainsi en présence d'un apport dissimulé consenti par l'actionnaire et incorporant des réserves latentes provenant de la fortune privée.
Personnes physiques	Art. 18 al. 2 ^{bis} LIFD (nouveau) Art. 8 al. 1 ^{bis} LHID (nouveau)	Le contribuable dont tout ou partie des actifs sont transférés à la fortune commerciale assujettie à l'impôt peut réévaluer, durant la période fiscale concernée, ces actifs à leur valeur vénale à ce moment-là. La réévaluation est assimilée à une aliénation suivie d'une acquisition. Les réserves latentes dissoutes sont considérées comme revenus imposés. De plus, la nouvelle valeur fiscalement déterminante peut faire l'objet d'amortissements correspondants.	<ul style="list-style-type: none"> - Cette clause, applicable au revenu provenant de l'activité indépendante, repose sur les mêmes principes. La clause vise en particulier le transfert d'actifs provenant de la fortune privée ou de la fortune commerciale non assujettie à l'impôt (établissement ou entreprise sise à l'étranger) à la fortune commerciale assujettie à l'impôt.

La modification proposée doit donc être comprise comme une mesure visant à moderniser l'assiette fiscale de

toutes les entreprises (personnes morales et sociétés de personnes) en vue de mieux faire coïncider celle-ci avec le principe de l'imposition selon la capacité contributive. Au surplus, le modèle proposé (fiction d'aliénation et d'acquisition) correspond à celui pratiqué par plusieurs États.

²³⁴ GLAUSER fut le premier à proposer une nouvelle base légale qui serait insérée dans un nouvel art. 59^{bis} al. 2 LIFD et art. 25^{bis} al. 2 LHID et dont la teneur serait la suivante: « *When a company becomes partly or entirely liable to taxes in Switzerland or when a profit becomes taxable while it was previously not taxed (transfer from abroad, and of a tax exemption in the sense of art. 56 FHL, etc.), it can reevaluate existing hidden reserves in its tax balance sheet at this moment to the extent that the hidden reserves become newly taxable. This asset in the tax balance sheet can then be depreciated in the following tax years under the conditions fixed by the Federal Counsel.* » (voir GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL 10 et 11 décembre 2013, slide 19).

4.4 Imposition préférentielle des produits de licence (« licence box »)

4.4.1 Généralités

Nous abordons maintenant le principe de l'imposition préférentielle des produits de licence (ci-après : « licence box »)²³⁵, qui constitue l'une des principales mesures de la RIE III.

Ce régime, appliqué aujourd'hui par 10 États européens sous une forme ou une autre, se rattache aux incitations dites en aval (« output ») en faveur de la recherche et du développement (R&D).²³⁶ En Suisse, comme on le sait, seul le canton de Nidwald connaît déjà un tel régime.²³⁷ L'incitation en aval postule qu'une imposition privilégiée des revenus de licence, voire une redevance notionnelle attribuée aux biens produits par l'entreprise elle-même (« embedded royalty »), est de nature à accroître l'investissement dans le domaine de la R&D. On parle de « box » dès lors que l'objectif de cette mesure est d'isoler les produits de licence et de soumettre ceux-ci à une charge fiscale privilégiée. Dans la plupart des États, l'incitation prend la forme d'une exemption ou d'une déduction afférente aux revenus privilégiés.²³⁸

La licence box se distingue de l'incitation en amont (« input incentive »). Cette dernière mesure, qui est encore plus répandue parmi les États membres de l'OCDE, se concentre au contraire sur les dépenses affectées à la R&D. Il s'agira par exemple d'une déduction supérieure

aux dépenses effectives de R&D (« multiple deduction ») ou encore d'un crédit d'impôt à la recherche, tel que celui pratiqué par exemple par la France. De telles incitations sont en revanche inconnues en droit positif suisse. Certes, les dépenses affectées à la R&D, dans la mesure où celles-ci sont justifiées par l'usage commercial, sont déductibles du bénéfice imposable.²³⁹ De plus, le droit en vigueur permet de constituer des provisions pour de futurs mandats de recherche et de développement à condition que ces mandats (i) soient confiés à des tiers et (ii) n'excèdent pas 10 % du bénéfice imposable et au total au maximum 1 million de francs. Si cette possibilité présente en particulier un intérêt pour les petites et moyennes entreprises,²⁴⁰ sa portée pratique est toutefois limitée. Du reste, cette règle, qui ne figure pas dans la LHID, n'a pas été reprise par tous les cantons. En l'état, le système fiscal suisse n'incorpore donc pas de vision cohérente et globale de l'incitation à la R&D. Le Conseil fédéral étudie toutefois actuellement l'opportunité d'adopter des incitations en amont en faveur de la R&D.²⁴¹

Cela étant, alors que les incitations en amont ne soulèvent pas de problème structurel particulier,²⁴² les régimes *licence box*, en revanche, donnent actuellement lieu à un débat nourri de politique fiscale. Fondamentalement, la question se pose de savoir si la conception actuelle de ces régimes permet réellement d'encourager et de développer les activités R&D.²⁴³ Dans son rapport, le DFF milite en faveur d'une licence box « *aménagée pour être aussi compétitive que possible* ». ²⁴⁴ Ce souci de compétitivité internationale est parfaitement compréhensible. Cela dit, il incombe à notre sens au législateur de faire la distinction entre une réelle incitation fiscale en faveur de la R&D et une mesure centrée uniquement sur l'attrait

235 La mesure est aussi connue sous le nom de « innovation box » ou de « patent box ».

236 Ces dernières années, les États suivants ont introduit une incitation fiscale de ce type : France (2000), Hongrie (2003), Pays-Bas (2007), Belgique (2007), Luxembourg (2008), Espagne (2008), Malte (2010), Liechtenstein (2011), Chypre (2012) et Royaume-Uni (2013). EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 6. Pour un aperçu des différents régimes existant au sein de l'Union européenne, voir notamment Eynatten, European R&D and IP Tax Regimes, p. 502. En ce qui concerne plus particulièrement (i) la Belgique : VAN DEN BERGHE/KELLEY, New Patent Deduction in Belgium, p. 374, WARSON/FORIERS, The Belgian Patent Income Deduction, p. 70, WARSON/CLAES, The Belgian Patent Income Deduction, p. 319, (ii) le Royaume-Uni : CASLEY/NAISH, United Kingdom: The Patent Box Regime, p. 115 ss, Obuoforibo, The technical aspects of the UK patent box rules, p. 482, (iii) les Pays-Bas : SPORKEN/GOMMERS, The Patent Box: Approved and Implemented in the Netherlands, p. 198.

237 Voir à ce sujet HINNY, Lizenzbox des Kantons Nidwalden, p. 150 ss. À notre avis, l'introduction unilatérale de cette mesure par ce canton heurte la LHID.

238 Dans cette dernière variante, la mesure est ainsi susceptible d'avoir un effet sur le report de pertes de l'entreprise lorsque celle-ci est en situation déficitaire. Il va en revanche différemment lorsque, comme c'est le cas en France, le taux de l'impôt est simplement réduit, voir EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 6. Comme le relèvent ces auteurs, la charge fiscale privilégiée varie au surplus entre 0 % (Malte), 2 % (Chypre), 2,5 % (Liechtenstein) et 10 % - 12 % (Espagne) et 15,5 % (France).

239 Art. 58 al. 1 lit. a LIFD.

240 Voir art. 29 al. 1 lit. d LIFD (activité indépendante) et 63 al. 1 lit. d LIFD (personnes morales). Voir à ce sujet DANON, N 36 ss ad art. 63 LIFD.

241 Voir notamment la motion 08.3853 du groupe libéral-radical et le postulat 10.3894 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national.

242 Sous réserve de distorsions liées par exemple à l'octroi d'un crédit d'impôt dans certaines structures internationales, voir par exemple OCDE, L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, p. 85.

243 Comme le relève notamment l'OCDE dans une étude récente : « Some countries also have « patent box » regimes that lower tax rates on income of resident taxpayers derived from KBC, including royalty income from patents. Today, governments face severe budget constraints and need to be sure that subsidies for R&D are worthwhile. This calls for systematic evaluation of tax relief measures in order to assess the continuing validity of their rationale and objectives and whether their targeting and design remain appropriate and intended outcomes are being achieved » (OCDE, Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, p. 129).

244 Rapport DFF RIE III, p. 50.

des capitaux mobiles. Indépendamment de la question de la conformité aux standards internationaux (4.4.3), nous aurons l'ambition de démontrer que seule une véritable incitation en faveur de la R&D est compatible avec les principes constitutionnels régissant le droit fiscal suisse (4.4.2). À cette fin, il convient tout d'abord de rap- peler la portée de ces principes dans le cadre de l'adop- tion d'une telle mesure ainsi que sa relation avec la LHID. Cela fait, et à la lumière du cadre ainsi défini, nous aborderons la conception proprement dite de la li- cence box ainsi que les orientations prises par l'organe de pilotage à cet égard.

4.4.2 La licence box et le système fiscal suisse

4.4.2.1 Licence box et principes constitutionnels

La *licence box* conduit à une imposition privilégiée des revenus de la propriété intellectuelle par rapport aux autres éléments du contribuable. Selon nous, l'adoption de cette mesure constituerait une entorse aux principes constitutionnels régissant le droit fiscal suisse, singulière- ment à l'égalité de traitement et l'imposition selon la capacité contributive. L'adoption du modèle de la *licence box* pourrait toutefois être justifiée par la nécessité de poursuivre un but extra-fiscal,²⁴⁵ en l'occurrence l'encou- ragement de l'activité R&D. Du reste, en droit actuel, une entorse similaire existe déjà en ce qui concerne la constitution de provisions pour de futurs mandats de re- cherche et de développement, dont la portée est certes limitée.²⁴⁶

Selon l'opinion dominante, il faut pour cela que plusieurs conditions soient cumulativement réalisées. En premier lieu, une base constitutionnelle est nécessaire car, à dé- faut, l'inégalité de traitement induite par l'incitation ne se justifie pas.²⁴⁷ En l'espèce, cette base constitutionnelle

existe dès lors que l'art. 64 al. 1 Cst. dispose que : « *La Confédération encourage la recherche scientifique et l'innovation* ». ²⁴⁸ Ensuite, l'introduction de l'incitation extra-fiscale doit reposer sur un intérêt public. Cette exi- gence sera appréciée d'autant plus sévèrement que l'at- teinte aux principes constitutionnels est importante.²⁴⁹ Cela dit, l'intérêt public apparaît d'autant plus légitime que le mandat confié au législateur est précis.²⁵⁰ Comme l'a montré HINNY, il ne fait aucun doute que l'encoura- gement de l'activité R&D représente un intérêt public déterminant.²⁵¹

Cela étant, ce sont surtout les principes de proportionna- lité et d'égalité de traitement qui nous intéressent ici. Le principe de proportionnalité commande de concevoir la licence box de manière à ce que celle-ci puisse atteindre l'objectif qui lui est assigné (règle de l'aptitude). De plus, l'entorse aux principes constitutionnels en vue de soute- nir l'activité R&D ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire (règle de la nécessité).²⁵² Comme nous le ver- rons, ces deux critères jouent notamment un rôle impor- tant dans le cadre de la définition du catalogue des droits immatériels privilégiés et de l'exigence d'un lien avec l'activité R&D. Enfin, l'égalité de traitement (interne) entre tous les bénéficiaires potentiels de la mesure doit être respectée. Pour en juger, il convient de prendre en considération l'objectif poursuivi par l'incitation fis- cale.²⁵³

4.4.2.2 Licence box et LHID

Dans son rapport, le DFF relève à raison que la licence box devrait être définie dans la LHID de façon à être contraignante pour l'ensemble des cantons.²⁵⁴ À notre avis, l'ensemble des conditions matérielles de cette me-

245 Sur cette notion et de manière générale, voir notamment ATF 133 II 206 = RDAF 2007 II, p. 505, consid. 11.1.

246 Comme le relève le Tribunal fédéral, la LHID connaît égale- ment de telles incitations extra-fiscales dans d'autres do- maines, à savoir celles prévues par l'art. 23 al. 1 lit. d LHID (exonération des institutions de prévoyance professionnelle), par l'art. 9 al. 2 lit. e LHID (déductions des montants en vue de l'acquisition de droits contractuels dans des formes reconnues de la prévoyance individuelle liée) ou par l'art. 9 al. 3 LHID (dé- ductions pour investissements destinés à économiser l'éner- gie et à ménager l'environnement ou pour les frais de resta- ration des monuments historiques s'agissant de la propriété privée). Il en va de même pour les allègements fiscaux en fa- veur des entreprises nouvellement créées en application des art. 5 et 23 al. 3 LHID, qui constituent des mesures de promo- tion économique (ATF 133 II 206 = RDAF 2007 II p. 505, consid. 11.1).

247 Message sur l'harmonisation fiscale, FF 1983 III p. 48; ATF 133 II 206 = RDAF 2007 II, p. 505, consid. 11.1; RICHLI, Rechtspro- bleme, p. 105; YERSIN, Les buts extra-fiscaux assignés aux im- pôts directs, p. 59. Cette auteure considère toutefois que la norme constitutionnelle dérogatoire devrait expressément

mentionner que la poursuite de buts extra-fiscaux peut se faire au moyen de mesures fiscales.

248 Voir à ce sujet HINNY, Lizenzbox des Kantons Nidwalden, p. 157 ss.

249 ATF 133 II 206 = RDAF 2007 II, p. 505, consid. 11.2.

250 YERSIN, Les buts extra-fiscaux assignés aux impôts directs, p. 59.

251 HINNY, Lizenzbox des Kantons Nidwalden, p. 150 ss. Cela dit, selon cet auteur, indépendamment de l'analyse sous l'angle de la poursuite d'un but extra-fiscal, il existe déjà des raisons de nature qualitative et quantitative qui commandent d'impo- ser les revenus de la propriété intellectuelle à un taux réduit (HINNY, Lizenzbox des Kantons Nidwalden, p. 152). Selon cette vision des choses, une imposition réduite des revenus de li- cence se justifie déjà indépendamment de la poursuite d'un but extra-fiscal. À notre avis, cette vision des choses, même si on l'admettait, est aujourd'hui dépassée en raison de l'évo- lution internationale. En effet, les travaux menés par l'OCDE dans le cadre du projet BEPS viennent justement souligner qu'une imposition privilégiée des revenus de licence n'est concevable que lorsque celle-ci est associée à un réel but ex- tra fiscal (encouragement de l'activité R&D).

