

Le traitement fiscal lié à l'émission de jetons d'utilité et de jetons d'investissement au moyen de la technologie « blockchain »

(Impôts directs et impôts indirects)

Frédéric Ney

Avocat

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2019

Genève, le 30 juin 2019

Table des matières

Table des matières	II
Table des abréviations	IV
Table des arrêts	X
Bibliographie	XI
Conférences et présentations.....	XIV
Documentation officielle	XIV
Introduction	1
I. Genèse, définitions et qualifications juridiques.....	2
A. Blockchain	2
1) Genèse	2
2) Définition technique.....	4
3) Qualification dans l'ordre juridique suisse	6
B. Monnaies virtuelles	7
1) Définition technique.....	7
2) Qualification dans l'ordre juridique suisse	8
C. Jetons et initial coin offerings	10
1) Définitions techniques	10
2) Qualifications dans l'ordre juridique suisse.....	13
II. Traitement fiscal de l'émission de jetons d'utilité et de jetons d'investissement	16
A. Remarques préliminaires.....	16
B. Impôt sur le revenu	17
1) Généralités	17
2) Pour l'émetteur.....	20
3) Pour l'investisseur.....	21
a) Acquisition.....	21
b) <i>Détention</i>	21
c) <i>Aliénation</i>	22
C. Impôt sur la fortune	25
1) Généralités	25
2) Pour l'émetteur.....	25
3) Pour l'investisseur.....	26

D.	Impôt sur le bénéfice.....	27
1)	Généralités	27
2)	Pour l'émetteur.....	27
3)	Pour l'investisseur.....	34
a)	<i>Acquisition</i>	34
b)	<i>Détention</i>	35
c)	<i>Aliénation</i>	38
E.	Impôt sur le capital.....	38
1)	Généralités	38
2)	Pour l'émetteur.....	39
3)	Pour l'investisseur.....	39
F.	Impôt anticipé	39
1)	Généralités	39
2)	Pour l'émetteur et l'investisseur	41
G.	TVA	43
1)	Généralités	43
2)	Projet de modification des Infos TVA	45
a)	<i>Nouvelle pratique</i>	45
b)	<i>Emission de jetons</i>	45
c)	<i>Utilisation de jetons</i>	46
d)	<i>Transfert et négoce de jetons</i>	47
H.	Droit de timbre	47
1)	Généralités	47
2)	Pour l'émetteur.....	48
3)	Pour l'investisseur.....	49
Conclusion		50

Table des abréviations

ACI-VD	Administration cantonale vaudoise des impôts
ADA	Cardano (monnaie virtuelle)
AFC	Administration fédérale des contributions
AFC-BE	Administration fiscale cantonale bernoise (= Kantonale Steuerverwaltung)
AFC-BS	Administration fiscale cantonale de Bâle-Ville (= Kantonale Steuerverwaltung)
AFC-GE	Administration fiscale cantonale de Genève
AFC-ZG	Administration fiscale cantonale de Zoug (= Kantonale Steuerverwaltung)
AFC-ZH	Administration fiscale cantonale de Zurich (= Kantonales Steueramt)
AFD	Administration fédérale des douanes
AIFD	Arrêté du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt fédéral direct
al.	alinéa(s)
AP	Avant-projet
art.	article(s)
BCH	Bitcoin cash (monnaie virtuelle)
BGS	systematische gesetzesammlungen des Kantons Zug (= recueil systématique du droit cantonal zougois)
BNS	Banque Nationale Suisse
BOAF	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BTC	Bitcoin (monnaie virtuelle)
cf.	confer
CF	Conseil fédéral

ch.	chiffre(s)
Circ.	Circulaire
consid.	considérant(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, RS 220)
CR	Commentaire romand
CSI	Conférence suisse des impôts
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFF	Département fédéral des finances
DG DERI	Direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation de l'Etat de Genève
DTL	distributed ledger technology (= registre digital décentralisé)
EBIT	Earnings Before Interest and Tax (= Bénéfice avant intérêts et impôts)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
ERC20	Ethereum Request for Comments 20
etc.	et cetera (= et le reste)
ETH	Ether (monnaie virtuelle)
FINMA	Swiss Financial Market Supervisory Authority (= Autorité Suisse de surveillance des marchés financiers)
GAFI	Groupe d'action financière
GCBF	Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
<i>Ibid.</i>	Ibidem (= au même endroit)
ICC	impôt cantonal et communal
ICO	Initial coin offering (= offre initiale de jetons)

IFA	International Fiscal Association (= Association Fiscale Internationale)
IFD	impôt fédéral direct
IOT	IOTA (monnaie virtuelle)
IT	Information technology (= technologie d'information)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (RS 955.0)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses (et le commerce des valeurs mobilières) (RS 954.1)
LD	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (RS 631.0)
LEPO	Low Exercise Price Option
LI/ZH	Steuergesetz des Kantons Zug vom 25. Mai 2000 (BGS/ZG 632.1) (= Loi cantonale zougaise du 25 mai 2000 sur les impôts)
LIA	Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21)
LIMF	Loi fédérale du 19 juin 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.1)
lit.	littera (= lettre)
L HID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LIPP/GE	Loi cantonale genevoise du 27 septembre 2009 sur l'imposition des personnes physiques (RSG D 3 08)
LIPM/GE	Loi cantonale genevoise du 23 septembre 1994 sur l'imposition des personnes morales (RSG D 3 15)
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LTC	Litecoin (monnaie virtuelle)

LTI	Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiaires (RS 957.1)
LTVA	Loi fédérale du 12 janvier 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20)
LUMMP	Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur l'unité monétaire et les moyens de paiement (RS 941.10)
M.	Monsieur
MM	Messieurs
MSA	Manuel suisse d'audit
N(-)(+)...	Année (N-1, N, N+1, N+2, etc.)
n ^{o(s)}	numéro(s)
not.	notamment
OAR	Organisme d'autorégulation
OB	Ordonnance fédérale du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OIA	Ordonnance fédérale du 19 décembre 1966 sur l'impôt anticipé (RS 642.211)
OIMF	Ordonnance fédérale du 25 novembre 2015 sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (RS 958.11)
OREF	Ordre romand des experts fiscaux diplômés
OTVA	Ordonnance fédérale du 27 novembre 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.201)
P&P	pertes et profits (compte de)
p.	page
para.	paragraphe(s)
PF 17	Projet fiscal 17
phr.	phrase
pp	pages
R&D	recherche et développement

RF	Revue fiscale (Steuer Revue) bernoise
RFFA	Réforme fiscale et financement de l'AVS
RJN	revue de jurisprudence neuchâteloise
RS	recueil systématique du droit fédéral
RSG	recueil systématique du droit cantonal genevois
s.	et suivant(e)
SA	société anonyme
Sàrl	société à responsabilité limitée
SCoop	société coopérative
SEC	société en commandite
SECA	société en commandite par actions
SICAF	société d'investissement à capital fixe
SICAV	société d'investissement à capital variable
SNC	société en nom collectif
ss	et suivant(e)s
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (= LHID)
STVW	Steuerverwaltung (= administration fiscale)
TF	Tribunal fédéral
TGE	token generating event (= évènement générateur de jetons)
TRX	Tron (monnaie virtuelle)
USD	dollars des Etats-Unis d'Amérique
v.	voir
vol.	volume
WoW	World of Warcraft (pièce d'or en tant que monnaie virtuelle)
XEM	NEM (monnaie virtuelle)

XRP	Ripple (monnaie virtuelle)
XLM	Stellar Lumens (monnaie virtuelle)
ZIK	Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht (= Centre de droit de l'information et de la communication)

Table des arrêts

Tribunal fédéral

Arrêt TF 2P.323/2003 du 7 mai 2004, (= RDAF 2004 II 293)	p. 17
Arrêt TF 2C_1151/2012 du 3 juin 2013 (= ATF 139 III 363)	p. 18
ATF 140 II 88	p. 18
ATF 120 Ia 354	p. 19
ATF 94 I 464	p. 19
Arrêt TF 2C_375/2015 (= RDAF 2016 II 88)	p. 24
Arrêt TF 2C_115/2012 et 2C_116/2012 (= RDAF 2013 II 485)	p. 24
Arrêt TF 2C_874/2010 du 12 octobre 2011 (= RDAF 2011 II 550)	p. 25
ATF 136 II 88 (= RDAF 2009 II 570)	p. 27
Arrêt TF 2C_581/2010 du 28 mars 2011	p. 31
Arrêt TF 2C_392/2009 du 23 août 2010	p. 31
ATF 103 Ib 366	p. 31
ATF 75 I 255	p. 31
Arrêt TF 2P.17/2007 du 23 août 2007	p. 31
Arrêt TF 2C_808/2017 du 29 mai 2018	p. 32 s.
ATF 107 Ib 330 (= RDAF 1996, p. 423)	p. 40

Bibliographie

AGNER Peter / JUNG Beat / STEINMANN Gotthard, Commentaire de la Loi sur l'impôt fédéral direct, Zurich 2001.

BERDOZ Denis, *in* Noël Yves / Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR LIFD-BERDOZ).

BREIER Marius / HONGLER Peter / WINZAP Maurus, Taxing Tokens – A Swiss Perspective on the Taxation of Initial Coin Offerings and Blockchain-Based Tokens, *in* Tax Notes International, vol. 89, n° 12, 19 mars 2018, p. 1159 ss.

CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit – Tome « contrôle ordinaire », Zurich 2016 (cité : MSA, contrôle ordinaire).

CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit – Tome « Tenue de la comptabilité et présentation des comptes », Zurich 2014 (cité : MSA, Présentation).

CHARDONNENS Jean-Pierre, Comptabilité générale, Hünenberg See 2016.

Chen Shiping / Wang Harry / Zhang Liang-Jie (édit.), Blockchain ICBC 2018 – First International Conference Held as Part of the Services Conference Federation, SCF 2018, Seattle 2018 (cité : ICBC 2018-AUTEUR).

DANON Robert, ad art. 20, 57 à 60, 62 à 65, 67et 68 LIFD, *in* Noël Yves / Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR LIFD-DANON).

DE FILIPPI Primavera / Reymond Michel, La Blockchain : Comment réguler sans autorité, *in* Nitot Tristan / Cercy Nina (édit.) Numérique : reprendre le contrôle, Lyon 2016.

DELAHAYE Jean-Paul, Les Blockchains, clefs d'un nouveau monde, *in* Rubrique Logique & Calcul du magazine Pour La Science, n° 449, mars 2015, p. 80 ss [<http://www.lifl.fr/~jdelahay/pls/2015/256.pdf>].

DZAMKO-LOCHER Daniel / TEUSCHER Hannes, *in* Zweifel Martin / Beusch Michael (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) – Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : Komm StHG-DZAMKO-LOCHER).

Eckert Jean-Blaise / Hinny Pascal (édit.), Droit fiscal 2019 – Recueil de textes avec renvois, index et remarques, Zurich / Bâle / Genève 2019.

GENNARI Franco, Comment saisir les bitcoins dans sa déclaration d'impôt ?, *in* La Vie Economique, article du 25 juillet 2017 [<https://dievolkswirtschaft.ch/fr/2017/07/gennari-08-09-2017fr/>].

GRETER Marco, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, Zurich 2000.

GRÜNEWALD Seraina, Währungs- und geldwäschereirechtliche Fragen bei virtuellen Währungen, *in* Weber Rolf et al. (édit.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, ZIK, vol. 61, Zurich / Bâle / Genève 2015.

HAINAUT Jean-Marie / WIDMER Anne, Commerce professionnel de titres – le flou demeure, *in* l'Expert-comptable Suisse 2005, p. 808 ss.

KOGENS Ronald / LUCHSINGER GÄHWILER Catrina, How Crypto-Tokens Qualify under Swiss Law : A Comprehensive Framework, *in* publication en ligne de l'Etude Froriep, Zurich 2017 [<https://blog.froriep.com/hubfs/CONTENT/DOWNLOADS/DOCUMENTS/Disruptive%20Technologies/FRORIEP-download-how-crypto-tokens-qualify-under-swiss-law-Kogens-Luchsinger.pdf?hsCtaTracking=b74a6e56-bb4b-41b7-9a77-e41c4fecf006%7Ca1bd92c1-da95-4817-83b6-73cee54c27de>].

HABER Stuart / STORNETTA Scott, How to Time-Stamp a Digital Document, *in* Journal of Cryptology, Etats-Unis 1991.

HÖHN Ernst / WALDBURGER Robert, Steuerrecht, Grundlagen, Grundbegriffe, vol. 1, Berne / Stuttgart / Vienne 2001.

HWANG Gwan-Hwan / CHEN Po-Han / LU Chun-Hao / CHIU Chun / LIN Hsuan-Cheng / JHENG An-Jie, InfiniteChain : A Multi-chain Architecture with Distributed Auditing of Sidechains for public blockchains, *in* Chen Shiping / Wang Harry / Zhang Liang-Jie (édit.), Blockchain ICBC 2018 – First International Conference Held as Part of the Services Conference Federation, SCF 2018, Seattle 2018, p. 47 ss (cité : ICBC 2018-HWANG ET AL.).

JUD Guido / MOOS Philipp, Steuerfragen bei Kryptowährungen und Kryptofinanzierung (ICO's), *in* Zuger Steuer Praxis, n° 67, avril 2018.

KÄNZIG Ernst, Die Eidgenössische Wehrsteuer, 2^e éd., Bâle 1982.

LAURENCE Tiana, Blockchain For Dummies, New Jersey 2017.

MCKIE Steven, Understanding the Ethereum ICO Type, publication en ligne du 15 juin 2017 [<https://medium.com/blockchannel/understanding-the-ethereum-ico-token-hype-429481278f45>]

MENEZES Alfred / VAN OORSCHOT Paul / VANSTONE Scott, Handbook of Applied Cryptography, Etats-Unis (CRC Press) 1996.

NAKAMOTO Satoshi, Bitcoin : A Peer to Peer Electronic Cash System [<https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf>].

Noël Yves / Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR LIFD-AUTEUR).

NOËL Yves, *in* Noël Yves / Aubry Girardin Florence (édit.), Commentaire romand de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CR LIFD-NOËL).

NOFER Michael / GOMBER Peter / HINZ Olivier / DIRK Schiereck, *in* Sinz Elmar (édit.), Business & Information Systems Engineering – The International Journal of Wirtschaftsinformatik, Wiesbaden 2017.

NOVELLO Pierre, Bourse – Guide de l’investisseur, 4^e éd., Genève 2014.

OBERSON Xavier, Droit fiscal suisse, 4^e éd., Bâle 2012.

OBRIST Thierry, Introduction au droit fiscal Suisse, 2^e éd., Bâle / Neuchâtel 2018 (OBRIST-Introduction).

REICH Markus, Steuerrecht, Zurich / Bâle / Genève 2012.

REICH Markus, *in* Zweifel Martin / Beusch Michael (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) – Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : Komm StHG-REICH).

RICHNER Felix / FREI Walter / KAUFMANN Stefan / MEUTER Hans Ulrich, Handkommentar zum DBG, Zurich 2016.

STETTLER Alfred / DOUSSE Vincent / DONG Minyue / DARBELLAY Yves, Maîtriser l’information comptable, vol. 1, 8^e éd., Lausanne 2017

SUN Haoli / HUA Song / ZHOU Ence / PI Bingfeng / SUN Jun / YAMASHITA Kazuhiro, Using Ethereum Blockchain in Internet of Things : A Solution for Electric Vehicle Battery Refueling, *in* Chen Shiping / Wang Harry / Zhang Liang-Jie (édit.), Blockchain ICBC 2018 – First International Conference Held as Part of the Services Conference Federation, SCF 2018, Seattle 2018, p. 3 ss (cité : ICBC 2018-SUN ET AL.).

SWAN Melany, Blockchain – Blueprint for a New Economy, Etats-Unis 2015.

TAPSCOTT Don / TAPSCOTT Alex, Blockchain Revolution : How the Technology behind Bitcoin is Changing Money, New York 2016.

TEUSCHER Hannes, *in* Zweifel Martin / Beusch Michael (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) – Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : Komm StHG-TEUSCHER).

Weber Rolf et al. (édit.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, ZIK, vol. 61, Zurich / Bâle / Genève 2015.

WEBER Rolf / IACANGELO Salvatore, Rechtsfragen bei der Übertragung von Token, *in* Jusletter IT du 24 mai 2018.

WEIDMANN Markus, *in* Zweifel Martin / Beusch Michael (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) – Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : Komm StHG-WEIDMANN).

Zweifel Martin / Beusch Michael (édit.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) – Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : Komm StHG-AUTEUR).

Conférences et présentations

DUVOISIN Eric, Petit déjeuner des PME et des start-up – ICO – Aspects fiscaux suisses, conférence donnée le 30 novembre 2018.

JORDAN Thomas, Comment la banque centrale et le secteur bancaire créent de la monnaie, résumé d'une conférence donnée le 16 janvier 2018 devant la Zürcher Volkswirtschaftliche Gesellschaft (cité : BNS-JORDAN).

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION – SWISS CHAPTER, Kryptowährungen und (digitale) Tokens – Eine Übersicht, conférence donnée le 8 février 2018 lors de l'assemblée générale extraordinaire (cité : IFA-CH, Présentation).

OBRIST Thierry, Blockchain et fiscalité : quelques réflexions sur les monnaies virtuelles, présentation du 5 février 2018 lors de la Journée de droit fiscal 2018 de Genève (OBRIST-Blockchain).

Documentation officielle

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Info TVA 14 – Impôt sur les acquisitions, applicable au 1^{er} janvier 2018 (citée : Info TVA 14).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 12 du 10 mars 2011 sur le droit de timbre de négociation (citée : Circ. AFC n° 12).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 15 du 13 octobre 2017 sur les obligations et instruments financiers dérivés en tant qu'objets de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre (citée : Circ. AFC n° 15).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 25 du 23 février 2018 sur l'imposition des placements collectifs de capitaux et de leurs investisseurs (citée : Circ. AFC n° 25).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 27 du 17 décembre 2009 concernant la réduction d’impôt sur les rendements de participations à des sociétés de capitaux et sociétés coopératives (citée : Circ. AFC n° 27).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 36 du 27 juillet 2012 sur le commerce professionnel de titres (citée : Circ. AFC n° 36).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire n° 37 du 22 juillet 2013 sur l'imposition des participations de collaborateurs (citée : Circ. AFC n° 37).

ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS, Circulaire S-02.122.1 d'avril 1999 sur les obligations (citée : Circ. AFC S-02.122.1).

CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, Informations fiscales – Imposition des personnes morales (texte intégral), septembre 2016 (cité : Info CSI – Personnes morales).

CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, Informations fiscales – Principes de la taxe sur la valeur ajoutée, janvier 2018 (cité : Info CSI – TVA).

CONSEIL D'ETAT VAUDOIS, Réponses à l'interpellation de Julien Sansonnens – Quelle politique du bitcoin pour notre canton, mai 2017, avec le n° de référence 17_INT_675 [https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/2012-2017/17_INT_675_TexteCE.pdf].

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070) (cité : Rapport CF 2014 – Monnaies virtuelles).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 18 décembre 2018 sur les bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse – Etat des lieux avec un accent sur le secteur financier (cité : Rapport CF 2018 – Blockchain).

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport explicatif du 6 septembre 2017 sur la procédure de consultation concernant le Projet fiscal 17 (PF 17) (cité : Rapport DFF – PF 17).

DG DERI, Guide du 17 octobre 2018 sur les Initial Coin Offerings (ICOs) dans le canton de Genève (cité : Guide DG DERI – ICO).

FINANZDEPARTMENT DES KANTONS BASEL-STADT, STEUERVERWALTUNG, Besteuerung von Kryptowährungen und von passivem Einkommen aus Verdiensten im Internet – Merkblatt vom 16. April 2018 (gültig ab Steuerperiod 2017) (cité : Merkblatt STVW Basel-Stadt – Kryptowährungen).

FINANZDIREKTION DES KANTONS ZUG, STEUERVERWALTUNG, Kryptowährungen (Bitcoin, Ethereum, Tokens usw.) – Merkblatt Steuern für Privatpersonen vom 30. November 2017 (cité : Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen).

FINMA, Communication n° 04/2017 sur la surveillance du 29 septembre 2017 – Traitement prudentiel des initial coin offerings (cité : Communication FINMA - ICO).

FINMA, Guide pratique du 16 février 2018 pour les questions d’assujettissement concernant les initial coin offerings (ICO) (cité : Guide FINMA – ICO).

GAFI, Report-Virtual Currencies, Key Definitions and Potential AML/CFT, (juin) 2014 (cité : Rapport GAFI 2014 – Monnaie).

GCBF, Rapport (National Risk Assessment) paru en octobre 2018 sur le risque de blanchiment d’argent et de financement du terrorisme par les crypto-assets et le crowdfunding (cité : Rapport GCBF 2018).

Introduction

« *Si vous voulez lire quelque chose d'intelligent sur le Bitcoin, lisez son code source* ».

Inconnu

« *Code is law* ».

Lawrence Lessig

Le code source du Bitcoin est certainement aussi long que l'ensemble des écrits qui s'y sont consacrés. La présente étude tente de condenser la réflexion fiscale qui est aujourd'hui portée en Suisse sur la blockchain, les monnaies virtuelles et plus précisément les levées de fonds en monnaies virtuelles contre l'émission de jetons d'utilité et d'investissement.

La blockchain est le protocole cryptographique qui forme l'essence des monnaies virtuelles. Cette structure de données chaînées s'appuie sur un réseau pair-à-pair (« peer-to-peer ») qui, par sa nature décentralisée, offre à ses utilisateurs de participer à sa propre harmonisation. La connexion directe entre les utilisateurs révoque la nécessité d'intermédiaires et d'autorités centrales. Ainsi, les monnaies virtuelles, à l'instar du Bitcoin, n'ont pas cours légal. Elles ne sont pas régulées par une banque centrale. Voilà près de dix ans que la blockchain propose de repenser les fondations de l'économie moderne.

Rapidement, l'échange facilité des monnaies virtuelles s'est jeté dans le courant du financement participatif sur l'Internet, le « crowdfunding », pour donner lieu à des levées de fonds en monnaies virtuelles (« initial coin offerings » ou « ICOs ») contre l'émission de jetons virtuels (« tokens »). Les jetons sont dits d'utilité lorsqu'ils donnent accès à un usage ou un service numérique ; ils sont dits d'investissement lorsqu'ils incorporent des valeurs patrimoniales.

Il serait empressé de répondre à la question du traitement fiscal de l'émission de tels jetons sans examiner la place qu'il convient d'accorder à l'ensemble de ces nouvelles technologies dans l'ordre juridique en général. Non moins important, le droit fiscal a pour systématique de s'accommoder des autres pans du droit qui, eux, s'accompagnent de la réalité économique, politique et sociale. Notre réflexion procédera ainsi à contre-courant.