252 YERSIN, Les buts extra-fiscaux assignés aux impôts directs, p. 63.

253 YERSIN, Les buts extra-fiscaux assignés aux impôts directs, p. 56.

254 Rapport DFF RIE III, p. 50.

sure, étudiées ci-dessous, devraient figurer dans la LHID. Comme nous l'avons vu, cette manière de procéder se justifie également au regard des exigences de conformité internationale et devrait permettre d'éviter une éventuelle sélectivité régionale en matière d'aides d'État. En revanche, la fixation de l'étendue de l'allègement devrait incomber aux cantons.²⁵⁵

4.4.2.3 La conception de la licence box

4.4.2.3.1 Champ d'application subjectif

L'organe de pilotage observe que la *licence box* devrait être étendue à toutes les entreprises, c'est-à-dire tant aux personnes morales qu'aux entreprises de personnes.²⁵⁶ Aussi, un régime analogue à celui prévu pour les personnes morales devrait être appliqué dans le cadre de l'activité indépendante.²⁵⁷ A notre avis, cette vision des choses est la seule qui soit compatible avec le droit constitutionnel. En effet, comme nous l'avons rappelé, l'égalité de traitement doit être concrétisée en fonction du but poursuivi par l'incitation extra-fiscale. Or, dans la mesure où la licence box n'est pas liée à une forme juridique particulière mais au contraire à une activité (R&D), le principe d'égalité de traitement commande que cette incitation soit appliquée à toutes les entreprises (personnes morales et sociétés de personnes).²⁵⁸

Au surplus, en raison de son insertion dans le chapitre relatif aux personnes morales,²⁵⁹ la *licence box* serait également applicable aux établissements stables suisses d'entreprises étrangères, et ceci sans qu'il soit nécessaire de le préciser. En cela, le nouveau régime serait ainsi compatible avec la clause de non-discrimination des CDI suisses.²⁶⁰ En effet, comme le prévoit l'art. 20 al. 2 LHID et les dispositions cantonales harmonisées correspondantes: « les personnes morales, les sociétés commerciales et les communautés de personnes étrangères sont assimilées aux personnes morales suisses dont elles se rapprochent le plus par leur forme juridique ou leurs structures effectives ». De plus, les sociétés de personnes étrangères disposant d'un établissement stable en Suisse, assimilées aux personnes morales, pourraient se prévaloir de la *licence box*.²⁶¹ Conformément à l'opinion do-

minante, les associés assujettis de manière illimitée en Suisse seraient en revanche imposés en transparence au titre d'un revenu provenant de l'activité indépendante. Pour ceux-ci, le régime de licence box applicable serait donc celui relatif aux personnes physiques.

4.4.2.3.2 Le catalogue des droits privilégiés

Lors de la conception d'un régime *licence box*, l'une des premières questions se posant est celle de la définition du catalogue des droits immatériels privilégiés. On distingue à cet égard deux tendances au sein de l'Union européenne. Dans certains régimes, l'incitation est limitée aux « biens incorporels manufacturiers » (« trade intangibles »)²⁶² et droits immatériels à caractère industriel, (par exemple brevets et éventuellement le savoir-faire qui y est lié et autres actifs immatériels avec un certificat R&D).²⁶³ Dans d'autres États, en revanche, le catalogue englobe également les marques et d'autres biens incorporels de commercialisation (« marketing intangibles »).²⁶⁴ Cette seconde tendance est en particulier suivie par le Luxembourg, le Liechtenstein et la Hongrie.²⁶⁵

Sur ce point, l'organe de pilotage observe qu'un catalogue trop large des droits privilégiés (englobant par exemple le simple savoir-faire) ne serait pas souhaitable. En effet, pratiquement toutes les entreprises pourraient alors se prévaloir de la *licence box*, ce qui équivaldrait dans les faits à un abaissement général des taux d'imposition du bénéfice.²⁶⁶

Pour notre part, et indépendamment de ce dernier aspect, nous pensons effectivement qu'il se justifie de privilégier un catalogue axé sur les droits de propriété industrielle.

255 Rapport DFF RIE III, p. 50.

256 Rapport DFF RIE III, p. 32.

257 Art. 8 LHID.

258 C'est du reste la logique déjà suivie par le législateur en ce qui concerne les provisions pour de futurs mandats de recherche et de développement qui sont applicables tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques exerçant une activité indépendante. Voir art. 29 al. 1 lit. d LIFD (activité indépendante) et 63 al. 1 lit. d LIFD (personnes morales).

259 Art. 20 ss LHID.

260 Art. 24(3) MC OCDE.

261 Art. 20 al. 2 LHID.

262 Selon la terminologie de l'OCDE, voir OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 212.

263 MERRILL ET AL., the Patent Box, 1672; EVERS/MILLER/SPENGL, Intellectual Property Box Regimes, p. 7 ss avec aperçu de droit comparé, p. 8; Rapport DFF RIE III, aperçu de droit comparé, p. 34. Au Royaume-Uni par exemple, l'incitation couvre ainsi uniquement les brevets, certificats de protection complémentaires, certaines autorisations de mise sur le marché pour les médicaments et droits de protection des espèces (voir à ce sujet CASLEY/NAISH, United Kingdom: The Patent Box Regime, p. 115 ss; OBUOFORIBO, The technical aspects of the UK patent box rules, p. 482; EVERS/MILLER/SPENGL, Intellectual Property Box Regimes, p. 7 ss avec aperçu de droit comparé, p. 8; Rapport DFF RIE III, aperçu de droit comparé, p. 34). Cela dit, comme nous le verrons, la méthode de calcul utilisée par ce pays, actuellement controversée au niveau international, confère néanmoins au régime une portée extrêmement large.

264 Selon la terminologie de l'OCDE, voir OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 212.

265 MERRILL ET AL., the Patent Box, 1672; EVERS/MILLER/SPENGL, Intellectual Property Box Regimes, p. 7 ss avec aperçu de droit comparé, p. 8; Rapport DFF RIE III, aperçu de droit comparé, p. 34; EYNATTEN, European R&D and IP Tax Regimes, p. 511.

266 Rapport DFF RIE III, p. 50.

En effet, on doit reconnaître qu'un catalogue englobant également les droits immatériels de commercialisation manquerait de cohérence avec la logique de soutien à une réelle activité R&D.²⁶⁷

4.4.2.3.3 Le problème des droits immatériels acquis

Ceci posé, il convient ensuite de déterminer si l'incitation fiscale doit englober les droits immatériels acquis de tiers, et dans l'affirmative, à quelles conditions. Dans ce cadre également, nous retrouvons les deux tendances évoquées ci-dessus. Dans certains États, le régime ne couvre pas les droits immatériels acquis de tiers et qui n'ont pas été développés (ou à tout le moins dont le développement n'est pas poursuivi) par l'entité elle-même. C'est l'approche suivie notamment par l'Espagne,²⁶⁸ les Pays-Bas et la Belgique. D'autres États (Chypre, la France, la Hongrie, le Liechtenstein, le Luxembourg²⁶⁹ et Malte) étendent en revanche le bénéfice de la *licence box* aux droits immatériels acquis.²⁷⁰

Le rapport du DFF observe que si l'on part du principe que la *licence box* est destinée à compenser l'éventuelle suppression des sociétés jouissant d'un régime spécial, il conviendrait alors d'étendre également cette mesure aux biens immatériels développés, acquis ou donnés en licence avant son entrée en vigueur.²⁷¹

Cette préoccupation est naturellement tout à fait légitime. Cela dit, l'extension sans réserve de la *licence box* envisagée aux droits immatériels acquis ou antérieurement développés nous paraît discutable. En effet, il est difficile de lier ces droits immatériels, respectivement l'application de l'incitation fiscale aux revenus en provenant, à l'activité actuelle de R&D que la mesure entend pourtant encourager.²⁷² Du reste, comme nous le verrons, il n'est pas exclu qu'à l'avenir cette approche pose des problèmes de conformité internationale.

À notre avis, une approche plus cohérente et plus respectueuse du principe de proportionnalité serait de réserver uniquement le bénéfice de la *licence box* aux droits immatériels dont le développement se poursuit. Aussi, selon la même vision des choses, l'incitation fiscale ne porterait que sur la part des droits nouvellement développée par le contribuable.²⁷³

4.4.2.3.4 Revenus privilégiés

Outre les revenus périodiques, le rapport du DFF est d'avis que la *licence box* devrait couvrir les gains en capital provenant de l'aliénation de droits immatériels.²⁷⁴ Qu'il s'agisse des personnes morales ou du produit de l'activité indépendante, cette vision des choses doit à l'évidence être suivie. En effet, compte tenu de l'objectif poursuivi par la *licence box*, il n'existe aucune raison de réserver un traitement différent aux rendements périodiques et aux gains en capitaux.²⁷⁵

Enfin, suivant le modèle adopté par plusieurs États, les biens produits par l'entreprise elle-même bénéficieraient également de la *licence box* (« embedded royalty »).²⁷⁶ Cette position nous paraît également correcte. En effet, sous l'angle du principe d'égalité de traitement, il se justifie de traiter de manière identique l'utilisation pour compte propre et le transfert du droit d'utiliser un actif immatériel à un tiers.²⁷⁷ De plus, dans cette hypothèse, le lien avec l'activité R&D de l'entreprise est par définition susceptible d'être particulièrement étroit.²⁷⁸

Cela étant, comme nous allons le voir maintenant, la mise en œuvre de ce principe soulève un certain nombre de difficultés dans le cadre du calcul du revenu. En effet, il convient alors d'extraire du prix du bien produit par l'entreprise les composantes relatives aux actifs immatériels privilégiés afin de soumettre ceux-ci à une fiscalité privilégiée.²⁷⁹

4.4.2.3.5 Calcul du revenu déterminant

Comme le rappelle l'organe de pilotage, il existe conceptuellement deux manières permettant de calculer le revenu soumis à la *licence box*.

Selon une première approche, le revenu privilégié est directement déterminé en séparant du bénéfice total la part affectée à la *licence box*. Cette approche, certes pré-

267 MERRILL ET AL., the Patent Box, 1672. Comme le relèvent EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 34 : « Regimes that limit eligible intellectual property to trade intangibles (notably patents) – which have a stronger link to spillover generating R&D activities than marketing intangibles – are more in line with the aim to increase investment in R&D ».

268 L'approche suivie par cet État est particulièrement restrictive en ceci que les droits immatériels doivent avoir été impérativement développés par l'entité elle-même.

269 Dans cet État, le régime ne couvre toutefois pas les droits immatériels acquis d'une autre société du groupe, voir à ce sujet KUIJK, Luxembourg's Intellectual Property Regime, p. 295.

270 EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 10 ; Rapport DFF RIE III, aperçu de droit comparé, p. 35.

271 Rapport DFF RIE III, p. 32.

272 EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 10 et p. 34.

273 Voir à ce sujet MERRILL ET AL., the Patent Box, 1672.

274 Rapport DFF RIE III, p. 29.

275 Du même avis MATTEOTTI/ROTH, Die Unternehmenssteuerreform III, p. 707.

276 Rapport DFF RIE III, p. 29.

277 Du même avis MATTEOTTI/ROTH, Die Unternehmenssteuerreform III, p. 707.

278 EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 36.

279 Rapport DFF RIE III, p. 29.

cise, suppose toutefois que l'on identifie, pour chaque bien produit, l'existence d'un actif immatériel qualifié.²⁸⁰ La seconde approche, de nature indirecte et suivie par le Royaume-Uni, cherche au contraire à identifier le revenu déterminant selon une vision dite « résiduelle ». Suivant cette méthode, l'on détermine dans un premier temps la part des revenus privilégiés en fonction du ratio existant entre ceux-ci et les autres revenus. En ce qui concerne le rattachement des redevances notionnelles (« embedded royalties ») aux revenus privilégiés, il suffit que celles-ci proviennent de biens comprenant au moins un actif immatériel qualifié. Dans un second temps, le revenu qualifié est réduit d'une part correspondant au bénéfice lié aux fonctions dites de « routine ». Au Royaume-Uni, cette part correspond dans la règle à 10% des dépenses concernant ces fonctions (application de la méthode du prix majoré). L'on parvient finalement au revenu déterminant en diminuant à nouveau celui-ci d'un montant (redevance notionnelle) rémunérant l'utilisation des actifs immatériels de commercialisation (« marketing intangibles ») qui ne profitent pas de la *licence box*. La méthode indirecte a ainsi tendance à affecter une part plus importante du bénéfice à la *licence box*.²⁸¹

L'organe de pilotage relève que cette dernière méthode a l'avantage de la simplicité et permet notamment d'éviter de nombreuses études de prix de transfert en relation avec l'application de la *licence box*. Cela dit, comme nous le verrons, la conformité internationale de la méthode indirecte est actuellement controversée.²⁸²

4.4.2.3.6 La question du lien avec l'activité R&D

Une autre question actuellement débattue est celle du lien devant exister entre l'activité R&D et le contribuable dont les revenus de la propriété intellectuelle sont fiscalement privilégiés. En effet, dans la plupart des régimes européens, il n'est pas nécessaire que l'activité de R&D soit exercée directement par l'entité bénéficiant de la *licence box*. En vertu d'un contrat de recherche (« contract R&D »), cette activité peut notamment être confiée à une autre entité, en particulier une société du groupe agissant pour le compte et au risque de la société principale.²⁸³ Cette dernière société, au bénéfice de la *licence box*, conserve alors les risques et la propriété des biens incorporels obtenus ou développés et contrôle la société prestataire. Cette dernière, dont les risques seront généralement limités, sera souvent rémunérée sur la base de la méthode du prix de revient majoré (« cost plus »).²⁸⁴

L'organe de pilotage se rallie à cette vision des choses et semble rejeter, à ce stade en tout cas, l'idée d'un lien inconditionnel entre l'octroi du bénéfice de la *licence box* et l'exercice d'une activité de R&D en Suisse, ceci pour plusieurs raisons. En premier lieu, le rapport du DFF relève que de nombreuses entreprises déjà implantées en Suisse ne pourraient pas bénéficier de la *licence box*, en raison du fait que leur activité de R&D n'est pas conduite depuis ce pays. Enfin, une telle exigence pourrait s'avérer désavantageuse en relation avec d'éventuelles futures implantations en Suisse. Aussi, l'organe de pilotage opte pour une approche dite « intermédiaire ». En l'occurrence, une entreprise sise en Suisse pourrait se prévaloir de la *licence box* dans la mesure où celle-ci (i) détient des biens immatériels qualifiés ou est le propriétaire économique de ces actifs et dispose d'une licence correspondante, (ii) assume certaines fonctions prédéfinies et remplit certaines exigences de substance (notamment personnel déterminant en Suisse) et, finalement (iii) atteste qu'une part qualifiée de ses revenus provient d'une activité R&D. En revanche, selon cette variante, le fait que l'activité de R&D soit exercée en Suisse ou à l'étranger (typiquement par une autre société du groupe) ne serait pas déterminant.²⁸⁵

Cela étant, au sein des groupes multinationaux, cette manière de procéder entraîne souvent une dissociation géographique entre d'une part l'activité de R&D qui est déployée dans un État et, d'autre part, la détention des droits immatériels et des revenus en provenant qui reviennent à l'entité au bénéfice de la *licence box*, sise dans un État différent. Sous l'angle du droit constitutionnel et du principe de proportionnalité (règle de l'aptitude), on peut alors se demander dans quelle mesure l'incitation fiscale octroyée par ce dernier État est conçue de manière appropriée dès lors que celle-ci n'induit pas ou peu d'activité R&D supplémentaire sur son territoire.²⁸⁶ Certes, en l'état actuel des règles de prix de transfert posées par l'OCDE, le fait de confier la conduite de l'activité R&D à une autre société du groupe demeure admissible. Cela dit, on perçoit déjà ici une tension avec le projet BEPS qui s'attache à éviter le divorce entre le bénéfice de l'entreprise et les activités génératrices de celui-ci. Aussi, comme nous le verrons, il n'est pas exclu que cette manière de procéder soit restreinte voire remise en cause, que ce soit sous l'angle des travaux concernant la concurrence fiscale dommageable ou encore des prix de transfert.

280 Rapport DFF RIE III, p. 29 - 30.

281 Rapport DFF RIE III, p. 30.

282 Rapport DFF RIE III, p. 50.

283 EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 10.

284 OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. 241.

285 Rapport DFF RIE III, p. 28 ss.

286 Voir aussi en ce sens EVERS/MILLER/SPENGLER, Intellectual Property Box Regimes, p. 35.

4.4.2.3.7 Entrée dans la licence box et réalisation systématique

À la suite de l'entrée en vigueur de la *licence box*, les entreprises assujetties jusqu'ici de manière ordinaire à l'impôt seraient naturellement soumises à une fiscalité plus avantageuse en ce qui concerne leurs actifs immatériels. En particulier, les réserves latentes afférentes à ces actifs, précédemment potentiellement pleinement imposables, ne seraient que partiellement soumises à l'impôt à l'occasion de leur réalisation ou réévaluation. En conséquence, l'organe de pilotage envisage de décompter les réserves latentes migrant dans la *licence box* au titre d'une réalisation systématique.²⁸⁷

Ce principe n'est pas nouveau. En effet, la question de la réalisation systématique des réserves latentes préexistantes se pose déjà aujourd'hui lors du passage d'un assujettissement ordinaire à l'impôt à un statut cantonal de société holding ou auxiliaire. Cela dit, bien que cela ait été envisagé,²⁸⁸ la LHID ne règle pas cette question.²⁸⁹ En conséquence, si la plupart des cantons ont adopté une base légale prévoyant un décompte systématique des réserves latentes à l'occasion de l'obtention d'un statut privilégié, il règne en ce domaine une très grande diversité.²⁹⁰

À notre avis, cette situation n'est pas satisfaisante. À l'évidence, la finalité même de l'harmonisation fiscale commande qu'un état de fait d'une telle importance soit réglé de manière uniforme. Ensuite, l'imposition au titre d'une réalisation systématique représente une exception au principe de déterminance. Aussi, dès lors que l'objet de l'impôt sur le bénéfice est harmonisé, toute entorse à celui-ci nécessite à notre avis non seulement une base légale²⁹¹ mais doit être réglé de manière uniforme par le législateur. Comme l'a montré OBRIST, il conviendrait donc d'insérer dans la LHID une disposition générale régissant le transfert de réserves latentes dans un domaine exonéré (ou partiellement exonéré). À l'instar des autres formes de réalisation systématique, cette clause devrait être comprise comme une *ultima ratio* et devrait être conçue dans le respect du principe de proportionnalité. Aussi, la réalisation systématique ne devrait concerner que les réserves existantes rattachées aux actifs im-

matériels et migrant dans la *licence box*. Enfin, et toujours selon le principe de proportionnalité, il conviendrait naturellement d'opter pour une solution de report de l'imposition (et non pour une imposition immédiate).²⁹² Aussi, selon cette clause, ces réserves latentes continueraient d'être assujetties à l'impôt de manière ordinaire. À notre avis, cette approche s'accorde bien avec la finalité de la *licence box*. En effet, dès lors que cette mesure entend favoriser le développement de nouvelles activités R&D, il ne se justifie pas d'étendre son bénéfice aux réserves latentes préexistantes.

Cela étant, sous l'angle des aides d'État, la question se pose de savoir si l'adoption d'une telle réglementation pourrait être considérée comme un avantage sélectif au profit des sociétés jouissant aujourd'hui d'un statut cantonal fiscal privilégié. En effet, pour ces dernières, cette réglementation demeurerait comparativement largement neutre, leurs réserves latentes provenant déjà d'un domaine (partiellement) exonéré. Comme nous le verrons, cette question peut toutefois, à certaines conditions, recevoir une réponse négative.

4.4.3 La conformité de la licence box avec les standards internationaux

4.4.3.1 La concurrence fiscale dommageable

4.4.3.1.1 L'action N 5 du projet BEPS

Comme nous l'avons vu, les travaux de l'OCDE en matière de concurrence fiscale dommageable sont désormais centrés sur le critère de l'activité substantielle. Concrétisé à la lumière des principes directeurs du projet BEPS, ce critère devrait logiquement s'attacher à éviter le divorce entre le bénéfice de l'entreprise et les activités ayant généré celui-ci. Comme nous l'avons vu, trois variantes sont actuellement à l'étude, à savoir une approche (i) exigeant que l'incitation fiscale soit directement liée aux coûts de R&D engagés (« nexus approach »), ou (ii) une approche se concentrant sur la création de valeur et exigeant que l'entité privilégiée exerce des fonctions de développement significatives et enfin (iii) une approche axée sur les prix de transfert et les fonctions importantes

287 Rapport DFF RIE III, p. 32.

288 Message LFus, p. 4009 et p. 4034.

289 L'art. 24 al. 3^{quater} LHID, introduit par la loi sur la fusion (RO 2004 2617; FF 2000 3995) ne couvre en particulier pas cette hypothèse, voir à ce sujet OBRIST, Le concept de réalisation systématique, p. 285 ss.

290 Pour un aperçu, voir OBRIST, Le concept de réalisation systématique, p. 287 ss.

291 Sur la question de la nécessité de la base légale, voir en particulier OBRIST, Le concept de réalisation systématique, p. 123 ss.

292 OBRIST, Le concept de réalisation systématique, p. 304, qui propose la clause suivante : « Les réserves latentes nouvellement soumises au régime de l'art. (...) sont fiscalement décomptées. Le contribuable peut demander le report de l'imposition. Les réserves latentes dont l'imposition a été reportée conformément à la disposition précédente sont assujetties à l'impôt sur le bénéfice en cas de liquidation ou de transfert du siège ou de l'administration de la société à l'étranger ou de réévaluation ou d'aliénation des actifs transférés dans un délai de 5 ans ; toutefois l'impôt sur le bénéfice porte au maximum sur les réserves latentes existantes au moment de l'application nouvelle du régime privilégié et dont l'imposition n'est plus garantie ».

que l'entité devrait exercer. Selon ces variantes, en particulier les deux premières, l'octroi du régime licence box serait donc subordonné à un rattachement plus étroit de l'activité R&D à l'entité souhaitant s'en prévaloir. Aussi, cette vision des choses, dont il faut reconnaître la cohérence au regard du but poursuivi par cette incitation, soulève en particulier deux questions fondamentales qu'il appartiendra à l'OCDE de trancher. En premier lieu, la société au bénéfice d'un régime *licence box* devra-t-elle à l'avenir exercer elle-même l'activité de R&D à laquelle se rattachent les revenus concernés ou sera-t-il encore possible de confier cette activité à une autre entité et dans l'affirmative à quelles conditions ? Certes, sous l'angle des prix de transfert et des travaux en cours de l'OCDE, cette manière de procéder demeure encore possible. Cela dit, l'approche suivie par le projet de l'OCDE de juillet 2013, qui doit encore être finalisé, être examiné ce printemps, est déjà nettement plus centrée sur les fonctions importantes conduisant à la création et au développement des actifs intangibles. Ainsi, le propriétaire juridique de ces actifs ne peut prétendre à l'essentiel des revenus générés que si celui-ci : « generally perform, through its own employees, the more important functions related to the development, enhancement, maintenance and protection of that intangible (...) ». ²⁹³ Certes, en l'état actuel de ces travaux, ceci n'exclut pas que certaines de ces fonctions soient confiées à une société du groupe dans le cadre d'un contrat de recherche. Il faut toutefois pour cela que la société principale soit (i) en mesure de « contrôler » les fonctions assumées par la société de recherche à laquelle celles-ci sont contractuellement confiées ²⁹⁴ et (ii) que ces tâches ne représentent pas l'essentiel ou l'intégralité des fonctions ayant trait au développement, au maintien et à la protection des actifs immatériels. ²⁹⁵ En conséquence, le simple fait pour une entité de financer et d'assumer le risque (« funding risk ») lié au développement des actifs intangibles sans aucun

contrôle n'est pas suffisant. ²⁹⁶ Cette vision des choses est en ligne et sera peut-être même appelée à se développer encore dans le cadre de l'action N 8 du plan de l'OCDE qui prévoit qu'il convient de faire en sorte que : « les bénéfices associés au transfert et à l'utilisation de actifs incorporels soient correctement répartis en fonction de la création de valeur ». ²⁹⁷ Ces principes militent ainsi en faveur d'un rattachement plus étroit des profits liés aux actifs intangibles à l'entité déployant l'activité R&D. D'autre part, une dissociation totale entre d'une part la détention des droits immatériels et des revenus de la *licence box*, et d'autre part l'activité de R&D exercée dans un autre État est conceptuellement difficilement réconciliable avec l'exigence d'une activité substantielle dans l'État de résidence de l'entité privilégiée et les principes directeurs du projet BEPS. Ceci apparaît très clairement dans les variantes actuellement étudiées par l'OCDE, en particulier celles fondées sur la création de valeur ou les coûts R&D engagés. Il est vrai que cette tendance est susceptible d'affecter significativement les structures mises en place jusqu'ici, en particulier en Suisse. Cela dit, on doit reconnaître que, à l'intérieur d'un groupe, le principe du resserrement de l'activité R&D autour du sujet fiscal bénéficiaire de la *licence box* est cohérent. En effet, du point de vue de la politique fiscale d'un État, il paraît difficile de concevoir une mesure destinée à encourager l'activité R&D sans exiger dans le même temps qu'une part substantielle de cette activité soit rattachée à l'entité bénéficiaire de cette incitation.

La seconde question, qui s'inscrit dans le prolongement de la première, est celle de savoir dans quelle mesure le critère de l'activité substantielle serait susceptible de conduire à une remise en cause de l'application de la *licence box* aux droits immatériels préexistants ou acquis. En effet, certains États réservent également le bénéfice de leur *licence box* aux droits immatériels préexistants ou acquis. Comme nous l'avons vu, cette approche est déjà critiquée aujourd'hui par certains auteurs dès lors que ces droits ne sont pas nécessairement liés à une activité actuelle de R&D exercée par l'entité au bénéfice de la *licence box*. Or, la même question devrait logiquement se poser dans le cadre du projet BEPS dans la mesure où les droits immatériels préexistants ne sont pas rattachés à une activité substantielle existante dans l'État concerné. En revanche, cette condition nous paraît remplie en ce qui concerne les régimes contenant une condition dite

293 OCDE, projet 2013 prix de transfert des incorporels, N 80, p. 23. De ce point de vue, cette conception n'est pas très éloignée de l'approche autorisée de l'OCDE applicable à l'attribution des bénéfices aux établissements stables. Cette dernière approche est en effet centrée sur les fonctions humaines significatives (« significant people functions ») afin de déterminer la propriété économique des actifs, voir à ce sujet OCDE, Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, p. 16 ss ainsi que SASSEVILLE, in : Danon/Gutmann/Oberson/Pistone (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE*, Commentaire, N 33 ss ad art. 7.

294 OCDE, projet 2013 prix de transfert des incorporels, N 76, p. 22.

295 OCDE, projet 2013 prix de transfert des incorporels, N 80, p. 23 : « Where the legal owner outsources most or all of such important functions to other group members, the entitlement of the legal owner to retain any material portion of the return attributable to the intangibles after compensating other group members for their functions is highly doubtful ».

296 OCDE, projet 2013 prix de transfert des incorporels, N 84, p. 23 : « Bearing a funding risk, without the assumption of any further risk, and without any control over the use of the contributed funds or the conduct of the funded activity, generally would entitle the funder to a risk-adjusted rate of anticipated return on its capital invested, but not more ».

297 OCDE, Plan d'action BEPS 2013, p. 21.

de « développement » aux termes de laquelle le développement de l'actif immatériel privilégié doit être effectué (ou à tout le moins poursuivi) par l'entité bénéficiant de la *licence box*.

4.4.3.1.2 Le code de conduite

Les réflexions menées actuellement dans le cadre du code de conduite sont sensiblement identiques à celles évoquées ci-dessus. Ces réflexions débutèrent en octobre 2013 avec l'examen du régime adopté par le Royaume-Uni. La commission européenne parvint alors à la conclusion que ce régime heurtait deux des cinq critères énoncés par le code.

La critique porta ainsi sur le calcul du revenu déterminant, effectué selon une approche indirecte subsidiaire en plusieurs étapes. Selon la commission, cette approche, en ce qu'elle repose sur des déductions forfaitaires, n'est pas en ligne avec les directives de l'OCDE relatives aux prix de transfert comme le prescrit le critère N 4 du code.²⁹⁸

Cela étant, dans l'esprit de l'action N 5 du projet BEPS, c'est surtout l'analyse du critère N 3 qui mérite d'être mentionnée. Sur ce point, le groupe « *code de conduite* » releva en effet que la mise au bénéfice de cette mesure n'était pas toujours subordonnée à l'exercice d'une réelle activité au Royaume-Uni. Certes, la *licence box* anglaise incorpore une exigence de développement des actifs immatériels privilégiés. Cela dit, il fut observé que cette exigence pouvait également être satisfaite par une autre entité du groupe, dans le cadre par exemple d'un contrat de recherche. En effet, il suffit alors que l'entité profitant de la *licence box* gère activement les actifs immatériels privilégiés (« *active ownership or management requirement* »), sans pour autant toutefois que cela implique nécessairement une présence locale substantielle au Royaume-Uni. Comme le relève l'analyse de la commission à propos du critère N 3 du code de conduite : « *If the company claiming the benefits does not itself satisfy the development condition (e.g. it is satisfied by another company in the group) it can still claim the benefits if it fulfills the active ownership or management requirement. This states that the company must perform a significant*

amount of management activity in relation to the IP. However a company's decision-making processes do not necessarily require real economic activity and a substantial economic presence in the UK. This might be the case where, for example, a management decision to research alternative applications for the IP does not result in such activities being carried on in the UK or where the exploitation of the IP in question does not require substantial management input. Although the fulfillment of both the development condition and the active ownership or management requirement may involve real economic activities and a substantial economic presence in the UK, this does not always have to be the case ».²⁹⁹ Cette réflexion se poursuit actuellement avec l'examen par le groupe code de conduite de l'ensemble des régimes *licence box* européens. Le commissaire européen Algirdas Šemeta relevait d'ailleurs récemment : « *Patent Boxes are currently being examined. And as part of this work, the question of how to interpret the criteria on real economic activity has been raised. This discussion is extremely important, as it could result in solutions to the wider approach to profit allocation* ».³⁰⁰

On constate ainsi que l'approche suivie par le code de conduite est largement similaire aux réflexions menées actuellement par l'OCDE. Cette approche conduit à un resserrement de l'activité R&D autour du sujet fiscal au bénéfice de la *licence box*. Il en découle, nous l'avons dit, que la possibilité pour l'entité privilégiée de confier les fonctions liées à cette activité (par exemple à une autre société du groupe) pourrait à l'avenir être limitée (voire même remise en cause).