Nous définirons d'abord les notions de blockchain, de monnaies virtuelles et de jetons dans le cadre d'ICOs (Chap. I). Nous nous inspirerons, pour ce faire, des avis des pouvoirs publics et de divers commentateurs. Cela fait, nous nous verserons dans l'analyse du traitement fiscal qu'il convient d'appliquer à l'émission de jetons d'utilité et de jetons d'investissement (Chap. II). Nous étudierons cette étape de l'ICO, d'une part, sous l'angle des impôts à charge de l'émetteur de jetons et, d'autre part, sous l'angle des impôts à charge de l'investisseur.

Nous proposerons notre avis là où ceux des autres divergent ou sont absents.

I. Genèse, définitions et qualifications juridiques

A. Blockchain

1) Genèse

Il est permis d'affirmer que le système financier actuel, analogique ou digital, pose trois incommodités¹. La première est la difficulté de tracer l'information lorsqu'une partie cède un bien à une autre par le biais d'intermédiaires. La seconde est le temps et l'énergie que les intermédiaires consacrent à la vérification des transactions qu'ils opèrent, mettant cet effort à charge des parties sous forme de commissions. La troisième est l'erreur humaine, négligente comme intentionnelle, qui peut surger à chaque stade des opérations de transfert. Ces trois incommodités dénoncent, d'une part, le rôle pesant – mais peut-être encore nécessaire – des intermédiaires dans la mécanique financière contemporaine et, d'autre part, l'intégrité vulnérable des données, surtout digitales, lorsque ces dernières sont échangées.

En 1991, le Dr. Stuart HABER et le Dr. Scott STORNETTA publièrent la première étude sur les chaînes de blocs cryptographiquement sécurisés. Le résultat de leur recherche proposa un procédé computationnel permettant de marquer (« time-stamp ») une information digitale lors de sa création et lors de chacune de ses modifications². Ainsi horodatées, ces informations digitales devaient ne plus pouvoir être falsifiées ou antidataées. Le projet incorporait le concept d'**arbre de Merkle** ou arbre de hachage (« hash »), soit une structure dans laquelle les transactions sont d'abord groupées, généralement par deux, pour générer un hachage. Puis, les hachages sont à nouveau groupés pour générer un nouveau hachage. Ce procédé se poursuit jusqu'à l'émergence du dernier hachage, unique, lequel représente la racine de l'arbre inversé³.

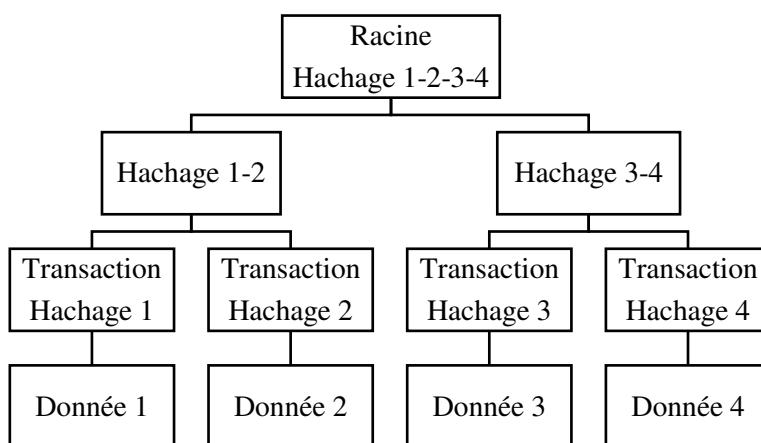


Fig. 1 : Arbre de Merkle avec une structure binaire

¹ TAPSCOTT / TAPSCOTT, Preface, p. 2 ; NOFER / GOMBER / HINZ / DIRK, p. 183.

² HABER / STORNETTA, Préface, p. 1 : « The prospect of a world in which all text, audio, picture, and video documents are in digital form on easily modifiable media raises the issue of how to certify when a document was created or last changed. The problem is to time-stamp the data, not the medium. We propose computationally practical procedures for digital time-stamping of such documents so that it is infeasible for a user either to back-date or to forward-date his document, even with the collusion of a time-stamping service. Our procedures maintain complete privacy of the documents themselves, and require no record-keeping by the time-stamping service ».

³ ICBC 2018-HWANG ET AL., p. 53

Selon le mathématicien et Professeur Jean-Paul DELAHAYE, le système de HABER et STORNETTA produisit « un très grand cahier que, librement et gratuitement, tout le monde [pouvait] lire, sur lequel chacun [pouvait] écrire, mais qui [était] impossible à effacer et indestructible »⁴. Cela étant, si leur travail a pu poser les fondements théoriques de la blockchain, il n'en a toutefois pas démontré la praticabilité. En effet, ce modèle de certification décentralisée faisait face à un obstacle difficilement surmontable à cette époque : la diffusion de masse et la consultation facilitée de la chaîne.

En 1995, pour tenter de pallier cette traverse, HABER et STORNETTA fondèrent une société nommée Surety, dans laquelle ils apportèrent une base de données numériques⁵. Chaque semaine, ils logèrent dans la rubrique « Annonces et objets trouvés » du New York Times une petite suite de caractères, incompréhensibles aux yeux du profane, qui n'était autre que l'attestation cryptographique des sceaux numériques de la base de données de Surety. En publiant ce message hebdomadaire dans un quotidien à grand tirage, HABER et STORNETTA rendaient impossible pour quiconque – y compris Surety elle-même – d'altérer ou d'antidater les données stockées. Il aurait fallu pour cela récupérer tous les exemplaires du New York Times en circulation et les remplacer par une version falsifiée. HABER et STORNETTA en restèrent là. L'aboutissement du développement de la blockchain allait procéder de la venue de l'Internet et l'apparition des réseaux pair-à-pair.

En 2009, un anonyme répondant au pseudonyme de Satoshi NAKAMOTO publia sur le site « www.bitcoin.org » un document numérique dans lequel il annonça la création d'un système informatique **pair-à-pair** (« peer-to-peer ») permettant à des parties de s'envoyer de l'argent électronique en ligne, sans s'adjoindre les services d'un intermédiaire financier⁶. Ce moment marqua la venue du Bitcoin en tant que première monnaie virtuelle fondée sur la blockchain. L'engouement du public ne tarda pas à faire gonfler les volumes des transactions. D'autres monnaies virtuelles virent le jour par la suite. Nous y reviendrons.

Pour l'histoire, cela n'a pas freiné l'élan de Surety qui, à ce jour, continue de publier chaque semaine la nouvelle itération de sa blockchain primitive.



Fig. 2 : Notice de Surety dans le New York Times du 27 mars 2016

⁴ DELAHAYE, p. 80.

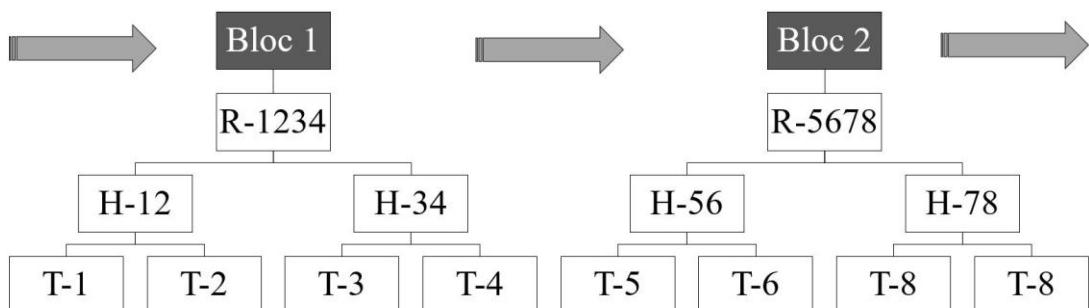
⁵ Voir le site Internet de Surety : <http://www.surety.com/what-we-do/advantages-of-using-absoluteproof>.

⁶ NAKAMOTO, p. 1 : « A purely peer-to-peer version of electronic cash would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution ».

2) Définition technique

La blockchain émane de la **cryptographie informatique**. Il s'agit de la discipline qui s'emploie à assurer l'inviolabilité de données digitales grâce à des techniques de mathématique avancée⁷. Il est admis que la cryptographie poursuit quatre objectifs : la confidentialité de l'information, l'intégrité des données, l'authentification des données et l'authentification des parties en présence⁸.

Formellement, une blockchain est un **registre digital décentralisé** (« distributed ledger technology » ou « DLT ») sur lequel sont inscrites, par blocs d'informations disposées en arbres de Merkle, toutes les transactions de données passées entre les utilisateurs du système⁹. La chaîne s'agrandit de façon linéaire et dans un ordre chronologique, au fur et à mesure que de nouveaux blocs s'y accolent. Chaque bloc enregistre la valeur de hachage du bloc précédent¹⁰. Un bloc est donc, pour ainsi dire, chargé de son histoire et de celle du précédent¹¹.



Où R = racine (« root ») d'un arbre de Merkle
H = hachage
T = transaction

Fig. 3 : Chaîne de blocs de transactions

Le réseau est participatif en ce sens que les personnes, ou plutôt les appareils, qui s'y connectent peuvent non seulement proposer mais aussi valider des transactions. La constitution de blocs d'informations est assurée par des **mineurs** (« minors ») dont la tâche est de valider les codes cryptés des transactions. Les mineurs reçoivent en temps réels la notification des transactions ordonnées par les utilisateurs du réseau. Ces transactions sont alors en attente. Puis, ils vérifient si les signatures électroniques apposées par les émetteurs de la transaction sont valides. Ils s'assurent ensuite que les émetteurs soient bien en possession des données à transférer. Une fois les transactions validées, les mineurs les disposent en arbre de Merkle et assignent la racine de l'arbre à un bloc, le tout sous cryptage.

⁷ Définition inspirée de celle figurant au dictionnaire en ligne Larousse pour la langue française : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cryptographie/20864?q=cryptographie#20742> [consultation le 28 juin 2019].

⁸ MENEZES / VAN OORSCHOT / VANSTONE, para. 1.1.

⁹ NAKAMOTO, p. 7 ; ICBC 2018-SUN ET AL., p. 3 s.

¹⁰ NAKAMOTO, p. 2 : « The timestamp proves that the data must have existed at the time, obviously, in order to get into the hash. Each timestamp includes the previous timestamp in its hash, forming a chain, with each additional timestamp reinforcing the ones before it ».

¹¹ NAKAMOTO, p. 4.

On peut ainsi dire que le réseau formé par une blockchain fonctionne sur la base du **consensualisme**¹². Chaque participant, appelé techniquement un nœud (« node »), dispose des mêmes prérogatives : proposer ses propres transactions ou valider celles des autres.

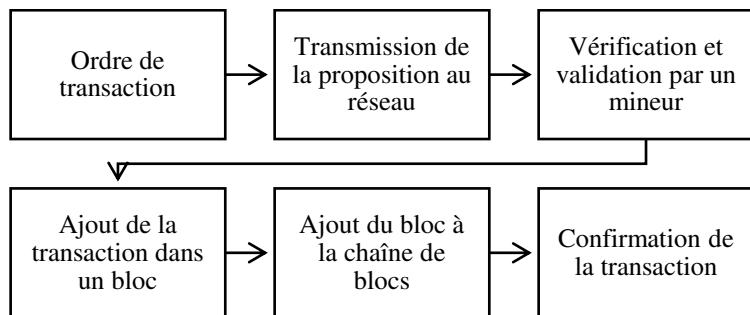


Fig. 4 : Processus consensuel d'une transaction inscrite dans une blockchain

En outre, l'activité de minage (« mining ») présente un attrait financier. Pour chaque bloc intégré dans la chaîne, les mineurs sont rémunérés, principalement en monnaies virtuelles. Le système est toutefois compétitif car les mineurs sont plusieurs à traiter les mêmes transactions et seul le premier d'entre eux qui achève l'intégration du bloc dans la chaîne perçoit la rémunération. Factuellement, le minage peut être entrepris par tout ordinateur disposant d'une puissance de calcul algorithmique suffisante. Nous pourrions théoriquement tous le faire chez nous, mais le rendement en serait faible. C'est ce qui a provoqué l'apparition de véritables usines de minage, entièrement affectées à cette activité. Nous n'aborderons pas ici l'écueil que ces usines forment pour l'écologie.

Revenons à l'ensemble des participants du système. Leur fonction opérative se complète d'une fonction consultative. L'état de la chaîne de blocs est continuellement communiqué aux nœuds du réseau (« distribution »). Cela concrétise l'objectif que poursuivaient HABER et STORNETTA, à savoir la préservation de l'intégrité de l'information au moyen de la **publication** de masse.

Le système étant décrit, il est permis de penser que la blockchain est une solution, sinon un palliatif, aux trois incommodités évoquées en début de chapitre concernant le système financier actuel. Cette assertion s'appuie sur trois constats.

Le premier est que la blockchain **révoque la nécessité d'intermédiaires** financiers. En effet, elle fonctionne comme un réseau décentralisé qui relie les utilisateurs les uns aux autres. Ce réseau n'est ni possédé ni contrôlé par une autorité centrale¹³.

Le deuxième constat est que la blockchain est **transparente**, du fait qu'elle est consultable par tous les participants au réseau. L'anonymat de ces derniers n'en est pas pour autant contrarié, du moins de prime abord. En effet, seules les empreintes cryptées des données sont consultables. Encore faut-il pouvoir les décoder. La question de savoir à qui revient la compétence de décoder ne sera pas abordée dans le présent exposé, quoiqu'elle suscite assurément l'interrogation, sinon la méfiance, des experts en protection des données.

¹² NAKAMOTO, p. 8 ; LAURENCE, p. 12.

¹³ DE FILIPPI / REYMOND, p. 85.

Le troisième constat est que la blockchain est **immutable**. Non seulement est-elle transparente, mais elle est également distribuée de sorte que la trace de son existence est reproduite en autant de copies qu'il existe de participants au réseau. Pour la modifier ou la supprimer, avec effet universel, il faudrait prendre contrôle de tous les appareils du monde qui y sont connectés.

Ceci posé, il nous faut encore préciser que l'utilité de la blockchain est diverse ; elle ne s'arrête pas à son émergence la plus connue, le Bitcoin. On parle aujourd'hui de trois niveaux sur lesquels la blockchain peut rendre service en tant que support technologique¹⁴ :

- **Blockchain 1.0** : monnaies virtuelles ;
- **Blockchain 2.0** : contrats intelligents (« smart contracts ») voués à s'exécuter automatiquement ; et
- **Blockchain 3.0** : applications de gestion dans des domaines tels que la santé, la recherche scientifique, etc.

La blockchain a servi initialement de support pour les monnaies virtuelles. Comme nous allons le voir, les jetons, objets centraux de la présente étude, appartiennent, eux, à la seconde catégorie.

3) Qualification dans l'ordre juridique suisse

Dans son rapport du 14 décembre 2018 intitulé « Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain », le Conseil fédéral dresse l'état du cadre juridique proposé, du moins actuellement, pour recevoir les phénomènes émanant de technologies du type de la blockchain.

Si le rapport commence par définir la blockchain en reprenant, de manière identique mais plus détaillée, les éléments que nous avons présentés ci-dessus, il ne s'y attarde toutefois pas¹⁵. En effet, ce sont les biens formés sur la base d'une blockchain qui suscitent des questions délicates de qualification juridique, et non la blockchain elle-même en tant que technologie de support. Dès que ces biens incorporent une valeur sur un marché, il y a lieu d'en circonscrire les caractéristiques juridiques. C'est donc en toute logique que le Conseil fédéral centre sa réflexion autour du Bitcoin, des ICOs et des jetons.

Mais revenons un cours instant à la blockchain. Elle est en soi, nous semble-t-il, aisément qualifiable en droit. Il s'agit le plus souvent d'une technologie résultant d'une activité de recherche et de développement (« R&D »). La blockchain forme un actif auquel on associe d'abord des coûts puis, une fois achevé, des produits et des amortissements. La qualification juridique des biens immatériels, à l'instar des droits de propriété intellectuelle sur des logiciels, est un procédé déjà connu que nous n'aborderons pas.

¹⁴ Classification proposée notamment par SWAN, Préface, p. 9.

¹⁵ Rapport CF – Blockchain, ch. 2, p. 18 ss.

B. Monnaies virtuelles

1) Définition technique

Dans un rapport paru en 2014, le Conseil fédéral définissait la monnaie virtuelle comme « une représentation numérique d'une valeur, négociable sur Internet et remplissant les fonctions de la monnaie »¹⁶.

Nous l'avons vu, les monnaies virtuelles sont constituées sur la base de blockchains. Tous les échanges sont formalisés dans une comptabilité commune entre les participants au réseau. Les transactions sont proposées et validées par ces mêmes participants et sont intégrées dans la chaîne de blocs.

Les monnaies virtuelles peuvent être catégorisées selon les caractéristiques suivantes¹⁷ :

- Les monnaies virtuelles convertibles et non convertibles ; et
- Les monnaies virtuelles centralisées et décentralisées.

Les monnaies virtuelles **convertibles** peuvent être échangées contre des monnaies officielles ayant cours légal. C'est notamment le cas du Bitcoin et de l'Ether.

A l'inverse, les monnaies virtuelles **non convertibles** ne peuvent être utilisées pour le paiement de biens virtuels ou réels que dans un système fermé, de sorte qu'elles ne peuvent être converties en monnaies officielles. C'est notamment le cas de l'Amazon Coin, qui ne peut être utilisé que sur le site Internet d'Amazon à titre de bon d'achat¹⁸.

Les monnaies virtuelles **centralisées** sont gérées par un administrateur unique qui émet la monnaie, règle son utilisation et contrôle le système. Cet administrateur peut également retirer la monnaie de la circulation. On peut citer comme exemples les Linden Dollars du monde virtuel Second Life et les Pièces d'or du jeu vidéo World of Warcraft¹⁹.

Les monnaies virtuelles **décentralisées** sont toujours des monnaies virtuelles convertibles, sans administrateur central pouvant contrôler le système. Ces monnaies reposent sur la résolution de problèmes mathématiques par un réseau d'ordinateurs. On peut citer à titre d'exemples le Bitcoin, le Ripple ou le Litecoin.

Toutes les monnaies virtuelles non convertibles sont des monnaies centralisées. En revanche, les monnaies virtuelles convertibles peuvent être centralisées ou décentralisées²⁰.

¹⁶ Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.2.1.

¹⁷ Rapport GCBF 2018, ch. 1.3, p. 12 s ; Rapport GAFI 2014 – Monnaies, p. 5 s.

¹⁸ Voir les art. 1 et 2 des conditions générales d'Amazon du 23 mai 2018 relatives aux Amazon Coins : https://www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html/ref=hp_coins_tou?ie=UTF8&nodeId=201434520&encoding=UTF8&ref_=zeroes_dp_help [consultation le 28 juin 2019] ; Voir ég. GRÜNEWALD, n° 95.

¹⁹ A ne pas confondre avec les jetons « WoW » qui permettent aux joueurs de World of Warcraft d'acheter du temps de jeu avec de l'argent réel, puis de revendre ce temps de jeu contre des pièces d'or par le biais d'un hôtel des ventes virtuels qui se trouve dans le jeu. Pour plus de détails, voir : <https://eu.battle.net/support/fr/article/10599> [consultation le 28 juin 2019].

²⁰ Rapport GCBF 2018, ch. 1.3.2.

Le schéma suivant propose de résumer la classification présentée ci-dessus :

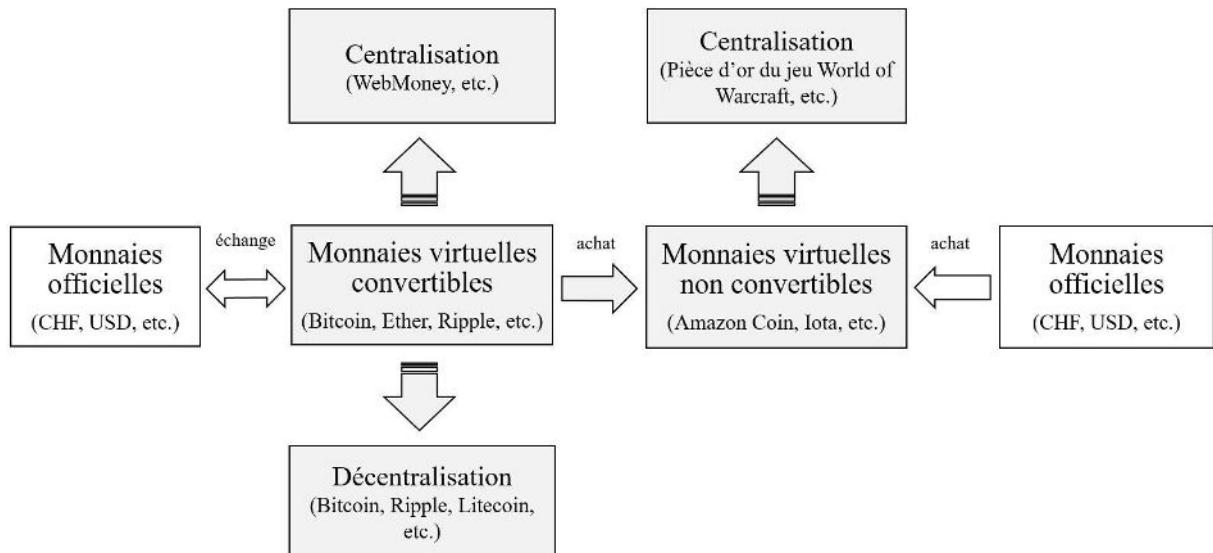


Fig. 5 : Schéma de conversion des monnaies virtuelles (établi par l'auteur)

On répertorie à ce jour plus de 2'250 monnaies virtuelles²¹. Parmi les plus connues, on mentionnera le Bitcoin (fonction purement monétaire), l'Ethereum (contrats intelligents), le Ripple (transactions interbancaires) ou encore l'Iota (« internet of things »).

2) Qualification dans l'ordre juridique suisse

Commençons par rappeler la teneur de l'art. 99 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.) : « La monnaie relève de la compétence de la Confédération ; le droit de battre monnaie et celui d'émettre des billets de banque appartiennent exclusivement à la Confédération ». Lorsqu'on évoque la monnaie virtuelle, est-il exact de parler de monnaie en tant que telle ?

En Suisse, la création et la suppression de la monnaie est affaire de l'Etat. La monnaie dite **centrale** est la monnaie étatique traditionnellement matérialisée sous forme de pièces d'argent et de billets de banques. Les pièces de monnaies sont battues par l'institut Swissmint alors que les billets sont émis la BNS²².

²¹ Le site Internet www.coinmarketcap.com répertoriait 2'251 monnaies virtuelles au moment du dépôt du présent travail [consultation le 28 juin 2019].