Cela étant, au sein des groupes internationaux, ce resserrement est à première vue susceptible d'engendrer de nouvelles restrictions territoriales. Aussi, au sein de l'Union européenne, se pose la question de la compatibilité de cette approche fondée sur le code de conduite (qui n'a qu'une force politique) avec les libertés fondamentales inscrites dans le TFUE. Selon la jurisprudence bien établie de la CJUE, dans le cadre d'une incitation en faveur de la R&D, il sied en effet de considérer que toute restriction territoriale (explicite ou implicite) est incompatible avec les libertés fondamentales. Il en va en particulier d'une législation d'un État membre qui limite le bénéfice de cette incitation aux seules activités de R&D réalisées sur le territorial national.³⁰¹ De plus, de telles restrictions comportent un double aspect. D'une

298 Room Document #2 Code of Conduct Group ad UK Patent Box : « All three stages in calculating the profits subject to the lower level of tax involve a statutory formula rather than internationally agreed principles. However the impact of this is reduced because in the first stage potential distortions are dealt with by special rules and in the third stage it is only in cases where the profits are less than £3m that a formula rather than OECD principles are used. We note also that once the measure has been fully phased in the lower rate of tax will be applied by allowing a deduction equal to 50% of the final profits. This deduction is also not in line with internationally agreed principles ».

299 Room Document #2 Code of Conduct Group ad UK Patent Box.
300 http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-117_en.htm?locale=FR.

301 Voir en particulier Arrêt du 10.3.2005, Laboratoires Fournier SA, affaire C-39/04 ; Arrêt du 13.3.2008, Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne, affaire C-248/06 ; Communication R&D 2006, 1.1.

part, une entreprise sise dans un État membre est dissuadée d'exercer son activité de R&D dans un autre État membre. D'autre part, une entreprise d'un État membre est dissuadée d'ouvrir un établissement secondaire dans un autre État membre si l'activité R&D est déployée au siège de l'entreprise ou dans un autre État membre.³⁰² Il est vrai que les affaires soumises à la CJUE concernaient des incitations en amont. Cela étant, cette jurisprudence est naturellement applicable *mutatis mutandis* aux *licence box*. Du reste, dans un avis motivé rendu en 2007 concernant le régime irlandais (régime aujourd'hui aboli), la commission européenne avait alors demandé à l'Irlande de modifier ce régime au motif que celui-ci ne visait que les redevances provenant d'un brevet d'une activité R&D menée en Irlande. La commission européenne estima que les dispositions irlandaises étaient : « *incompatibles avec la liberté d'établissement et la libre circulation des services. Ces dispositions dissuadent les sociétés et les citoyens irlandais de confier des travaux de recherche à des institutions établies ailleurs dans l'UE ou dans l'EEE, dans la mesure où les revenus des brevets résultants ne seraient pas exemptés, contrairement aux règles qui s'appliquent aux brevets nationaux. Cette législation dissuade également les entreprises et les citoyens irlandais d'établir leurs centres de recherche dans d'autres États membres, entravant ainsi leur liberté d'établissement* ». ³⁰³ À cela s'ajoute que la CJUE a régulièrement considéré que les restrictions aux incitations R&D étaient difficilement justifiables. C'est ainsi qu'une justification au titre de la nécessité de maintenir la cohérence du système³⁰⁴ ou d'effectuer des contrôles fiscaux³⁰⁵ fut notamment écartée. Bien plus, la nécessité d'établir un lien entre l'incitation fiscale et la recherche conduite sur le territoire national ne fut pas considérée comme une justification admissible. Comme l'a relevé la CJUE à plusieurs reprises, cette vision des choses est contraire à l'art. 179 TFUE. En effet, « *s'il ne peut être exclu (...) que la promotion de la recherche et du développement constitue une raison impérieuse d'intérêt général, il n'en demeure pas moins qu'elle ne saurait justifier une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, qui refuse le bénéfice d'un crédit d'impôt recherche à toute opération de recherche non effectuée dans l'État membre concerné. En effet, une telle réglementation est directement contraire à l'objectif de la politique communautaire dans le domaine de la recherche et du développement technologique, qui (...) est,*

notamment, de « renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté et de favoriser le développement de sa compétitivité internationale ». Le paragraphe 2 de ce même article précise en particulier que, à ces fins, la Communauté « *soutient [les] efforts de coopération [des entreprises], en visant tout particulièrement à permettre [à celles-ci] d'exploiter pleinement les potentialités du marché intérieur à la faveur, notamment, [...] de l'élimination des obstacles juridiques et fiscaux à cette coopération* ». ³⁰⁶

En conséquence, la question se pose de savoir si le critère de l'activité substantielle serait de nature à constituer une restriction incompatible avec les libertés fondamentales et, dans l'affirmative, à quelles conditions. À notre avis, il convient de distinguer soigneusement deux hypothèses.

La première hypothèse est celle où l'entreprise au bénéfice de la *licence box*, sise dans un État membre, déploie certes une activité substantielle de R&D mais dans un autre État membre, typiquement par le biais d'un établissement stable. Dans cette première hypothèse, les libertés fondamentales inscrites dans le TFUE déploient naturellement leur effet. Aussi, si l'octroi du régime *licence box* est subordonné à l'exercice d'une activité substantielle par l'entité bénéficiaire, au sein de l'Union européenne, l'exercice de cette activité par l'entité elle-même ne peut en revanche être soumise à aucune restriction géographique (explicite ou implicite). En conséquence, à partir du moment où l'entité déploie effectivement une activité substantielle, peu importe que celle-ci soit exercée au siège ou par l'intermédiaire d'un établissement situé dans un autre État membre.³⁰⁷ La seconde hypothèse concerne l'application du critère d'activité substantielle en présence de fonctions R&D confiées par l'entité au bénéfice de la *licence box* à une autre société du groupe. Dans cette seconde hypothèse, un traitement différencié (suivant que l'entité bénéficiant de la *licence box* est résidente d'un État membre ou non) fondé sur les libertés fondamentales ne nous paraît pas possible. En effet, si le critère de l'activité substantielle devait conduire à exiger que l'entité au bénéfice de la *licence box* exerce elle-même tout ou partie de l'activité R&D et ne puisse par

302 Arrêt du 13 mars 2008, affaire C-248/06, point 22.

303 Avis motivé de la commission européenne du 23.3.2007, IP/07/408.

304 Arrêt du 10.3.2005, Laboratoires Fournier SA, affaire C-39/04, point 21.

305 Arrêt du 10.3.2005, Laboratoires Fournier SA, affaire C-39/04, points 24 - 25.

306 Arrêt du 10.3.2005, Laboratoires Fournier SA, affaire C-39/04, points 22 - 23; Arrêt du 13 mars 2008, Commission des Communautés européennes contre Royaume d'Espagne, affaire C-248/06, point 33.

307 Dans cette première hypothèse, il conviendrait naturellement d'examiner dans quelle mesure la propriété économique des actifs intangibles (et les revenus en provenant) doit être attribuée à l'établissement stable conformément à l'approche autorisée de l'OCDE (« *significant people functions* ») et à l'art. 7 de la CDI conclue entre les deux États membres. Dans l'affirmative, le droit d'imposer ces revenus reviendrait en effet à l'État de la source.

exemple confier certaines de ces fonctions à une autre société du groupe, cette exigence devrait alors être logiquement appliquée indistinctement aux états de faits nationaux (société du groupe résidente) et internationaux (société du groupe non-résidente). Aussi, la question d'une restriction aux libertés fondamentales deviendrait alors, dans cette dernière hypothèse, selon nous sans objet. En sa qualité d'État tiers et dans cette seconde hypothèse, la Suisse doit donc être attentive à ces questions et militer dans, toute la mesure du possible, en faveur de solutions qui ne conduisent pas à une interprétation différenciée de l'exigence de l'activité substantielle, suivant que l'entreprise est résidente dans un État membre ou dans un État tiers.

4.4.3.2 Aides d'État

Si le débat concernant la compatibilité des régimes *licence box* est actuellement appréhendé sous l'angle de la concurrence fiscale dommageable, se pose également la question de savoir dans quelle mesure ces incitations sont susceptibles de constituer un avantage sélectif au regard des aides d'État. À la suite d'une décision rendue par la commission européenne en 2008, qui confirma le caractère non sélectif de cette mesure, la cause semblait entendue. Cela étant, à la suite d'un arrêt rendu par la CJUE en 2011³⁰⁸ et d'une nouvelle investigation initiée en 2013³⁰⁹ à l'encontre du régime d'imposition de Gibraltar, la conformité des régimes *licence box* à l'art. 107(1) TFUE est désormais à nouveau controversée. Il convient donc de présenter ces derniers développements et leurs possibles incidences pour la Suisse sous l'angle de l'art. 23(iii) ALE. La question est d'autant plus importante pour la Suisse dès lors, comme nous l'avons vu, l'ALE n'incorpore pas un mécanisme analogue à l'art. 107(3) TFUE permettant, exceptionnellement et à certaines conditions, de considérer l'incitation comme compatible.

4.4.3.2.1 La décision du 13.2.2008

C'est donc en 2008 que la commission européenne eut pour la première l'occasion de se prononcer sur un régime *licence box*. À la suite de cette décision, qui concernait le régime espagnol, il était permis de penser qu'une telle incitation ne constitue en principe pas un avantage prohibé au sens de l'art. 107 (1) TFUE. Dans cette affaire, la commission avait en effet écarté l'existence d'un avantage sélectif au motif notamment que la *licence box* introduite par l'Espagne était applicable à toutes les entreprises, y compris les personnes physiques exerçant

une activité lucrative indépendante.³¹⁰ De plus, le catalogue des droits immatériels privilégiés fut jugé suffisamment large et horizontal, de sorte que celui-ci : « *does not result in favouring undertakings which are in a legally or factually comparable position in the light of general policy objective pursued by the measure in question. Potentially, an indefinite number of sectors can have an interest in developing patentable inventions, designs or models, plans or secret formulas or processes as well as industrial, commercial or scientific experience* ». ³¹¹ Certes, ce catalogue était restreint aux droits de propriété intellectuelle de nature industrielle (brevets, plans, procédés secrets) et n'englobait pas par exemple les marques ou encore les logiciels. La commission estima toutefois qu'il était cohérent de limiter la *licence box* aux seuls droits immatériels dont la nature requiert par définition une activité préalable de R&D et d'innovation.³¹² Enfin, sous l'angle de la sélectivité de fait, la commission s'intéressa aux statistiques fournies par l'administration espagnole et parvint à la conclusion que la *licence box* était effectivement susceptible de bénéficier à l'ensemble des secteurs de l'économie nationale. De plus, la commission examina les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de cette mesure et considéra que : « *There is nothing in these materials sent to the Commission by the Spanish authorities that may suggest that the objective of the measure was to make it restricted de facto to a particular group or sectors of undertakings* ». ³¹³

Le raisonnement suivi par la commission dans cette affaire correspond ainsi à celui généralement adopté en ce qui concerne les incitations R&D en amont : dans la mesure où une incitation s'applique indifféremment à toutes les entreprises, celle-ci n'a pas pour effet (à tout le moins en droit) de favoriser « certaines entreprises » comme l'exige l'art. 107 (1) TFUE.³¹⁴ De plus, il convient d'observer que le régime espagnol est applicable non seulement aux personnes morales mais également (par analogie) aux contribuables exerçant une activité lucrative indépendante. Aussi, dans cette affaire, la commission n'eut pas à se prononcer sur la question d'une éventuelle sélectivité en raison de la forme juridique (i.e. *licence box* limitée uniquement aux personnes morales).³¹⁵ Cette

310 State aid N 480/2007, point 14.

311 State aid N 480/2007, point 16.

312 State aid N 480/2007, point 16.

313 State aid N 480/2007, point 18.

314 MICHEAU/DE LA BROUSSE, *Case studies of Tax issues on Selectivity: Analysis of the Patent Box Scheme*, p. 163; SCHÖN, *State Aid in the Area of Taxation*, p. 346.

315 Comme l'observe LUJA, *The concept of Sectorial Aid*, p. 116: « What if two competitors have the exact same activity but one is a legal entity and the other a natural person? Does the difference in the nature and general schemes of corporate income and personal income tax justify that a special tax treatment for royalties is restricted to the first. If so, is the differ-

308 Arrêt du 15.11.2011, Gibraltar, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P.

309 JOCE C/348/2013.

dernière question, qui n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence, est toutefois sans objet pour la Suisse. En effet, comme le préconise l'organe de pilotage, la licence box envisagée serait applicable à toutes les entreprises (personnes morales et sociétés de personnes).

4.4.3.2.2 Evolution recente

Cela étant, à la suite de l'ouverture, en octobre 2013, d'une enquête approfondie à l'encontre du nouveau régime d'imposition des entreprises de Gibraltar,³¹⁶ on peut se demander si cette manière de voir n'est pas aujourd'hui remise en cause. Ce nouveau régime, fondé sur le principe de territorialité (assujettissement lorsque les bénéficiaires sont générés ou trouvent leur source à Gibraltar), prévoyait toutefois initialement une exonération des intérêts et redevances,³¹⁷ et ceci indépendamment de leur source. Dans ses observations, et c'est là l'intérêt de l'affaire, la commission releva que le simple fait de soumettre les redevances à un régime privilégié constitue en soi déjà un avantage sélectif en droit au sens de l'art. 107(1) TFUE: « *concerning the exemption of passive income derived from royalties, the Commission notes that it favours a specific group of undertakings, namely companies that obtain revenue from intellectual property rights* ». ³¹⁸ Peu importe par conséquent, contrairement à l'approche privilégiée dans l'affaire espagnole, que le régime privilégié soit d'application générale. En l'espèce, le simple fait que la mesure constituait une dérogation aux principes ordinaires d'imposition fut au contraire jugé suffisant. Ceci posé, la commission estima au surplus que, contrairement à une exonération ayant trait aux dividendes et reposant sur la nécessité d'éliminer la double (ou multiple) imposition, celle relative aux redevances ne pouvait aucunement être justifiée par la nature du système fiscal (« *no overall logic justifying the exemption for passive (...) royalty income has been found* »).³¹⁹ Enfin, la commission estima que cette exonération était également matériellement sélective car celle-ci profitait dans les faits aux mêmes sociétés qui avaient précédemment bénéficié d'avantages prohibés et, en cela, « *re-establish the effect (...) that offshore com-*

panies exercising such activities, continue to benefit from zero taxation ». ³²⁰

La commission européenne entend désormais poursuivre cette approche et examiner, sous l'angle du critère de sélectivité de fait, l'ensemble des régimes licence box européens. Comme l'annonçait la commission européenne fin mars: « *au cours des dix dernières années, plusieurs États membres ont instauré des régimes fiscaux spéciaux pour les droits de propriété intellectuelle, destinés à stimuler l'innovation et les investissements dans les nouvelles technologies. Parmi ceux-ci, le régime dit des «patent boxes» prévoit des exemptions fiscales pour les revenus issus de brevets. En 2008, la Commission a examiné un tel régime, en vigueur en Espagne, et en a conclu que celui-ci ne constituait pas une aide (...). Entre-temps, des indications sont cependant parvenues à la Commission selon lesquelles ces régimes fiscaux spéciaux favoriseraient surtout les entreprises très mobiles, sans susciter une augmentation significative de l'activité de recherche et de développement. La Commission est donc en train de rassembler des informations afin de déterminer si ces régimes confèrent un avantage sélectif à une catégorie donnée de sociétés, en violation des règles de l'UE sur les aides d'État* ». ³²¹

À bien y réfléchir, l'évolution décrite ci-dessus n'est guère surprenante, car celle-ci s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt rendu par la CJUE le 15.11.2011 (affaire Gibraltar I) et qui, comme nous l'avons vu, donna notamment une nouvelle impulsion à la notion de sélectivité de fait. À la suite de cette affaire, plusieurs commentateurs avaient en effet prédit qu'une imposition privilégiée des redevances pouvait en soit déjà constituer un avantage sélectif,³²² en particulier lorsque cet avantage est de facto réservé aux entreprises internationales.³²³

ence in treatment proportional in light thereof. The latter is rather important as it might well have been possible to provide for some other kind of tax relief for royalties in the hand of the entrepreneur that is more suitable for a personal income tax than the method chosen for the corporate income tax. For the time, EJC comparison in Paint-Graphos remained within the limits of the corporate income tax. But the very nature of its economic substance test makes me wonder whether tax neutrality in respect of economic activities goes beyond the corporate shell ».

³¹⁶ JOCE C/348/2013.

³¹⁷ Cette dernière exonération fut abrogée à compter du 1.1.2014.

³¹⁸ JOCE C/348/2013, point 35.

³¹⁹ JOCE C/348/2013, point 46.

³²⁰ JOCE C/348/2013, point 37.

³²¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-309_fr.htm?locale=en.

³²² Comme l'observait par exemple LUJA à la suite de ce jugement: « *In light of this ruling, Member States must be very careful when deciding to either fully or partially exclude a general source of income/profit from a corporate income tax while maintaining such tax as a general tax on profits. If, for instance, interest received would be excluded from the tax base across-the-board we must now consider whether doing so would particularly benefit a certain sector of industry, despite others being able to profit from this general exemption albeit to a lesser extent. Prior to Gibraltar, we would primarily have been concerned with selectivity arising from interest being related to certain business activities (taking account of sectoral, geographical and size restrictions), to particular investments or to intra-group transactions (...). The landmark ruling concerning Gibraltar will call for a serious reconsideration of tax laws in Member States, especially when an analytical tax base is being used as part of a corporate income tax.* » (LUJA, Re)shaping Fiscal State Aid, p. 128 ss).

³²³ PISTONE, Smart Tax Competition, p. 88.

Aussi, si l'approche suivie par la commission dans le cadre de l'affaire Gibraltar II devait être confirmée et généralisée, tout régime licence box pourrait alors en soi être qualifié d'avantage sélectif au sens de l'art. 107(1) TFUE, ceci en raison du simple fait que celui-ci conduit à une imposition privilégiée par rapport aux règles ordinaires. Certes, on pourrait être tenté de soutenir que le raisonnement suivi dans les affaires Gibraltar vise uniquement des régimes exonérant des capitaux mobiles et non les licence box destinées au contraire à encourager l'activité R&D. Dans l'esprit de la jurisprudence de la CJUE, un tel argument n'est toutefois pas pertinent au stade de la justification de la mesure. En effet, comme nous l'avons vu, la poursuite d'un but extra-fiscal (en particulier l'encouragement de la R&D) ne constitue jamais un motif justificatif valable.³²⁴ Cela dit, la nécessité d'encourager l'activité R&D pourrait en revanche être prise en considération dans le cadre d'une éventuelle approbation de la mesure suivant l'art. 107(3) TFUE. Certes, en ce qui concerne la Suisse, un raisonnement analogue ne va de soi que dans le cadre de l'art. 23(iii) ALE. Cela dit, si, à la suite des travaux menés par l'OCDE et l'Union européenne, une conception uniforme et internationalement admise de la licence box devait voir le jour, il nous paraît alors que les parties pourraient convenir de déclarer celle-ci compatible avec le bon fonctionnement de l'ALE.

4.4.3.2.3 Sélectivité de fait et réalisation systématique ?

Comme nous l'avons vu, l'une des variantes envisagées par l'organe de pilotage est le décompte de réserves latentes préexistantes, au titre d'une réalisation systématique, à l'occasion de l'entrée dans la licence box des entreprises ordinairement assujetties à l'impôt. Pour les entreprises au bénéfice d'un statut fiscal privilégié, cette dernière mesure demeurerait en revanche largement neutre, leurs réserves latentes provenant déjà d'un domaine (partiellement) exonéré et pouvant être préalablement activées en neutralité au bilan fiscal (*step-up*). La question se pose donc de savoir si la combinaison de ces deux mesures pourrait être considérée comme un avantage sélectif au profit des sociétés jouissant d'un statut privilégié.

Sur le principe, un décompte systématique des réserves latentes en cas de passage d'un régime ordinaire vers un régime privilégié ne constitue à notre sens pas un avantage sélectif. Bien au contraire, dans une telle hypothèse, c'est plutôt l'absence d'un tel mécanisme qui serait sus-

ceptible de constituer un avantage sélectif. En effet, comme l'a considéré la commission récemment en relation avec la taxe de tonnage espagnol, un avantage sélectif peut également résulter de l'absence de règles visant à assurer l'imposition des réserves latentes en cas de passage du régime ordinaire à celui de la taxe de tonnage. En effet, « *compared to what would happen in the context of the general tax system, the further deferment under TT of the compensation of hidden tax liabilities (...) confers an additional selective economic advantage to those companies that switch to the TT, in comparison to those who stay within the general tax system* ». ³²⁵ Pour la Suisse, ce dernier raisonnement vient donc légitimer l'existence d'un décompte systématique en cas de passage d'un régime ordinaire vers la licence box.

Cela étant, il convient naturellement de réserver une sélectivité de fait. Comme le précise le nouveau projet de communication en consultation concernant les aides d'État : « *La sélectivité de facto peut résulter de conditions ou d'obstacles imposés par les États membres pour empêcher certaines entreprises de bénéficier de la mesure* ». ³²⁶ Aussi, il pourrait en aller ainsi si le décompte systématique (entreprises soumises à l'impôt de manière ordinaire) et le *step-up* (sociétés bénéficiant d'un statut privilégié) constituaient dans les faits des mesures destinées à limiter l'entrée dans la licence box aux seules sociétés bénéficiant d'un statut privilégié. La question d'une éventuelle sélectivité de fait nous paraît importante. En effet, si, dans le cadre de l'ALE, une entente était envisageable quant à la compatibilité du régime licence box, il conviendrait naturellement que ce régime ne soit pas sélectif de fait.

À notre avis, ce problème pourrait toutefois être évité si, comme nous le préconisons, la solution du *step-up* prenait la forme d'une clause générale et la réalisation systématique constituait uniquement un décompte sans imposition immédiate. Dans cette hypothèse, la clause d'exonération systématique constituerait en effet un principe d'application générale ne pouvant être contesté. D'autre part, un décompte systématique sans imposition immédiate serait conforme au principe de proportionnalité et ne pourrait donc être considéré comme une entrave de fait à l'entrée dans la licence box.

4.4.4 Quelle stratégie pour la Suisse en matière d'incitations R&D ?

Les travaux menés actuellement par l'OCDE et l'Union européenne, nous l'avons vu, ont l'ambition de rattacher

324 Voir notamment Arrêt du 13.2.2003, Royaume d'Espagne contre Commission des Communautés européennes, affaire C-409/00, point. 54.

325 SA.21233 C/2011 du 17.7.2013, paragr. 143.

326 Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 36.

plus étroitement les profits liés aux actifs intangibles à l'activité de R&D dont ceux-ci sont issus. Selon cette vision des choses, les incitations fiscales en faveur de la R&D, que ce soit en amont («input») ou en aval («output») demeureront admissibles (et même souhaitables), pour autant toutefois qu'elles contribuent à induire de l'activité R&D dans l'État concerné. À bien y réfléchir, cette évolution traduit une préoccupation qui est en définitive assez logique et simple à comprendre : ces incitations doivent être conçues de manière à effectivement atteindre le but qui leur est assigné. En conséquence, les régimes licence box, dont le seul but est de conférer une position compétitive dans le cadre de l'imposition des capitaux mobiles, devront être repensés dans l'esprit du critère de l'activité substantielle posé par l'action N 5 du projet BEPS.³²⁷ De plus, le principe de la répartition des bénéfices de l'entreprise en fonction de sa création de valeur (action N 8 du projet BEPS) nécessitera de resserrer davantage les fonctions R&D autour du sujet fiscal au bénéfice de la *licence box*.

À notre avis, l'évolution qui se dessine, qui privilégie (logiquement) la création de valeur à la simple détention de capitaux mobiles, est l'opportunité pour la Suisse de s'engager dans un programme cohérent de soutien à l'innovation et à l'activité R&D dans le cadre de la RIE III. Pour cela, il convient à notre sens d'opter pour une *licence box* axée sur les droits de propriété industrielle et assortie d'exigences de développement de l'activité R&D. De plus, compte tenu du critère de l'activité substantielle posé par l'OCDE, il convient à notre avis d'agir également en «amont» («input») et d'encourager les investissements et dépenses susceptibles d'induire une activité de R&D en Suisse. À cette fin, nous pensons qu'une incitation prenant la forme d'une déduction multiple («input deduction») devrait également être introduite en droit harmonisé. L'adoption d'une telle mesure se justifie d'autant plus que de nombreux États membres de l'OCDE encouragent aujourd'hui l'activité R&D par le biais d'incitations fiscales en amont. L'étude détaillée de cette dernière incitation dépasserait naturellement le champ de la présente contribution. Cela dit, on peut poser que cette déduction multiple, qui serait applicable tant aux personnes morales qu'aux revenus provenant de l'activité indépendante, constituerait une nouvelle règle correctrice en faveur du contribuable dérogeant au prin-

cipe de déterminance.³²⁸ Le droit fiscal suisse de l'entreprise incorporerait ainsi une vision globale et cohérente du soutien à l'activité R&D, ceci tant en amont et qu'en aval. D'un point de vue systématique, ce programme pourrait être concrétisé par une nouvelle base légale (note marginale : soutien à la recherche et au développement) incorporant ces deux formes d'incitations.

Certes, il est vrai que les incitations fiscales en faveur de la R&D constituent une entorse aux principes constitutionnels régissant le droit fiscal suisse, singulièrement à l'égalité de traitement et l'imposition selon la capacité contributive. Cela étant, comme nous l'avons vu, de telles incitations peuvent être justifiées afin d'encourager un but extra-fiscal d'intérêt public. Pour cela, les incitations input et output (licence box) doivent être conçues dans le respect du principe de proportionnalité et d'égalité de traitement. La dérogation aux principes constitutionnels doit donc permettre d'atteindre le but visé (règle de l'aptitude) et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire. De ce point de vue, les exigences posées par le droit constitutionnel rejoignent les standards internationaux en ce qui concerne les régimes licence box. En effet, la définition du catalogue des droits immatériels privilégiés et l'exigence d'un lien avec l'activité R&D doivent être adaptées au but poursuivi par l'incitation. Enfin, l'incitation ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, sans quoi celle-ci deviendrait alors uniquement une mesure d'imposition privilégiée des capitaux mobiles. Enfin, nous l'avons dit, l'égalité de traitement, qui doit être concrétisée en fonction du but poursuivi par l'incitation, serait assurée si celle-ci est applicable à toutes les entreprises, indépendamment de leur forme juridique (personnes morales et activité indépendante).

À notre avis, un tel programme de soutien à l'activité R&D et à l'innovation serait parfaitement conforme aux standards internationaux. De plus, il nous paraît que la Suisse et l'Union européenne pourraient convenir que ce programme d'incitations est compatible avec le bon fonctionnement de l'ALE.

4.5 Réduction du taux ordinaire de l'impôt sur le bénéfice

Le programme esquissé ci-dessus est uniquement axé sur le soutien aux activités R&D et repose ainsi sur une vision stratégique totalement différente de celle qui sous-tendait jusqu'ici les régimes fiscaux cantonaux contestés. Ce programme ne saurait donc être compris comme un simple ensemble de mesures de «remplacement» à ces statuts. En conséquence, pour les autres secteurs d'acti-

327 OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 1 (économie numérique), p. 51 : «*The work on substantial activity and its application to IP regimes, as well as other preferential regimes, is under way, and should be completed by September 2014. If any of the IP regimes under review were to be found harmful, the relevant country would be given the opportunity to abolish the regime or remove the features that create the harmful effect, as the case may be*».