²² Les principes de l'art. 99 al. 1 Cst. sont mis en œuvre dans la loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiements (LUMMP) et la loi sur la Banque nationale (LBN). Ainsi, l'art. 1 LUMMP dispose que l'unité monétaire suisse est le franc et que celui-ci se divise en cent centimes²². La LUMMP habilite en outre la Confédération à gérer l'institut de la monnaie fédérale Swissmint et à frapper des pièces courantes ainsi que des monnaies commémoratives et des monnaies de théâtralisation (art. 4 et 6 LUMMP). Le monopole de la Confédération sur l'émission de billets de banque est en revanche exercé exclusivement par la BNS (art. 4 LBN). L'art. 2 LUMMP, quant à lui, dresse la liste exhaustive des moyens de paiement ayant cours légal. Il s'agit des espèces métalliques émises par la Confédération, des billets de banque émis par la BNS et des avoirs en comptes de virement en francs auprès de cette dernière. Voir également Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.2.5.b) ; Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.1.1 ; BNS-JORDAN, p. 3 s.

La monnaie dite **scripturale** est la monnaie étatique numérisée. Celle-là est créée par le système bancaire en interaction avec le public et la banque centrale²³.

La monnaie centrale constitue un moyen de paiement ayant cours légal, tandis que la monnaie scripturale des banques commerciales représente un droit sur la monnaie centrale²⁴. La monnaie scripturale provient des crédits octroyés par les banques. Lorsqu'un établissement accorde un prêt à un client, il lui crédite en réalité la contre-valeur sous forme de dépôt à vue. Certes, ce dernier disparaît en règle générale des livres de la banque prêteuse, du fait des paiements effectués par le client, mais il demeure dans le système bancaire²⁵.

Plus précisément, la création de monnaie scripturale par les banques commerciales est limitée par la prise en considération du rapport « rendement sur risque » et par la politique monétaire de la BNS²⁶. En pratique, dans leurs décisions, les banques tiennent compte de facteurs tels que les intérêts actuels et futurs, la probabilité de retraits de dépôts ou de défauts de crédit, ou encore les prescriptions régissant les liquidités et les fonds propres²⁷. Les banques centrales agissent, dans le cadre de leur politique monétaire, sur les taux d'intérêt, ce qui influe sur la demande de monnaie et de crédits de la part du public et freine la création monétaire²⁸.

Il sied de mentionner encore l'existence de la monnaie dite **électronique** (« e-monnaie »). Il s'agit de valeurs monétaires enregistrées sous forme électronique, libellées dans la monnaie ayant cours légal et généralement utilisées pour régler de petits montants. La monnaie électronique peut être enregistrée soit sur une carte à puce, par exemple une carte prépayée, soit sur un ordinateur à l'aide d'applications ad hoc²⁹.

Les mécanismes de la monnaie scripturale et de la monnaie électronique étant présentés, nous comprenons qu'ils ne contreviennent pas au devoir constitutionnel susmentionné car la numérisation de ces monnaies n'est que l'expression immatérielle de la monnaie centrale qui, elle, est matérielle.

En revanche, une monnaie **virtuelle** ne s'adosse pas à une monnaie ayant cours légal et se limite, dès lors, à revêtir l'aspect d'un bien immatériel qui a valeur d'échange et dont la rareté influe sur la valeur³⁰. En raison de leur négociabilité, elles sont à classer parmi les valeurs patrimoniales³¹. Par conséquent, en droit suisse du moins, le syntagme de « monnaie virtuelle » n'est autre qu'un vocable.

²³ Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.1.2 ; BNS-JORDAN, p. 3.

²⁴ Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.1.2 ; BNS-JORDAN, p. 3.

²⁵ BNS-JORDAN, p. 3.

²⁶ BNS-JORDAN, p. 6 s.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.3.1 ; Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.1.2.

³⁰ Rapport GCBF 2018, ch. 1.3.2 ; Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.2.1 ; Rapport GAFI 2014 – Monnaies, p. 4

³¹ Rapport CF 2014 – Monnaies, ch. 2.2.1.

C. Jetons et initial coin offerings

1) Définitions techniques

L'apparition des jetons digitaux (« tokens » ou « coins ») est l'étape qui a suivi la création des monnaies virtuelles et, antérieurement à cela, la création de la blockchain.

Avec les **levées de fonds** en monnaies virtuelles (« initial coin offerings » ou « ICOs »), apparaît un nouveau mécanisme basé sur la DLT, qui permet aux entreprises, aux particuliers ou aux communautés d'intérêts de collecter des fonds pour financer leurs activités ou leurs projets, principalement dans le domaine de la R&D³². Contrairement aux opérations de financement traditionnelles, l'ICO ne requiert aucun intermédiaire financier et peut être conçue comme un mécanisme se reposant sur le modèle d'échange peer-to-peer. Cela signifie que les solliciteurs et les bailleurs de fonds peuvent être mis directement en relation afin d'effectuer des transactions à l'échelle mondiale³³.

Pour susciter l'intérêt des investisseurs sur leurs projets, les émetteurs de jetons publient en principe un livre blanc (« **white paper** »)³⁴. Les white papers d'ICOs peuvent être conçus de manière très différente. En général, il s'agit d'un document publié par les émetteurs de jetons, qui décrit l'ICO, en fait la promotion, contient à cette fin une sorte de « business plan » et présente la structure de l'ICO ainsi que son processus technique et juridique. Le white paper décrit le projet, l'équipe, la feuille de route, les conditions de l'émission des jetons ainsi que les caractéristiques techniques et fonctionnelles du jeton.

Les investisseurs convaincus virent des moyens financiers (principalement sous la forme de monnaies virtuelles) aux organisateurs d'ICOs³⁵. En échange, ils reçoivent ou s'attendent à recevoir des jetons.

Les ICOs peuvent prévoir diverses modalités d'émission de jetons. Si les jetons sont mis en circulation durant la levée de fonds, on parle de « **financement** ». C'est le cas lorsque la blockchain au centre du projet est existante. Si les jetons sont émis au terme de la levée de fonds, on parle de « **préfinancement** ». C'est le cas lorsque les jetons et leur blockchain sous-jacente sont en cours de développement. Enfin, lorsque les investisseurs reçoivent en primeur, soit avant la campagne de levée de fonds, la possibilité d'acquérir des jetons, on parle de « **prévente** »³⁶.

³² Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.1 et 3.2.2 ; Rapport GCBF 2018, ch. 2.1. Les chiffres provenant de diverses sources privées révèlent un marché de l'ICO en pleine croissance. D'après Coindesk (www.coindesk.com), environ 650 ICOs ont été réalisées en 2018 au niveau mondial, permettant ainsi de collecter 17 milliards de USD [consultation par le GCBF le 6 décembre 2018]. A noter encore que les ICOs sont aussi appelées « token generating events » ou « TGEs ».

³³ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.1.

³⁴ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3. Selon la FINMA, la tendance actuelle est aux publications plus courtes, appelées « light papers ».

³⁵ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3 ; Rapport GCBF 2018, ch. 2.1 ; OBRIST-Blockchain, Slides de présentation, p. 12. Le Bitcoin et l'Ether sont les deux monnaies les plus utilisées pour l'investissement dans le cadre d'ICOs.

³⁶ Guide FINMA – ICO, ch. 1 ; Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3 ; Rapport GCBF 2018, ch. 2.1. Dans la plupart des cas, une prévente (« pre-sale ») est organisée avant l'ICO proprement dite. Contrairement à l'ICO,

Les investisseurs peuvent accéder aux jetons qui leur sont émis via leur portefeuille (« wallet »). Ils disposent en principe de **trois possibilités d'utilisation** : ils peuvent (1) laisser les jetons dans leur portefeuille et spéculer sur un gain, (2) les échanger sur une plateforme de négociation de monnaies virtuelles contre d'autres jetons ou contre des monnaies officielles ou virtuelles ou (3) s'engager dans l'écosystème du projet qui vient d'être créé. À cette fin, il est par exemple possible d'exploiter les caractéristiques spécifiques des jetons (comme nous le verrons plus loin) ou de déposer les jetons dans un système dit de preuve d'enjeu « proof-of-stake » pour valider des transactions³⁷. Nous reproduisons ici le schéma d'interactions proposé par le Conseil fédéral³⁸ :

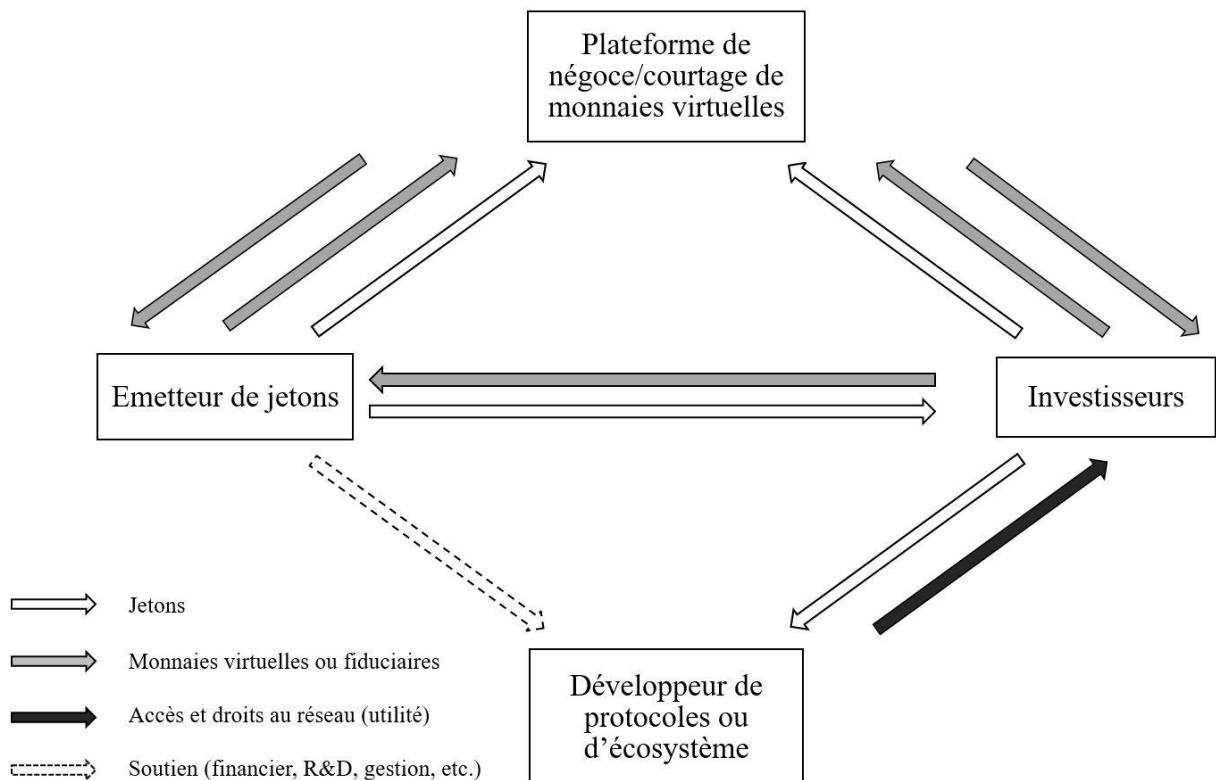


Fig. 6 : Schéma d'interactions possibles entre les acteurs participant à une ICO.