328 Les articles 29 al. 1 lit. d et 63 al. 1 lit. d LIFD deviendraient alors sans objet et devraient être abrogés.

vité (notamment le commerce international), le principe d'une réduction par les cantons de leur taux ordinaire d'impôt sur le bénéfice doit naturellement être approuvé.³²⁹

En soi, cette mesure tarifaire ne pose pas de problème de conformité internationale. En premier lieu, une baisse généralisée du taux d'imposition des entreprises ne saurait être constitutive d'une aide d'État.³³⁰ En effet, l'art. 107 (1) TFUE, respectivement l'art. 23(1)(iii) ALE, ne s'intéresse qu'à la concurrence résultant de mesures prises à l'intérieur d'un même État. Aussi, comme l'a rappelé l'avocat général Darmon dans l'affaire *Slooman Neptun*,³³¹ la concurrence résultant d'un taux général d'imposition pratiqué par un État comparativement à un autre, ne saurait être appréhendée sous l'angle de l'aide d'État.³³²

Cela étant, cette mesure doit à notre sens être coordonnée avec l'évolution des règles CFC. De ce point de vue, nous l'avons dit, la Suisse doit veiller, dans toute la mesure du possible, à ce que les travaux en cours de l'OCDE ne conduisent pas à un durcissement différencié des règles CFC suivant que celles-ci sont appliquées aux États tiers ou à l'intérieur de l'Union européenne.³³³

Enfin, il sied de le rappeler, la mise en œuvre de la RIE III soulève également la question de l'autonomie des cantons, singulièrement financière, sous l'angle du critère de sélectivité régionale (aides d'État). Certes, le modèle suisse, au sein duquel les cantons jouissent d'une autonomie tarifaire,³³⁴ correspond à une « décentralisation symétrique » des compétences fiscales³³⁵ au sens de la jurisprudence de la CJUE. Partant, un taux d'imposition

cantonal sur le bénéficiaire, même bas, ne saurait donner lieu à une sélectivité régionale. Cela dit, l'absence de sélectivité régionale suppose également que les cantons disposent d'une autonomie financière.³³⁶ Cette question, dont l'étude détaillée dépasse le cadre de la présente contribution, doit donc être gardée à l'esprit dans le cadre de la mise en œuvre de la RIE III.³³⁷

5 Conclusions et synthèse

À la suite du lancement du projet BEPS lancé par l'OCDE, la fiscalité internationale des entreprises est actuellement en pleine ébullition. Si l'approche suivie par ce projet est globale et « holistique », celui-ci est guidé par des principes directeurs identiques : il s'agit de rétablir la cohérence des systèmes fiscaux et, fondamentalement, d'éviter le divorce entre le bénéficiaire et la création de valeur par l'entreprise. Parallèlement, nous l'avons vu, une réflexion similaire est menée par l'Union européenne, dans l'esprit du projet BEPS mais également avec une dimension propre, notamment dans le domaine des aides d'État. De plus, la conformité du projet BEPS avec les règles du marché intérieur, singulièrement les libertés fondamentales, est également à l'étude.

Ces développements doivent naturellement être pris en compte dans le cadre de l'élaboration des mesures de la RIE III dont l'ouverture de la consultation est prévue durant l'été (5.1). De plus, il est également à prévoir que certaines règles du droit fiscal suisse de l'entreprise devront être retouchées (5.2)

5.1 Incidences sur la RIE III

En ce qui concerne les incidences sur la RIE III, nos conclusions sont fondamentalement les suivantes :

a. Dans le cadre de la conception et de la mise en œuvre d'une licence box, la Suisse doit également prendre en compte l'évolution récente de la notion de sélectivité au sens des règles sur les aides d'État. En effet, l'affaire *Gibraltar*, jugée par la CJUE en 2011, vint renforcer le critère de sélectivité *de facto*. Il en découle fondamentalement deux conséquences. *Primo*,

329 Voir à ce sujet Rapport DFF RIE III, p. 40 ss.

330 Arrêt du 15.11.2011, *Gibraltar*, affaires jointes C-106/09 et C-107/09 P, point 71 ; *PISTONE*, *SmartTax Competition*, p. 87.

331 Arrêt du 17 mars 1993, *Slooman Neptun*, affaires jointes C-71/91 et C-72/91.

332 Conclusions point 62.

333 Relevons d'ailleurs que cette approche différenciée se retrouve déjà dans le projet de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS). En l'occurrence, ce projet prévoit, à son art. 82, une règle CFC dont l'application suppose uniquement que la filiale sise dans un État tiers (i) dispose d'au moins 30% de revenus passifs (y compris des redevances), (ii) soit soumise à un impôt sur le bénéfice inférieur à 40% du taux européen moyen ou (iii) bénéficie d'un régime spécial permettant un niveau d'imposition nettement plus bas que le régime général (Commission européenne, Proposition de directive du 16.3.2011). La résolution législative du Parlement européen du 19 avril 2012 propose même de porter le seuil de 40 % à 70 % (Résolution législative du Parlement européen du 19 avril 2012 sur la proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) (COM(2011)0121 – C7-0092/2011 – 2011/0058(CNS))).

334 Art. 129 al. 2 Cst.

335 Arrêt du 6.9.2006, C-88/03 (*Azores*), point 64; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 41.

336 Arrêt du 6.9.2006, C-88/03 (*Azores*), point 64; Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014, p. 41. Il est vrai que les cas jugés par la CJUE concernaient jusqu'ici des situations de compétences dites « asymétriques ». Cela dit, il n'existe aucune raison de ne pas appliquer le critère de l'autonomie financière dans le cadre de systèmes « symétriques ». Voir en ce sens PEETERS, *The Repartition of Tax Powers in Federal States*, p. 132. Voir aussi SCHÖN, *State Aid in the Area of Taxation*, p. 330 ss.

337 Voir à ce sujet et dans le même sens MATTEOTTI/ROTH, *Die Unternehmenssteuerreform III*, p. 726 ss.

comme nous l'avons déjà relevé ailleurs,³³⁸ *indépendamment des exigences de substance*, un régime licence box peut être considéré comme sélectif si, *dans les faits*, celui-ci ne profite qu'aux entreprises internationales et ne vise qu'à conférer une position compétitive en matière d'imposition des capitaux mobiles. *Secundo*, et la question est particulièrement importante pour la Suisse, la jurisprudence Gibraltar permet à la commission de considérer un régime fiscal formellement général comme sélectif si, dans les faits, celui-ci a pour effet de perpétuer les avantages précédemment conférés par un régime prohibé. Cette tendance se confirme aujourd'hui et la commission européenne rappelait du reste fin mars que : « (...) *plusieurs États membres ont instauré des régimes fiscaux spéciaux pour les droits de propriété intellectuelle, destinés à stimuler l'innovation et les investissements dans les nouvelles technologies. Parmi ceux-ci, le régime dit des «patent boxes» prévoit des exemptions fiscales pour les revenus issus de brevets. En 2008, la Commission a examiné un tel régime, en vigueur en Espagne, et en a conclu que celui-ci ne constituait pas une aide (...). Entre-temps, des indications sont cependant parvenues à la Commission selon lesquelles ces régimes fiscaux spéciaux favoriseraient surtout les entreprises très mobiles, sans susciter une augmentation significative de l'activité de recherche et de développement. La Commission est donc en train de rassembler des informations afin de déterminer si ces régimes confèrent un avantage sélectif à une catégorie donnée de sociétés, en violation des règles de l'UE sur les aides d'État* ». ³³⁹ Cette évolution confirme ainsi qu'il ne faut faire une lecture trop littérale de la décision rendue par la commission européenne le 13 février 2008 en ce qui concerne la licence box espagnole. Du reste, dans cette affaire, la commission européenne se pencha déjà sur une éventuelle sélectivité de fait de la mesure (i) en examinant les travaux préparatoires entourant celle-ci et (ii) en s'intéressant aux statistiques fournies par l'administration espagnole.

Au vu de cette évolution, il est donc fondamental que la licence box proposée dans le cadre de la RIE III ne constitue pas une simple mesure technique de «remplacement» aux statuts fiscaux cantonaux privilégiés. Cette mesure doit au contraire être porteuse d'une nouvelle vision stratégique. De plus, les règles régissant l'entrée dans la licence box (en particulier le décompte systématique des réserves latentes pour

les entreprises assujetties à l'impôt de manière ordinaire) doivent être élaborées conformément au principe de proportionnalité afin de ne pas limiter, dans les faits, l'entrée dans la licence box aux seules sociétés bénéficiant aujourd'hui d'un statut privilégié. Cet écueil peut être évité si, comme nous le préconisons, la Suisse opte pour un programme cohérent de soutien à l'innovation.

En second lieu, il sied naturellement de prendre en compte les travaux de l'OCDE dans le cadre du projet BEPS. Ces travaux, qu'ils concernent la concurrence fiscale dommageable ou les prix de transfert, poursuivent fondamentalement un même objectif: le resserrement des fonctions R&D autour de l'entité bénéficiant d'un régime privilégié afin de s'assurer que celle-ci soit conçue de manière à atteindre son objectif. Sous l'angle de la concurrence fiscale dommageable, trois variantes sont actuellement à l'étude afin de concrétiser le critère de l'activité substantielle (action N 5), à savoir une approche (i) exigeant que l'incitation fiscale soit directement liée aux coûts de R&D engagés («nexus approach»), ou (ii) se concentrant sur la création de valeur et exigeant que l'entité privilégiée exerce des fonctions de développement significatives et enfin (iii) un raisonnement axé sur les prix de transfert et les fonctions importantes que l'entité devrait exercer. Dans le même esprit, en matière de prix de transfert, l'action N 8 du plan d'action BEPS, dont les résultats sont attendus en septembre, s'attache à faire en sorte que les bénéfices associés au transfert et à l'utilisation de actifs incorporels soient correctement répartis en fonction de la création de valeur.

À notre sens, ces développements militent en faveur de l'adoption par la Suisse d'un programme cohérent d'incitations à la R&D et à l'innovation. La licence box envisagée doit donc se concentrer sur les droits de propriété industrielle et être assortie de conditions de développement. Dans cet esprit, ce programme, axé sur la création de valeur en Suisse, devrait être complété par des incitations en amont afin de favoriser le lien entre les investissements R&D et la Suisse. Comme nous l'avons vu, cette vision des choses s'accorde au surplus avec le droit constitutionnel.

- b. Dans cette perspective, le principe d'une baisse générale de leur taux d'imposition par les cantons est naturellement nécessaire en ce qui concerne les autres secteurs d'activité.
- c. Dans le cadre de la RIE III, la question de l'activation de réserves latentes au bilan fiscal, à la suite par exemple de la suppression des statuts fiscaux cantonaux

338 DANON. Introducing an EU Compliant Patent Box Regime in Swiss Tax Law, p. 271.

339 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-309_fr.htm?locale=en.

naux ou en cas d'immigration en Suisse, est également discutée. À notre avis, cette question doit être appréhendée de manière générale et sous l'angle d'une « modernisation » de l'assiette harmonisée de l'impôt sur le bénéficiaire. Nous proposons à cet égard d'ancrer dans la LIFD et la LHID le principe de « l'exonération systématique » (step-up) des réserves latentes migrant d'un domaine exonéré (ou exempté) vers l'assujettissement ordinaire selon principe de détermination. Selon nous, trois raisons essentielles militent en faveur de cette solution. En premier lieu, l'adoption d'une telle clause, qui serait applicable tant aux personnes morales qu'aux entreprises de personnes, est conforme au principe d'égalité de traitement. Deuxièmement et la question est d'importance, dans la logique des aides d'État, le modèle du step-up représente un avantage dérogatoire par rapport au cadre de référence qui est en l'espèce celui de la perception de l'impôt sur le bénéficiaire conformément au principe de détermination. Aussi, afin de pouvoir être néanmoins justifiée par la nature du système (comme le prévoit la jurisprudence et la pratique de la commission européenne), il est fondamental que cette mesure soit appliquée de manière identique à toutes les situations relevant de l'objectif concerné. Finalement, un tel principe général ne peut à notre sens être fondé sur la jurisprudence du Tribunal fédéral de sorte qu'une base légale est nécessaire. À la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 12 mars 2012, tout au plus peut-on considérer, sous l'angle de l'arbitraire, que, en ce qui concerne les statuts cantonaux de sociétés holding et auxiliaires, les cantons sont libres d'exonérer (solution du step-up) ou non les réserves latentes créées durant le statut de société holding ou auxiliaire, pour autant que le traitement réservé aux pertes demeure symétrique (non-déductibilité en cas d'exonération, respectivement déductibilité en l'absence de step-up). Cela dit, cet arrêt ne permet pas de fonder une application générale de ce principe comme l'exigent les standards internationaux. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la LIFD et de la LHID, la jurisprudence de la Haute Cour dans laquelle celle-ci dispose d'un plein pouvoir d'examen est marquée par une conception formaliste du principe de détermination. Selon cette conception, qui nous paraît erronée mais dont il convient de prendre acte, les réserves latentes sont dans la règle imposables à l'occasion de leur réalisation, même si celles-ci proviennent historiquement d'un domaine exonéré. L'organe de pilotage en convient d'ailleurs implicitement en recommandant l'adoption d'une base légale expresse en ce qui concerne les cas d'immigration. En conséquence, dès lors qu'une base légale est de toute manière néces-

saire pour les cas d'immigration, nous pensons que la solution la plus cohérente serait d'adopter une clause générale couvrant l'ensemble des états de faits impliquant un transfert de réserves latentes exonérées (ou exemptées) vers le domaine de l'assujettissement ordinaire à l'impôt selon le principe de détermination. Ce faisant, le législateur consacrerait ainsi une dérogation cohérente et uniforme au principe de détermination, à notre sens parfaitement justifiable au regard des standards internationaux (notamment les aides d'État).

- d. Une question importante à laquelle la Suisse doit demeurer attentive est celle, naturellement défendue par certains États européens, d'une concrétisation moins restrictive du projet BEPS au sein du marché intérieur, ceci en raison notamment des libertés fondamentales. Dans sa prise de position relative au projet BEPS, le Royaume-Uni relève par exemple, dans le contexte de la concurrence fiscale dommageable, que : « *any approach to this issue has to take account of existing international law. When the EU exercises its competence in the area of taxation, it must act in accordance with the general principles of EU law and fundamental rights as set out in the Treaties. This is important as a majority of members of the OECD are EU countries* ». ³⁴⁰ Il ne fait nul doute que les libertés fondamentales déploient leur effet au sein du marché intérieur. Aussi, en ce qui concerne par exemple la concurrence fiscale dommageable, à partir du moment où une entité sise dans un État membre déploie effectivement une activité substantielle, peu importe alors que cette activité soit exercée au siège ou par l'intermédiaire d'un établissement situé dans un autre État membre. En revanche, comme nous l'avons relevé, les libertés fondamentales ne sauraient à notre sens justifier une répartition différente des fonctions R&D au sein du groupe suivant que l'entité au bénéfice de licence box est ou non résidente de l'Union européenne. En tout état de cause, en sa qualité d'État tiers, la Suisse doit être attentive à ces questions et, dans le cadre des travaux de l'OCDE, militer, dans toute la mesure du possible, en faveur de solutions qui ne conduisent pas à une interprétation différenciée du projet BEPS suivant que celui-ci est concrétisé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union européenne.
- e. Reste enfin la question des CFC et leur durcissement suivant l'action N 3 du plan BEPS. La Suisse a ici

³⁴⁰ UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting, p. 27.

tout avantage a militer en faveur de « seuils communs » dans le cadre de l'application de ces règles. Une clause d'exclusion pourrait par exemple être prévue en ce qui concerne les redevances faiblement imposées en raison d'un régime patent box mais se rattachant à une activité substantielle de R&D dans l'État de résidence. À raison, l'OCDE envisage du reste déjà une telle clause d'exclusion dans le contexte de l'économie numérique. Cette vision des choses est selon nous justifiée par la convergence désormais accrue existant le critère de l'activité substantielle dans le domaine de la concurrence fiscale dommageable et les principes sous-tendant l'application des règles CFC (absence d'activité substantielle et/ou de rattachement avec l'État où est sise la filiale).