Il convient à présent de distinguer les différents types de jetons. Dans son Guide pratique publié le 16 février 2018, la FINMA retient la classification suivante des jetons issus d'ICOs³⁹ :

- **Les jetons de paiement** : cette catégorie (synonyme de monnaies virtuelles « pures ») inclut les jetons qui sont acceptés comme moyen de paiement pour l'achat de marchandises ou de services dans les faits ou selon l'intention de l'organisateur ou qui doivent servir à la transmission de fonds et de valeurs. Ces monnaies virtuelles ne confèrent aucun droit à l'égard de l'émetteur ;

cette prévente ne s'adresse qu'à des investisseurs sélectionnés qui peuvent généralement investir de plus gros montants dans les jetons à des conditions préférentielles.

³⁷ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3.

³⁸ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3.

³⁹ Guide FINMA – ICO, ch. 3.1.

- **Les jetons d'utilité** : cette catégorie comprend les jetons qui donnent accès à un usage ou un service numérique et qui s'appuient sur l'utilisation d'une infrastructure de type blockchain ; et
- **Les jetons d'investissement** : cette catégorie regroupe les jetons qui représentent des valeurs patrimoniales. De tels jetons peuvent notamment représenter une créance envers l'émetteur ou un droit de sociétariat. Des parts des revenus futurs d'une entreprise ou des flux de capitaux futurs sont par exemple promis aux détenteurs de jetons d'investissement. Sous l'angle de la fonction économique, le jeton représente notamment une action, une obligation ou un instrument financier dérivé. La catégorie des jetons d'investissement peut également inclure les jetons censés rendre négociables sur la blockchain des objets de valeur physiques.

Les différentes catégories de jetons ne s'excluent pas nécessairement les unes des autres. Les jetons d'investissement et d'utilité peuvent en effet relever de la catégorie des jetons de paiement (jetons dits « **hybrides** »). De tels jetons peuvent être cumulativement considérés comme valeurs mobilières et comme moyens de paiement⁴⁰. Le Bitcoin est un exemple de jeton hybride. En effet, son propriétaire peut l'utiliser comme moyen de paiement ou comme investissement, sans avoir à contribuer au système du Bitcoin (comme mineur)⁴¹.

Sur le plan technique, une distinction supplémentaire est généralement faite entre les jetons « natifs » et les jetons « non natifs ». Un **jeton natif** est mis en œuvre dans le protocole d'une blockchain et est indispensable à son fonctionnement⁴². La validation de blocs au sein d'une blockchain est généralement rémunérée par ce jeton natif. Le jeton constitue de ce fait un élément essentiel du mécanisme de consensus. Le Bitcoin et l'Ether sont des exemples de jetons natifs.

En revanche, les jetons **non natifs** ne sont pas mis en œuvre dans le protocole d'une blockchain, mais dans un protocole de deuxième couche établi sur la base de cette blockchain, ou dans une application⁴³. Ces jetons sont enregistrés sur la blockchain sous-jacente et attribués aux participants concernés, mais ne font pas partie intégrante de cette blockchain. En d'autres termes, la blockchain fonctionne aussi sans ces jetons⁴⁴.

Les classifications présentées ci-dessus ont cela de troublant qu'elles semblent réunir sous l'expression de jeton toutes les valeurs patrimoniales digitales susceptibles d'être échangées. Ainsi, les monnaies virtuelles paraissent être des jetons, elles aussi. Ce constat, il est vrai, s'accorde avec celui qui leur réfute la qualité de monnaie au sens formel (voir *supra* I.B.2)).

⁴⁰ Guide FINMA – ICO, ch. 3.1.

⁴¹ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.4.

⁴² Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.4.

⁴³ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.4.

⁴⁴ A titre d'exemple, le projet Ethereum comprend une blockchain qui forme le support de l'Ether en tant que jeton natif (et monnaie virtuelle). Tous les autres jetons qui répondent à la norme ERC20 (« Ethereum Request for Comments 20 ») et qui figurent sur la blockchain d'Ethereum sont des jetons non natifs. Pour plus de détails, voir l'article en ligne de MCKIE [consultation le 28 juin 2019] ; Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 3.2.3.

Dans un effort de clarté, nous restituons ici un schéma qui reflète au mieux, selon nous, la classification des jetons⁴⁵ :

Jeton de paiement (ou monnaie virtuelle)	Jeton d'investissement (ou jeton financier)				Jeton d'utilité
Jeton intrinsèque (Intrinsic token)	Jeton de jouissance (Equity tokens)	Jeton de dette (Debt token)	Jeton de participation (Participation rights token)	Jeton d'utilité (Utility token)	
Représentation virtuelle d'une valeur qui peut être transférée et qui a la fonction matérielle d'une monnaie mais ne constitue pas une prétention contre l'émetteur.	Représentation virtuelle d'une part ou d'un droit de jouissance constituant une prétention contre l'émetteur (dividende, bénéfice de liquidation, etc.).	Représentation virtuelle d'une part ou d'un droit de jouissance constituant une prétention à un paiement ou un remboursement contre l'émetteur.	Représentation virtuelle d'une part donnant un droit à une rémunération basée sur le succès de l'émetteur ou d'une société liée. Peut inclure des droits de vote.	Prétention virtuelle à des droits, tels que l'accès à un système, la contribution à un travail ou un effort commun, l'utilisation d'un autre type de service.	

2) Qualifications dans l'ordre juridique suisse

Sous l'angle du **droit civil**, le Conseil fédéral retient que l'élément déterminant pour qualifier un jeton est la relation juridique sur laquelle se fonde son émission et son négoce⁴⁶. Un jeton n'est en soi qu'une entrée dans un registre décentralisé, ce qui ne lui confère encore aucun effet juridique. Des obligations juridiques ne naissent qu'entre les personnes qui utilisent des jetons dans les échanges et qui accordent une valeur juridique à cet échange. L'émission de jetons consiste à établir un lien entre des valeurs ou des droits, d'une part, et une inscription dans un registre numérique, d'autre part⁴⁷.

Dans cette même perspective de droit civil, il convient de distinguer les jetons qui ont une valeur dans le contexte de la blockchain (jetons de paiement ou monnaies virtuelles) des jetons qui incorporent et représentent des droits déployant leurs effets en dehors de la blockchain, comme des créances, des droits sociaux, des droits réels ou des droits d'utilité (jetons d'investissement et d'utilité). Dans le premier cas, les jetons ont une valeur intrinsèque, tandis que dans le second, ils sont associés à une valeur extérieure au système de la blockchain, conformément à la volonté des parties. Toujours dans le second cas, soit les jetons représentent eux-mêmes cette valeur, soit ils donnent accès à quelque chose qui incorpore cette valeur (voir le tableau ci-dessus).

⁴⁵ KOGENS / LUCHSINGER GÄHWILER, p. 3 ; OBRIST-Blockchain, Slides de présentation, p. 9.

⁴⁶ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.2.1.

⁴⁷ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.2.1.

Ainsi, les **jetons de paiement** dont la valeur se consume lors de leur utilisation dans la blockchain, sont, selon le Conseil fédéral et l’opinion dominante, des valeurs patrimoniales incorporelles de fait (valeur intrinsèque). Ils ne peuvent être classés dans aucune des catégories principales relevant du droit civil et, par conséquent, leur transfert n’est soumis à aucune exigence particulière relevant du droit civil⁴⁸.

Les **jetons d’utilité** et les **jetons d’investissement**, quant à eux, semblent remplir une fonction proche de celle des papiers-valeurs⁴⁹. Ils sont associés à des droits dont ils sont censés faciliter l’échange, de la même manière que des droits sont traditionnellement associés à des titres afin de les rendre négociables. Le Conseil fédéral estime toutefois que ces jetons ne peuvent remplir la fonction de papiers-valeurs que de façon limitée en vertu du droit actuel. Dès lors, qualifier les jetons de « papiers-valeurs électroniques » *de lege lata*, comme le font certains auteurs, engendre de l’insécurité juridique⁵⁰. Certes, il est aisément d’associer ces jetons à des droits-valeurs par contrat, mais cela ne simplifie pas le transfert et donc le négoce de ces droits⁵¹. En raison de leur nature obligatoire, les droits-valeurs ne peuvent remplir à eux seuls les fonctions des papiers-valeurs (légitimation, transmissibilité des droits, protection des transactions), puisque la loi exige explicitement que leur cession emporte la forme écrite⁵². La question de savoir si le transfert d’un jeton permet de transférer l’intégralité de la relation juridique reste pour l’heure pendante. Il s’est enfin posé la question de qualifier les jetons d’utilité et d’investissement de titres intermédiaires. Or, la Loi sur les titres intermédiaires (LTI) exige que les écritures nécessaires soient effectuées par un dépositaire enregistré et centralisé, ce qui ne convient guère à une utilisation dans l’univers décentralisé de la blockchain. En effet, le Conseil fédéral constate que la représentation et le transfert numériques ne peuvent être envisagés que pour les droits qui sont susceptibles d’être titrisés et transférés librement⁵³.

Sous l’angle du **droit financier**, la FINMA s’est interrogée sur la qualification des jetons en tant que valeurs mobilières. Au sens de l’art. 2 lit. b de la Loi sur l’infrastructure des marchés financiers (LIMF), les valeurs mobilières sont des papiers-valeurs, des droits-valeurs, des dérivés et des titres intermédiaires qui sont standardisés et susceptibles d’être diffusés en grand nombre sur le marché, c’est-à-dire structurés et fractionnés de la même façon et offerts au public ou vendus à plus de 20 participants, pour autant que ces valeurs ne soient pas créées spécialement pour certaines contreparties⁵⁴.

Malgré les divergences doctrinales, la FINMA retient que les **jetons de paiement** ne sont pas des valeurs mobilières au motif qu’ils sont conçus comme des moyens de paiement et que leur fonction économique ne présente aucune analogie avec les valeurs mobilières traditionnelles⁵⁵.

⁴⁸ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.5.

⁴⁹ Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.5. L’art. 965 du Code des obligations (CO) définit les papiers-valeurs comme tous les titres auxquels un droit est incorporé d’une manière telle qu’il soit impossible de la faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre.

⁵⁰ Dans le sens d’une telle qualification, voir WEBER / IACANGELO, ch. 7 ss.

⁵¹ Les droits-valeurs sont des droits de même nature que les papiers-valeurs, émis ou fondés en grand nombre sur une base juridique commune (statuts ou conditions d’émission). Le CO requiert leur inscription dans le journal des droits-valeurs tenu par le débiteur (art. 973c al. 3 CO).

⁵² Art. 973c al. 4 CO.

⁵³ Art. 1 et 4 LTI. Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.4.4.

⁵⁴ Guide FINMA – ICO, ch. 3.2. Voir également l’art. 2 al. 1 OIMF.

⁵⁵ Guide FINMA – ICO, ch. 3.2.1.

En ce qui concerne les **jetons d'utilité**, il y a lieu de distinguer le cas où ils confèrent uniquement un droit d'accès à un usage ou un service numérique du cas où ils exercent une véritable fonction économique d'investissement, totale ou partielle. Dans le premier cas, la FINMA ne les qualifie pas de valeurs mobilières car ils se bornent à l'exécution réelle d'un engagement. En revanche, dans le second cas, la FINMA leur reconnaît le caractère de valeurs mobilières⁵⁶.

Enfin, la FINMA traite les **jetons d'investissement** comme des valeurs mobilières, pour autant qu'ils représentent un droit-valeur et qu'ils soient standardisés et susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché⁵⁷.

Ceci posé, la qualification de valeur mobilière peut entraîner des obligations découlant de la législation sur les marchés financiers, notamment la Loi sur les bourses (LBVM). Nous n'aborderons pas ces aspects dans le présent travail. En ce qui concerne les autres lois du droit financier, retenons simplement que l'émission de jetons, selon la FINMA, n'est pas associée à des demandes de restitution envers l'organisateur de l'ICO et ne relève donc pas de la notion de dépôt au sens de la Loi sur les banques (LB)⁵⁸. Par ailleurs, les dispositions de la Loi sur les placements collectifs (LPCC) ne sont applicables à l'émission de jetons que si les fonds récoltés dans le cadre d'une ICO sont administrés par des tiers.⁵⁹ Enfin, les opérations liées à l'émission ou au transfert de jetons peuvent entraîner différentes obligations de diligence au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), telles que l'obligation de s'assujettir à un organisme d'autorégulation (OAR) ou de se soumettre directement à la FINMA aux fins de surveillance au sens de la LBA⁶⁰.

Après avoir déposé son rapport sur les bases juridiques relatives aux blockchains et aux DLTs, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) et le Département fédéral de justice et police (DFJP) d'élaborer un **projet de loi-cadre** dont la consultation devrait aboutir dans le courant de l'été 2019⁶¹. Cette révision législative devra notamment permettre le transfert juridiquement sûr de droits-valeurs par le biais d'écritures dans des registres décentralisés tout en garantissant la neutralité technologique.

Les notions technologiques fondamentales étant présentées, au mieux de ce qu'exprime le consensus actuel, nous pouvons désormais consacrer la suite de cette étude au traitement fiscal des jetons d'utilité et des jetons d'investissement.

⁵⁶ Guide FINMA – ICO, ch. 3.2.2.

⁵⁷ Guide FINMA – ICO, ch. 3.2.3. A noter toutefois que le Conseil fédéral n'adhère à la qualification de droit-valeur qu'avec circonspection, au motif que la création de droits-valeurs devrait refléter la volonté de l'émetteur, Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.3.3.c).

⁵⁸ Guide FINMA – ICO, ch. 3.4. En effet, l'acceptation à titre professionnel de dépôts du public n'est autorisée (sous réserve de quelques exceptions) qu'aux banques qui sont surveillées par la FINMA. Les personnes physiques ou morales dépourvues de licence bancaire qui projettent d'accepter à titre professionnel des dépôts du public doivent obtenir une licence bancaire avant de débuter leur activité (art. 1 al. 2 LB). Conformément à la définition qui figure à l'art. 5 al. 1 de l'Ordonnance sur les banques (OB), agit à titre professionnel au sens de la LB, celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public. Par principe, tous les passifs ont le caractère de dépôts. La levée de fonds par un émetteur dans le cadre d'une ICO ne constitue donc pas un appel à dépôt dès lors que l'émetteur remet des jetons en échange de l'investissement consenti.

⁵⁹ Guide FINMA – ICO, ch. 3.5. Voir également Communication FINMA – ICO, ch. 2.

⁶⁰ Guide FINMA – ICO, ch. 3.6 et 3.7. Voir également Communication FINMA – ICO, ch. 2.

⁶¹ Numéro de référence pour la procédure de consultation : 2018.0088.

II. Traitement fiscal de l'émission de jetons d'utilité et de jetons d'investissement

A. Remarques préliminaires

A l'heure de remettre le présent exposé, si les autorités fiscales suisses, tant fédérales que cantonales, ont pour la plupart adopté une position face à la fiscalité des monnaies virtuelles, peu d'entre elles ont écrit sur la fiscalité en lien avec les ICOs. Cela donne lieu à des pratiques relativement putatives.

En matière d'impôts directs, nous pouvons dresser un bref historique donnant pour précurseur l'Administration fiscale du canton de Zoug (« AFC-ZG »). En effet, par le biais d'une circulaire (« Merkblatt ») parue le 30 novembre 2017, l'AFC-ZG est sans doute la première à avoir figé les traits non seulement de sa pratique en matière de monnaies virtuelles mais aussi en matière d'ICOs. Un mois plus tard, l'Administration fiscale du canton de Zurich (« AFC-ZH ») affichait sommairement, sur son site Internet, sa pratique en lien avec ces mêmes actifs virtuels. Puis est venu le tour de l'Administration fiscale du canton de Berne (« AFC-BE »), se limitant toutefois aux monnaies virtuelles, puis celui de l'Administration fiscale du canton de Bâle-Ville (« AFC-BS ») dont les termes sont semblables à ceux de l'AFC-ZH.

Le 8 février 2018, la section suisse de l'International Fiscal Association (« IFA-CH ») a tenu à Bâle une assemblée générale extraordinaire conviant des représentants de l'Administration fédérale des contributions (« AFC »), de l'AFC-ZG et de l'AFC-ZH afin de discuter des fondements d'une fiscalité en lien avec les ICOs⁶².

Dans un élan de concurrence fiscale outre-Sarine, la Direction générale du développement, de la recherche et de l'innovation de l'Etat de Genève (« DG DERI ») a publié le 17 octobre 2018 un Guide pratique sur les ICOs. Ce dernier révèle le traitement que l'Administration fiscale cantonale du canton de Genève (« AFC-GE ») entend appliquer à l'émission et aux mouvements de jetons et pose en outre des critères d'évaluation de ces actifs. De manière surprenante, le Guide propose également des lignes directrices sur l'assujettissement à la TVA, bien que cet impôt soit de la seule compétence de l'AFC.

En matière de TVA, l'AFC n'a pas encore formellement arrêté de pratique. Cependant, le 21 juin 2018, elle a publié un avant-projet ayant pour but de modifier les Infos TVA existantes en y incluant des aspects en lien avec les ICOs. L'avant-projet a été remanié dans une nouvelle version parue en allemand le 29 janvier 2019 et traduite en français le 16 juin 2019.

En matière de droit de timbre fédéral, l'AFC n'a pas formellement adopté de pratique, à notre connaissance. Toutefois, elle a exposé un premier avis lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH en février 2018.

⁶² Voir la présentation Power Point lors de la Conférence. Pour l'IFA-CH, MM Maurus WINZAP, Stefan OESTERHELT et Remo SCHMID ; pour l'AFC, M. Franco GENNARI, Chef de la division perception titres et produits dérivés, et M. Ralf IMSTEPF, Chef de la division TVA droit ; pour l'AFC-ZG, M. Guido JUD, Chef de l'administration fiscale ; Pour l'AFC-ZH, M. Thomas GAMMETER, Chef de la division titres.

Nous avons ainsi construit notre réflexion fiscale sur la base de ces quelques textes et avons appliqué, pour le surplus, les principes généraux de la fiscalité en jonglant avec les figures de l'analogie, comme de la télologie ou de la systématique, et parfois même de l'historique. Il nous a paru toutefois nécessaire de définir les impôts étudiés – au risque de paraître scolaire – afin de soutenir au mieux la subsomption que nous faisons du concept de l'émission de jetons dans le cadre d'une ICO. Ainsi, nous traiterons d'abord des impôts directs, tant pour les personnes physiques et les sociétés de personnes que pour les personnes morales, puis nous aborderons l'impôt anticipé et, enfin, les deux impôts indirects qui nous semblent concerner le sujet, à savoir la TVA puis le droit de timbre fédéral.

B. Impôt sur le revenu

1) Généralités

Au niveau fédéral ainsi qu'au niveau cantonal et communal, l'impôt sur le revenu charge les **personnes physiques** qui en remplissent les critères d'assujettissement. Une personne physique est assujettie par rattachement personnel et de manière illimitée lorsqu'elle est domiciliée ou lorsqu'elle séjourne en Suisse⁶³. En revanche, une personne est assujettie par rattachement économique et donc de manière limitée lorsqu'elle exerce en Suisse, sans toutefois y être domiciliée ni en séjour, une influence économique, notamment en y exploitant un établissement stable, en étant associée d'une société suisse ou en étant propriétaire d'un immeuble suisse⁶⁴.

Sont également soumises à l'impôt sur le revenu, les **sociétés de personnes**, à savoir les sociétés en nom collectif au sens des art. 552 ss CO (SNC) et les sociétés en commandites au sens des art. 594 ss CO (SEC). En effet, celles-ci n'ont généralement pas la personnalité juridique et ne sont en tant que telles pas reconnues fiscalement⁶⁵. On dit qu'elles sont traitées en transparence par le droit fiscal⁶⁶. Dans cette mesure, le revenu de ces sociétés est attribué à leurs associés⁶⁷. A noter que les personnes physiques « formant » une société simple au sens des art. 530 ss CO sont également traitées en transparence fiscale⁶⁸.

L'impôt sur le revenu a pour objet tous les **revenus réalisés** du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques⁶⁹. Faute d'une définition dans la loi, la notion de revenu n'est pas univoque.

⁶³ Art. 1 lit. a et 3 al. 1 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ; art. 2 al. 1 lit. a et 3 al. 1 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (L HID). Les art. 3 al. 2 LIFD et 3 al. 2 LHID prévoient que le domicile fiscal d'une personne se détermine à l'aune du domicile au sens civil prévu par l'art. 23 al. 1 CC, soit le lieu où la personne a l'intention de s'établir durablement. Les art. 3 al. 3 LIFD et 3 al. 1 LHID prévoient que le séjour en Suisse (respectivement dans un canton) suppose une présence d'au moins 30 jours avec une activité lucrative ou 90 jours sans activité lucrative.

⁶⁴ Art. 4 al. 1 LIFD et 4 al. 1 LHID.

⁶⁵ Art. 49 al. 1 *a contrario* LIFD ; art. 20 al. 1 *a contrario* LHID.

⁶⁶ OBRIST-Introduction, n° 62 ; OBERSON, § 6 n° 53 ; REICH, n° 12.

⁶⁷ Voir l'art. 10 al. 1 LIFD en tant que norme d'attribution.

⁶⁸ Le contrat de société simple, malgré son intitulé, n'a pas pour raison légale de créer une société en tant que telle mais bien de régir contractuellement les rapports de personnes physiques et morales dans leur effort d'atteindre un but commun.

⁶⁹ Art. 16 al. 1 LIFD ; art. 7 al. 1 LHID. Un revenu est considéré comme réalisé lorsque le contribuable le reçoit, lorsqu'il peut en disposer librement ou juridiquement ou sur lequel il a un droit ferme (TF 2P.323/2003 du 7 mai 2004 = RDAF 2004 II 293, consid. 4.1 ; RDAF 2001 II 347).

En raison de la structure de la législation fiscale suisse (en particulier de la LIFD), il est généralement admis que le droit fiscal actuel s'inspire du principe de l'**accroissement net** du patrimoine⁷⁰. Selon cette conception, le revenu est défini comme la différence entre le patrimoine d'un contribuable au début et à la fin d'une période fiscale⁷¹. La nature juridique de l'accroissement du patrimoine importe peu et relève aussi bien de prestations en espèces que de prestations nature⁷².

Le rendement de la fortune mobilière constitue également un revenu imposable⁷³. Par rendement de la fortune mobilière, il faut notamment entendre les revenus provenant de titres de participations (actions, bons de participations, etc.), les intérêts d'avoirs, les revenus provenant d'obligations (intérêts ou remboursement), les revenus provenant de location, d'affermage, d'usufruit, ou de droit de jouissance, les revenus provenant de placements collectifs ainsi que les revenu provenant d'actifs immatériels (brevets, marques, etc.)⁷⁴.

Comme nous pouvons l'observer, le droit fiscal attache à la notion de rendement de la fortune mobilière un caractère économique et n'en circonscrit pas les aspects en se reposant sur la qualification juridique de l'origine des rendements.