5.2 Autres incidence sur le droit positif suisse

À la suite de ces travaux menés par l'OCDE, il est permis de penser que certaines règles du droit fiscal suisse de l'entreprise devront être retouchées. Ces retouches concernent en particulier les domaines où le législateur institue des exemptions inconditionnelles en raison du principe de territorialité. Certes, le principe de neutralité à l'importation des capitaux ne peut être remis en cause dans son principe. Cela dit, les travaux de l'OCDE et de l'Union européenne viennent souligner la nécessité de corriger les effets du principe de territorialité en présence de revenus passifs non (ou faiblement imposés) et dont le rattachement avec l'autre État est faible.

En ce qui concerne en revanche la double non-imposition consécutive à une absence de coordination dans le domaine du droit conventionnel ou du droit interne, la Suisse n'est en revanche pas trop mal positionnée. En effet, la Suisse a toujours été favorable au principe de la coordination afin d'éviter la double non-imposition internationale. Ainsi, la Suisse fait partie des États qui ont toujours soutenu les recommandations concernant l'application des CDI aux entités hybrides et que l'OCDE souhaite aujourd'hui codifier dans le MC OCDE. D'autre part, comme nous nous l'avons vu, le principe des « linking rules » que l'OCDE défend aujourd'hui se retrouve déjà partiellement en droit positif (art. 70 al. 2 lit. b LIFD). Aussi, il nous paraît que la mise en œuvre des recommandations de l'OCDE relative à l'action N 2 du plan BEPS, qui expriment ce soucis de coordination, s'inscrit dans la suite logique de la position défendue jusqu'ici par la Suisse.

Bibliographie

- AFAKIR JAMAL/DUKMEDJIAN PIERRE-RÉGIS/GASTON-BRAUD OLIVIER, The taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport luxembourgeois, in: Cahiers de droit fiscal international, Volume 98a, 2013, p. 461 (cité: AFAKIR/DUKMEDJIAN/GASTON-BRAUD, taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport luxembourgeois)
- AUJEAN MICHEL, Fighting Tax Fraud and Evasion: In Search of a Tax Strategy ?, in: EC Tax Review 2013, p. 64
- AULT HUGH, Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles, in: Tax Notes International 2013, p. 1195 (cité: AULT, Some Reflections)
- BAL ALEKSANDRA, Competition for Research & Development Tax Incentives in the European Union – How an Optimal Research and Development System Should Be Designed, in: Bulletin for international Taxation 2012, p. 573
- BAMMENS NIELS, The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law, Doctoral Series (IBFD), Amsterdam 2013 (cité: BAMMENS, The Principle of Non-discrimination)
- BÄRSCH SVEN-ERIC/SPENDEL CHRISTOPH, Hybrid mismatch arrangements: OECD Recommendations and German practice, in: Bulletin for International Taxation 2013, p. 520 (cité: Bärsch/Spengel, Hybrid mismatch arrangements)
- BAUEN MARC, Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen aus steuerrechtlicher Sicht, thèse Zurich 1998 (cité: BAUEN, Aufwertung)
- BENZ ROLF, Handelsrechtliche und steuerrechtliche Grundsätze ordnungsmässiger Bilanzierung, thèse Zurich 2000 (cité: BENZ, Handelsrechtliche und steuerrechtliche Grundsätze)
- BJORNHOLM NIKOLAY, Regime on Danish Interest Deductions, in: Otto Marres/Dennis Weber (ed.), Tax Treatment of Interest for Corporations, Amsterdam 2012, p. 125
- BOTERMAN MARJOLEIN/VAN DER GULIK BART, The taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport national néerlandais, in: Cahiers de droit fiscal international, Volume 98a, 2013, p. 501 (cité: BOTERMAN/VAN DER GULIK, taxation of foreign passive income for groups of companies, rapport national néerlandais)

- BRAUNER YARIV, BEPS: An Interim Evaluation, in: *World Tax Journal* 2014, p. 10 (cité: BRAUNER, BEPS an interim evaluation)
- BUNDGAARD JAKOB, Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments, in: *Bulletin for International Taxation* 2013, p. 200 (cité: BUNDGAARD, Coordination rules)
- BURNETT CHLOE, Intra-Group Debt at the Crossroads: Stand-Alone versus Worldwide Approach, in: *World Tax Journal* 2014, p. 40 (cité: BURNETT, Intra-Group Debt at the Crossroads)
- CASLEY ANDREW/NAISH KATY, United Kingdom, The Patent Box Regime, in: *International Transfer Pricing Journal* 2013, p. 115 (cité: CASLEY/NAISH, United Kingdom: The Patent Box Regime)
- CELEBI HUELYA, The CCCTB as a Proposed Solution to the Corporate Income Taxation Dilemma within the EU, in: *EC Tax Review* 2013, p. 289
- CRACEA ANDREI, OECD Actions To Counter Tax Evasion and Tax Avoidance: base erosion and profit shifting and the proposed action plan, aggressive tax planning based on after-tax hedging and automatic exchange of information as the new standard, in: *European Taxation* 2013, p. 565
- DANON ROBERT, in: Danielle Yersin/Yves Noël (éd.), *Impôt fédéral direct. Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct*, Bâle 2008
- Le principe de territorialité de l'impôt à l'épreuve de la planification fiscale des entreprises, in: *RDAF* 2013 II, p. 429 (cité: DANON, Le principe de territorialité de l'impôt)
 - Bénéfices «offshore» et exemption au sens de l'art. 52 al. 1 LIFD, in: *Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich*, Zurich 2014, p. 355 (cité: DANON, exemption au sens de l'art. 52 al. 1 LIFD)
 - Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, *Bulletin for International Taxation* 2014, à paraître (cité: DANON, Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, à paraître)
 - Switzerland's direct and international taxation of private express trusts. With particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation, Zurich 2004 (cité: DANON, Switzerland)
 - Introducing an EU Compliant Patent Box Regime in Swiss Tax Law, in: Daniel Sarmiento, Domingo Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois (éd.), *Litigating EU Tax Law in International, National and Non-EU National Courts*, 2014, p. 269 (cité: DANON, Introducing an EU Compliant Patent Box Regime in Swiss Tax Law)
- DANON ROBERT/GUTMANN DANIEL/OBERSON XAVIER/PISTONE PASQUALE (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Commentaire*, Bâle 2014 (cité: DANON/GUTMANN/OBERSON/PISTONE (éd.), *Modèle de Convention fiscale OCDE, Commentaire*)
- DANON ROBERT/OBRIST THIERRY (éd.), *La jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2010, Recueil de jurisprudence neuchâtelose (RJN) 2011*, p. 41 (cité: DANON/OBRIST (éd.), *jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2011*)
- *La jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2012, Recueil de jurisprudence neuchâtelose (RJN) 2013*, p. 45 (cité: DANON/OBRIST (éd.), *jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2012*)
- DIRIK KIM, Harmful Tax Competition, Six Belgian Tax Incentives under the Microscope, in: *EC Tax Review* 2013, p. 233
- EILERS STEPHAN, Earnings Stripping, in: *Tax Treatment of Interest for Corporations*, in: Otto Marres/Dennis Weber (ed.), *Tax Treatment of Interest for Corporations*, Amsterdam 2012, p. 125 (cité: EILERS, Earnings Stripping)
- EVERS LISA/MILLER HELEN/SPENGLER CHRISTOPH, Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations, in: *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, 2013 (cité: EVERS/MILLER/SPENGLER, *Intellectual Property Box Regimes*)
- EYNATTEN WIM, European R&D and IP Tax Regimes: A Comparative Study, in: *Intertax* 2008, p. 502 (cité: EYNATTEN, *European R&D and IP Tax Regimes*)
- DE GRAAF ARNAUD, International Tax Policy Needed to Counterbalance the «Excessive» Behaviour of Multinationals, in: *EC Tax Review* 2013, p. 106 (cité: DE GRAAF, *International Tax Policy*)
- FELDER MARCO, IP Box Regimes from an European, Liechtenstein and Swiss perspective, Zurich 2013 (cité: FELDER, *IP Box Regimes*)
- FELDER MARCO/HAAG ISABEL, Der Eigenkapital-Zinsabzug im Ländervergleich, *Revue fiscale* 2013, p. 858
- FUEST CLEMENS ET AL., Profit Shifting and «Aggressive» Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform, in: *World Tax Journal* 2013, p. 307 (cité: FUEST ET AL., *Profit Shifting*)

- GEHRIGER PIERRE-OLIVIER/SCHENK NOËMI, Hinder-
nisse bei der internationalen Steuerplanung, in : Der
Schweizer Treuhänder 2013, p. 762
- GENTSCH DANIEL/MATTEOTTI RENÉ/ROTH PHILIPP,
Steuerliche Innovationsförderung im Rahmen der
Unternehmenssteuerreform III, Finanz- und wirt-
schaftspolitische Gestaltungsspielräume im inter-
nationalen Vergleich, in : Der Schweizer Treuhänder
2013, p. 776
- GLAUSER PIERRE-MARIE, Corporate tax reform : Pro-
posed measures and the link with accounting law,
présentation powerpoint, Rethinking Corporate Tax
Policy, Journées d'études des 10 et 11 décembre
2013 organisées par l'Université de Lausanne (cité :
GLAUSER, Corporate tax reform, présentation UNIL
10 et 11 décembre 2013)
- Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de
déterminance dans le contexte des apports et autres
contributions de tiers, Genève etc. 2005 (cité :
GLAUSER, Apports)
 - Goodwill et acquisitions d'entreprises. Une analyse
sous l'angle du droit fiscal et comptable, in : Droit
des sociétés, Hommage à Roland Ruedin, Bâle etc.
2006, p. 421 (cité : GLAUSER, Goodwill)
 - Personne morale : qui es-tu ? Lever le doute sur le
sujet fiscal en matière d'imposition de l'entreprise,
in : Steuern und Recht – Steuerrecht! Liber amicorum
Martin Zweifel, Bâle, 2013, p. 15 (cité : GLAUSER,
Personne morale : qui es-tu ?)
- HAUSMANN RAINER/KRUMMENACHER OLIVER/ROTH
PHILIP, Lizenzbox als alternatives Steuermodell zur
gemischten Gesellschaft. Besteuerung von Lizenz-
erträgen unter Berücksichtigung internationaler und
europarechtlicher Bestimmungen, in : Der Schweizer
Treuhänder 2012, p. 87
- HELBING ANDREAS, Internationale Sitzverlegungen und
Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im
schweizerischen Gewinnsteuerrecht, thèse Zurich
2010 (cité : HELBING, Internationale Sitzverlegun-
gen)
- HELDERMAN LOEK/SPORKEN EDUARD/OKTEN REZAN,
The Revised OECD Discussion Draft on Transfer
Pricing Aspects of Intangibles, in : International
Transfer Pricing Journal 2014, p. 3 (cité : HELDER-
MAN/SPORKEN/OKTEN, Discussion Draft on Transfer
Pricing Aspects of Intangibles)
- HINNY PASCAL, Lizenzbox des Kantons Nidwalden.
Rechtliche Prüfung unter Gesichtspunkten des Ver-
fassungsgesetz- und Harmonisierungsrechts, in : IFF Forum
für Steuerrecht 2011, p. 138 (cité : HINNY, Lizenzbox
des Kantons Nidwalden)
- HOLMES KEVIN, International Tax Policy and Double Tax
Treaties, Amsterdam 2007 (cité : HOLMES, Interna-
tional Tax Policy)
- KALLOE VINOD, Corporate Tax Treatment of Interest : EU
State Aid and the EU Code of Conduct Combating
Harmful Tax Competition, in : Otto Marres/Dennis
Weber (ed.), Tax Treatment of Interest for Corpora-
tions, Amsterdam 2012, p. 169
- KUIJK FRANK, The Luxembourg IP Tax Regime, in :
Intertax 2011, p. 140 (cité : KUIJK, Luxembourg IP
Tax Regime)
- An Overview of Luxembourg's Intellectual
Property Regime, in : Tax Notes International 2013,
pp. 291 - 298 (cité : KUIJK, Luxembourg's Intellec-
tual Property Regime)
- LOCHER PETER, Kommentar zum DB, Bundesgesetz über
die direkte Bundessteuer, II. Teil Art. 49 – 101 DBG,
Therwil 2004
- LUJA RAYMOND, (Re)shaping Fiscal State Aid : Selected
Recent Cases and Their Impact, in : Intertax 2012,
p. 120 (cité : LUJA, (Re)shaping Fiscal State Aid)
- Should fiscal state aid go global ?, in : EC Tax Review
2007, p. 231 (cité : LUJA, Should fiscal state aid go
global)
 - The concept of Sectorial Aid, in : Alexander Rust/
Claire Micheau (ed.) : State Aid and Tax Law, Alphen
aan den Rijn 2012, p. 116 (cité : LUJA, The concept
of Sectorial Aid)
- MATTEOTTI RENÉ/ROTH PHILIPP, Die Unternehmens-
steuerreform III zwischen Kompetitivität und Kom-
patibilität. Enge Handlungsspielräume in einem stark
regulierten internationalen Umfeld, in : Archives 81
(2012/2013), p. 681 (cité : MATTEOTTI/ROTH, Die
Unternehmenssteuerreform III)
- MERRILL PETER ET AL., Is It Time for the United States
to Consider the Patent Box ?, in : Tax Notes 2012,
p. 1665 (cité : MERRILL ET AL. : the Patent Box)
- MICHEAU CLAIRE, Tax selectivity in State aid review :
a debatable case practice, in : EC Tax Review 2008,
p. 276 (cité : MICHEAU, Tax selectivity)
- MICHEAU CLAIRE/DE LA BROUSSE GAUTHIER, Case
studies of Tax issues on Selectivity : Analysis of the
Patent Box Scheme and the Reduced Taxation of
Foreign-Source Interest Income, in : Alexander Rust/
Claire Micheau (ed.) : State Aid and Tax Law, Alphen
aan den Rijn 2010, p. 163 (cité : MICHEAU/DE LA
BROUSSE, Case studies of Tax issues on Selectivity :
Analysis of the Patent Box Scheme)

- MONSENEGO JÉRÔME, Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market, Amsterdam 2012 (cité : MONSENEGO, Taxation of Foreign Business Income)
- The Substance requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines : What is the Substance of the Substance Requirement ?, in : International Transfer Pricing Journal 2014, p. 9 ss (cite : MONSENEGO, The Substance requirement in the OECD Transfer Pricing Guidelines)
- OBERSON XAVIER, Précis de droit fiscal international, 4^{ème} édition, Berne 2014 (cité : OBERSON, Précis de droit fiscal international)
- OBRIST THIERRY, Le concept de réalisation systématique en droit fiscal suisse, thèse Neuchâtel 2012 (cité : OBRIST, Le concept de réalisation systématique)
- OBUOFORIBO BELEMA, The technical aspects of the UK patent box rules, in : European Taxation 2013, p. 482 (cité : OBUOFORIBO, The technical aspects of the UK patent box rules)
- PEETERS BRUNO, The Repartition of Tax Powers in Federal States within the Context of the European Union, in : EC Tax Review 2012, p. 124 (cité : PEETERS, The Repartition of Tax Powers in Federal States)
- PEETERS BERNARD/HERMIE THOMAS, Notional Interest Deduction, in : Otto Marres/Dennis Weber (ed.), Tax Treatment of Interest for Corporations, Amsterdam 2012, p. 69
- PINTO CARLO, EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition : Has the Right Path Been Undertaken ? in : Intertax 1998, p. 338
- PISTONE PASQUALE, Coordinating the Action of Regional and Global Players during the Shift from Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law, in : World Tax Journal 2014, p. 3 (cité : PISTONE, Bilateralism to Multilateralism in International Tax Law)
- Smart Tax Competition and the Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions : Countering Selective Advantages Amidst Disparities, in : Intertax 2012, p. 85 (cité : PISTONE, Smart Tax Competition)
 - The Growing Importance of the Prohibition of State Aids in Tax Matters, in : Intertax 2012, p. 84
- PRENDINA DUTLER CLAUDIA, Lizenzboxen in Europa, in : IFF Forum für Steuerrecht 2013, p. 135 (cité : PRENDINA DUTLER, Lizenzboxen in Europa)
- QUIQLEY CONOR, Direct Taxation and State Aid : Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity, in : Intertax 2012, p. 112 (cité : QUIQLEY, State Aid : Recent Developments)
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Bâle 1996
- REYNEVELD JAAP/SPORKEN EDUARD, New Dutch Transfer Pricing Decree, in : International Transfer Pricing Journal 2014, à paraître (cite : REYNEVELD/SPORKEN, New Dutch Transfer Pricing Decree)
- RICHLI PAUL, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft, Archives 54 (1985/86), p. 105 (cité : RICHLI, Rechtsprobleme)
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Handkommentar zum DBG, 2^{ème} éd., Zurich 2009
- RIEDWEG PETER, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus, in : Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, Zürich 2014 (cité : RIEDWEG, Wechsel vom privilegierten zum ordentlichen Steuerstatus)
- ROSSI-MACCANICO PIERPAOLO, The specificity criterion in fiscal aid review : proposals for state aid control of direct business tax measures, in : EC Tax Review 2007, p. 90 (cité : ROSSI-MACCANICO, The specificity criterion)
- Fiscal state aid goes global, in : EC Tax Review 2007, p. 133 (cité : ROSSI-MACCANICO, Fiscal state aid goes global)
 - The Gibraltar Judgment and the Point on Selectivity in Fiscal Aids, in : EC Tax Review 2009, p. 67
 - European Commission Competence in Reviewing Direct Business Tax Measures, in : EC Tax Review 2009, p. 221
 - Prohibited selectivity of business tax measures and tax policy, in : ERA Forum 2011, p. 205 (cité : ROSSI-MACCANICO, Prohibited selectivity)
 - Fiscal Aid Review and Cross-Border Tax Distortions, in : Intertax 2012, p. 92
 - EU Review of Direct Tax Measures : Interplay between Fundamental Freedoms and State Aid Control, in : EC Tax Review 2013, p. 19
- ROTH PHILIPP, Der Steuerstreit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Die Vereinbarkeit der kantonalen Steuerprivilegien mit dem FHA im Lichte des Rechts der EU und WTO, in : Der Schweizer Treuhänder 2010, p. 721 (cité : ROTH, Der Steuerstreit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union)
- RUSSO RAFFAELE, The OECD Report on Hybrid Mismatch Arrangements, in : Bulletin for international Taxation 2013, p. 110 (cité : RUSSO, OECD report on hybrid mismatch)

- SÁNCHEZ RYDELSKI MICHAEL, Distinction between State Aid and General Tax Measures, in: *EC Tax Review* 2010, p. 149
- SHELLEKENS MARNIX, The Netherlands as an Innovation Hub: An Appraisal of the Innovation Box Regime, in: *European Taxation* 2013, p. 525
- SCHÖN WOLFGANG, State Aid in the Area of Taxation, in: Leigh Hancher/Tim Ottervanger/Piet Jan Slot (ed.): *EU State Aids*, London 2012, p. 321 (cité: SCHÖN, State Aid in the Area of Taxation)
- SELF HEATHER, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, in: *British Tax Review* 2013, p. 117 (cité: SELF, Addressing Base Erosion and Profit Shifting)
- SOONG JOHNSTON STEPHANIE/STEWART DAVID D., Germany on Patent Box Regimes: Put a Lid on It, in: *Tax Notes International* 2013, p. 395
- SPORKEN EDUARD/GOMMERS EDWIN, The Patent Box: Approved and Implemented in the Netherlands, in: *International Transfer Pricing Journal* 2007, p. 198 (cité: SPORKEN/GOMMERS: The Patent Box: Approved and Implemented in the Netherlands)
- STAUBLI ANDREAS/MARTI ARMIN/KÜTTEL REMO, Überblick über die Entwicklungen zur Unternehmenssteuerreform III, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2013, p. 754
- STAUBLI ANDREAS/KÜTTEL REMO, Notional Interest Deduction, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2013, p. 790
- SIMONEK MADELEINE, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, in: *IFF Forum für Steuerrecht* 2002, p. 3 (cité: SIMONEK, Privatisierung)
- STOCKER RAOUL, Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Abriss und mögliche Auswirkungen auf die schweizerische Steuerrechtspraxis, in: *IFF Forum für Steuerrecht* 2013, p. 302 (cité: STOCKER, BEPS)
- SZUDOCZKY R./VAN DE STREEK J.L., Revisiting the Dutch Interest Box under the EU State Aid Rules and the Code of Conduct: When a «Disparity» Is Selective and Harmful, in: *Intertax* 2010, p. 260 ss
- TERRA BEN J. M./WATTEL PETER J., *European Tax Law*, 6^{ème} édition, Alphen aan den Rijn 2012 (cité: TERRA/WATTEL, *European Tax Law*)
- TRAVERSA EDOARDO, Is There Still Room Left in EU Law for Tax Autonomy of Member States Regional and Local Authorities? in: *EC Tax Review* 2011, p. 4 (cité: TRAVERSA, Is There Still Room Left in EU Law for Tax Autonomy of Member States Regional and Local Authorities)
- VAN DEN BERGHE PIETER/KELLEY PATRICK L., New Patent Deduction in Belgium, A Powerful Incentive, in: *Bulletin for International Taxation* 2008, p. 374 (cité: Van den Berghe/Kelley, New Patent Deduction in Belgium)
- WARSON ERIC/CLAES RUTH, The Belgian Patent Income Deduction, in: *European Taxation* 2010, p. 319 (cité: WARSON/CLAES, The Belgian Patent Income Deduction)
- WARSON ERIC/FORIERS EMANUELLA, The Belgian Patent Income Deduction, in: *European Taxation* 2008, p. 70 (cité: WARSON/FORIERS, The Belgian Patent Income Deduction)
- WATTEL PETER, Forum: interaction of state aid, free movement, policy competition and abuse control in direct tax matters, in: *World Tax Journal* 2013, p. 128 (cité: WATTEL, interaction of state aid, free movement, policy competition)
- WEIDMANN MARKUS, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz. Folgen des Zuzugs bei der Gewinnsteuer, Verrechnungssteuer und den Stempelabgaben, in: *IFF Forum für Steuerrecht* 2010, p. 3 (cité: WEIDMANN, Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz)
- YERSIN DANIELLE, Les buts extra-fiscaux assignés aux impôts directs, au regard de quelques principes constitutionnels, in: *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Festschrift Francis Cagianut, Berne 1990, p. 53 (cité: YERSIN, Les buts extra-fiscaux assignés aux impôts directs)

Normes

- ALCP, Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (du 21.6.1999), RS 0.142.112.681
- ALE, Accord de libre-échange, Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne (du 22.7.1972), RS 0.632.401
- CO, LF complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (du 30.3.1911), RS 220
- Cst., Constitution fédérale de la Confédération suisse (du 18.04.1999), RS 101
- LHID, LF sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (du 14.12.1990), RS 642.12
- LIA, LF sur l'impôt anticipé (du 13.10.1965), RS 642.21

LIFD, LF sur l'impôt fédéral direct (du 14.12.1990), RS 642.11

TFUE, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), Journal officiel 2012/C 326/01

Travaux préparatoires

Message Harmonisation fiscale, Message concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral (du 25.5.1983), FF 1983 III, p. 1

Message LFus, Message concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus) (du 13.7.2000), FF 2000, p. 3995 (cité : Message LFus)

Documents officiels

Département fédéral des finances, Mesures visant à renforcer la compétitivité fiscale de la Suisse (3^e réforme de l'imposition des entreprises), Rapport de l'organe de pilotage à l'intention du DFF, 11 décembre 2013 (cité : Rapport DFF RIE III)

US Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals (cité : OBAMA, Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals)

OCDE, L'application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes, in : questions de fiscalité internationale, n. 6, Paris 1999 (cité : OCDE, sociétés de personnes 1999)

- Projet de rapport révisé sur les aspects prix de transfert des incorporels, 2013 (cité : OCDE, projet 2013 prix de transfert des incorporels) (<http://www.oecd.org/fr/ctp/prix-de-transfert/Projetderapportréviséincorporels.pdf>)
- Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables (du 22.7.2010) (cité : OCDE, Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables)
- Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial, 1998 (cité : OCDE, Concurrence fiscale dommageable 1998)
- Tax Incentives for Research and Development : Trends and issues, Paris, 2002
- Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation, 2013 (cité : OCDE, Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation)

- Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (cité : OCDE, Plan d'action BEPS 2013)
- Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2013 (cité : OCDE, l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices)
- Projet pour commentaires portant sur l'action 6 (Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales) du Plan d'action BEPS, 2014 (cité : OCDE, Projet pour commentaires portant sur l'action 6)
- Projet pour commentaires portant sur l'action 2 (Neutraliser les effets des montages hybrides, recommandations pour le droit interne) du Plan d'action BEPS, 2014 (cité : OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, recommandations pour le droit interne)
- Projet pour commentaires portant sur l'action 2 (Neutraliser les effets des montages hybrides, CDI) du Plan d'action BEPS, 2014 (cité : OCDE, Projet pour commentaires sur l'action 2, CDI)
- Secretary-General Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Sydney 2014 (cité : OCDE, Secretary-General Report to the G20)
- Dispositifs Hybrides, Questions de Politique et de Discipline Fiscales, 2012
- Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2010 (cité : OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert)
- R&D tax incentives: rational, design, evaluation, Paris, (<http://www.oecd.org/dataoecd/50/62/46586882.pdf>), 2010
- Tax Policy Reform and Economic Growth, OECD Tax Policy Studies, Paris, 2010
- The International Experiences with R&D Tax Incentives (<http://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/OECD%20SFC%20Hearing%20testimony%209%2020%2011.pdf>)

Commission européenne, Projet de communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE (cité : Projet de communication relative à la notion d'aide d'État 2014)

- Plan d'action dans le domaine des aides d'État, COM(2005) 107 final (cité : Plan d'action dans le domaine des aides d'État)
- Room Document #2 Code of Conduct Group (Business Taxation) ad UK Patent Box, 22 octobre 2013 (<http://taxnews.lexisnexis.co.uk/TaxNewsLive/Members/BreakingNewsFullText.aspx?id=4823&css=1&xml=0>) (cité : Room Document #2 Code of Conduct Group ad UK Patent Box)

- Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche et au développement, Journal officiel C 323/1 du 30.12.2006 (cité: Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche et au développement 2006)
 - Projet d'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (cité: Projet d'encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation 2014)
 - Recommandation du 6.12.2012 relative à des mesures visant à encourager les pays tiers à appliquer des normes minimales de bonne gouvernance dans le domaine fiscal, C(2012) 8805 final (cité: Commission européenne, pays tiers, normes minimales de bonne gouvernance)
 - Recommandation du 6.12.2012 relative à la planification fiscale agressive, C(2012) 8806 final (cité: Commission européenne, recommandation planification fiscale agressive)
 - Plan d'action du 6.12.2012 pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, COM(2012) 722 final (cité: Commission européenne, Plan d'action 2012)
 - Proposition de directive du 25.11.2013 du Conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, COM(2013) 814 final
 - Proposition de directive du 16.3.2011 du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), COM(2011) 121/4 (cité: Commission européenne, Proposition de directive du 16.3.2011)
 - Décision de la commission du 13.2.2007 concernant l'incompatibilité de certains régimes suisses d'imposition des sociétés avec l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse du 22 juillet 1972 (cité: Décision du 13.2.2007)
 - Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (98/C 384/03) (cité: «Communication aides d'État 1998»)
 - Communication du 22.11.2006 de la commission au Conseil, au Parlement européen et au comité économique et social européen, Vers une utilisation plus efficace des incitations fiscales en faveur de la recherche et du développement, COM(2006) 728 final (cité: Communication R&D 2006)
- Conseil de l'Union européenne, Résolution 10597/10 du 2 juin 2010 Coordination des politiques fiscales – Règles anti-abus (cité: Résolution, Coordination des politiques fiscales)
- Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (cité: Règlement n° 659/1999)
- HM Treasury, Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting (cité: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting)
- HMRC, Consultation on the Patent Box, 2011 (gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/190176/condoc_responses_patent_box.pdf.)
- The Patent Box: Technical Note and Guide to the Finance Bill 2012 clauses, 2012 (hmrc.gov.uk/budget-updates/march2012/patent-box-tech-note.pdf)

Manuels

MSA, Chambre fiduciaire (éd.), Manuel suisse d'audit 1998, vol. I - IV, Zurich 2009 (cité: MSA suivi du volume).