Il sied de préciser, à ce stade, que les **avantages (ou prestations) appréciables en argent** se réfèrent à toutes prestations qu'une société fait à son actionnaire en raison du rapport d'actionnariat. Du point de vue de la société, ces avantages résultent de prélèvements opérés sur le résultat commercial sans pour autant couvrir des dépenses justifiées par l'usage commercial, ce qui permet de diminuer, indûment, le bénéfice net imposable. On parle en pratique de **distributions dissimulées de bénéfices**. Ces montants doivent donc être réintégrés au résultat, provoquant ainsi l'augmentation du bénéfice net imposable⁷⁵. Selon la jurisprudence, la prestation appréciable en argent se définit comme la dissimulation d'un bénéfice lorsque (1) la société fait une prestation sans obtenir de contre-prestation correspondante, (2) cette prestation est accordée à un actionnaire ou à une personne le touchant de près, (3) elle n'aurait pas été accordée dans de telles conditions à un tiers (non actionnaire) et (4) la disproportion entre la prestation et la contre-prestation est manifeste, de telle sorte que les organes de la société auraient pu se rendre compte de l'avantage qu'ils accordaient⁷⁶.

⁷⁰ HÖHN / WALDBURGER, n° 7 ; REICH, n° 11 ; OBRIST-Intro, n° 92.

⁷¹ RICHNER / FREI / KAUFMANN / MEUTER, n° 4 ad Vorbemerkungen zu Art. 16-39 ; CR LIFD-NOËL, n° 6 ad art. 16 LIFD. OBRIST-Intro, n° 92 ; Voir ég. Arrêt TF 2C_1151/2012 du 3 juin 2013 (ATF 139 III 363), consid. 2 et le commentaire de cet arrêt par OBRIST, *in Danon / Obrist* (édit.), RJN 2010, p. 77 ss. Pour les contribuables qui tiennent une comptabilité, le revenu imposable correspond alors au solde positif du compte de pertes et profits, respectivement au relevé des recettes et dépenses pour les autres indépendants, cf. Art. 58 LIFD auquel renvoie l'art. 18 al. 3 LIFD.

⁷² C'est bien ce que prévoit l'art. 16 al. 2 LIFD selon lequel sont aussi considérées comme revenus les prestations en nature de toute genre dont bénéficie le contribuable, notamment la pension et le logement, ainsi que les produits et marchandises qu'il prélève dans son exploitation et qui sont destinés à sa consommation personnelle.

⁷³ Art. 20 LIFD et 7 LHID.

⁷⁴ REICH / WEIDMANN, ad art. 20 n° 12 ; OBRIST-Introduction, n° 119 et 122 ; AGNER / JUNG / STEINMANN, p. 89. Concernant les placements collectifs de capitaux, ces derniers sont en règle générale traités en transparence par le droit fiscal et leurs revenus sont donc directement imposables auprès des investisseurs, voir Circ. AFC n° 25, ch. 4.1.

⁷⁵ Art. 58 al. 1 lit. b LIFD et 24 al. 1 lit. a LHID.

⁷⁶ Not. ATF 140 II 88, consid. 4.1.

Outre les rendements provenant de la fortune mobilière, il est également possible de réaliser un gain lors de la vente d'un bien à un prix supérieur à sa valeur d'acquisition ou sa valeur comptable. A teneur de l'art. 18 al. 2 LIFD, tous les bénéfices en capital provenant de l'aliénation d'éléments de la fortune commerciale font partie du produit de l'activité lucrative indépendante. A l'inverse, l'art. 16 al. 3 LIFD prévoit que les **gains en capital** réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas imposables. Cette dichotomie procède de la division en deux masses du patrimoine économique des personnes physiques exerçant une activité lucrative : la fortune commerciale et la fortune privée. La **fortune commerciale** est celle qui sert entièrement ou de manière prépondérante à l'exercice de l'activité lucrative⁷⁷. Le critère décisif de l'appartenance d'un bien à la fortune commerciale découle du motif de l'acquisition aux fins de l'exploitation d'une entreprise et de son utilisation effective⁷⁸. Au contraire, la **fortune privée** est celle constituée de tous les autres éléments de la fortune.

Les sources de revenus étant évoquées, l'assiette de l'impôt correspond au **revenu net**, soit le revenu total imposable duquel sont défalqués les déductions générales ainsi que certains frais professionnels et commerciaux⁷⁹. Le revenu peut s'acquérir avec ou sans activité lucrative. En outre, l'activité lucrative peut être dépendante (salariée) ou indépendante.

L'assiette de l'impôt sur le revenu est toutefois réduite par le mécanisme dit de **l'imposition partielle**, selon lequel les dividendes, les excédents de liquidation et toutes autres prestations appréciables en argent provenant de participations sont imposables comme suit :

- Participations dans la fortune commerciale : imposition à hauteur 50 % lorsque ces participations équivalent à 10 % au moins du capital-actions ou du capital social de la société ;
- Participations dans la fortune privée : imposition à hauteur de 60 % lorsque ces participations équivalent à 10 % au moins du capital-actions ou du capital social de la société⁸⁰.

Enfin, le **montant de l'impôt** est calculé selon des taux propres à l'impôt fédéral direct (IFD), d'une part, et à l'impôt cantonal et communal (ICC), d'autre part. Pour tenir compte de l'imposition selon la capacité contributive, ces taux sont progressifs jusqu'à un certain revenu net, puis deviennent proportionnels ensuite. En outre, il existe plusieurs barèmes de taux qui sont applicables selon la situation du contribuable sur le plan civil.

⁷⁷ Art. 18 al. 2 2^e phr. LIFD. Voir OBRIST-Introduction, n° 98.

⁷⁸ ATF 120 Ia 354 ; 94 I 464.

⁷⁹ Revenu imposable : art. 16 à 23 LIFD et art. 7 à 8 LHID. Déductions générales : art. 33 à 33a LIFD et art. 9 LHID. Frais déductibles : art. 26 à 32 LIFD et art. 10 LHID.

⁸⁰ A noter qu'à partir du 1^{er} janvier 2020, les taux de l'imposition partielle seront élevés à 70 % (RFFA).

2) Pour l'émetteur

Dans le cadre d'ICOs, les émetteurs sont principalement des entreprises de type start-ups, organisées sous la forme de sociétés de capitaux ou de fondations⁸¹. Il est toutefois envisageable que des personnes physiques s'unissent, par contrat de société simple ou sous la forme d'une société de personnes, pour développer un projet et faire appel à du financement par le biais d'une ICO. Dans cette hypothèse, la création d'une blockchain ainsi que l'émission de jetons d'utilité ou d'investissement dans le cadre d'une ICO relèvera d'une activité lucrative et s'insérera logiquement dans le cadre de l'activité indépendante. L'émission de jetons d'utilité ou d'investissement par une personne physique ou une société de personnes procédera donc de l'**activité lucrative indépendante** au sens des art. 18 LIFD et 10 LHID.

Les émetteurs de jetons reçoivent de la part des investisseurs des moyens financiers, sous forme de monnaies officielles ou de monnaies virtuelles. Qu'elle qu'en soit leur nature, ces moyens financiers incorporent une valeur économique et entraînent l'accroissement net du patrimoine de l'émetteur. Ils forment donc un **produit imposable**. C'est d'ailleurs ce que retient la DG DERI dans son Guide pratique sur les ICOs :

« Au niveau de l'entité juridique initiant l'ICO (entité émettrice de jetons), l'AFC-GE considère que les ressources financières reçues en échange des jetons émis sont constitutives d'un produit imposable qui doit être crédité au compte de pertes et profits (« P&P ») de l'entité concernée. Ceci est valable quelle que soit la nature des jetons émis (jetons de paiement, jetons d'utilité, jetons d'investissement ou jetons hybrides) »⁸².

En effet, sur le plan du droit civil, l'émission de jetons nous paraît revêtir la forme d'une **vente** au sens des art. 184 ss CO. Elle se distingue de toute évidence d'un acte de souscription nécessaire à la fondation d'une personne morale⁸³.

En outre, il semble bien établi que les monnaies virtuelles puissent matérialiser un revenu lorsqu'elles interviennent à titre de rémunération de l'activité lucrative dépendante et indépendante. Dans sa circulaire du 30 novembre 2017, l'AFC-ZG fut probablement la première à avoir formellement reconnu cela⁸⁴.

Ainsi, le prix de vente payé en échange de la réception des jetons forme un **revenu imposable** pour l'émetteur qui est une personne physique. En présence d'une société de personnes, ce revenu sera divisé en autant de parts qu'il y a d'associés, soumettant chacun d'eux, pour sa part, à l'impôt sur le revenu⁸⁵. Pour la conversion de monnaies virtuelles en francs suisses, nous prions le lecteur de se référer à nos développements dans le cadre de l'impôt sur la fortune (cf. *infra* II.C.2 sur les taux admis par l'AFC).

⁸¹ A titre d'exemple, le projet de Mt Pelerin qui a donné lieu à une ICO en 2018 est organisé par une personne morale, la société Mt Pelerin Group SA. Quant à la blockchain à la base de l'Ether, celle-ci a été développée par la Fondation Ethereum à Zug. L'avantage fiscal principal des fondations est leur taux d'imposition à 4.5 % du bénéfice net (art. 71 LIFD) contre 8.5 % pour les sociétés de capitaux et coopératives (art. 68 LIFD).

⁸² Guide DG DERI – ICO, ch. 2.3.

⁸³ Art. 629 al. 2 CO.

⁸⁴ Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen, ch. 4.

⁸⁵ Art. 10 al. 1 LIFD.

Enfin, précisons que les entreprises individuelles et les sociétés de personnes qui ont réalisé un chiffre d'affaires supérieur à CHF 500'000.- lors de leur dernier exercice doivent **tenir une comptabilité** selon les prescriptions des art. 957a ss CO et doivent également présenter les comptes dans un rapport de gestion contenant le bilan, le compte de résultat et l'annexe⁸⁶.

3) Pour l'investisseur

a) *Acquisition*

Lorsque l'investisseur, en tant que personne physique ou associé d'une société de personnes, acquiert des jetons d'utilité ou des jetons d'investissements en échange de monnaies officielles ou virtuelles qu'il verse à l'émetteur, il procède à une **restructuration de ses actifs**⁸⁷. En effet, il remplace ses monnaies par des jetons. La permutation d'actifs qu'opère l'investisseur dans son patrimoine n'entraîne pas l'accroissement net dudit patrimoine et, de surcroît, pas de revenu sur le plan fiscal. Il n'y a donc pas d'impôt sur le revenu au moment de l'acquisition des jetons. Ces derniers s'intégreront en revanche dans la fortune imposable de l'investisseur (cf. *infra* II.C.3)⁸⁸.

Ce constat souffre toutefois une exception : le cas où l'investisseur réalise un **gain en capital** en acquérant des jetons par la revente de monnaies virtuelles qu'il avait acquises précédemment à un prix moindre. Imaginons en effet un investisseur qui acquiert en N-1 une monnaie virtuelle à raison de 10 unités pour un prix de CHF 1'000.- (100.- par unité). En N, le cours de la monnaie virtuelle en question grimpe, atteignant CHF 120.- par unité. C'est alors que l'investisseur vend ses 10 unités de monnaie virtuelle pour acquérir des jetons provenant d'une ICO. Le prix d'acquisition des jetons représente 10 unités de la monnaie virtuelle, soit un total de CHF 1'200.-. L'investisseur a réalisé un gain de CHF 200.-.

Pour le traitement fiscal du gain en capital réalisé sur des monnaies virtuelles, nous prions le lecteur de se référer à nos développements sur ce sujet deux sections plus loin (II.B.3.c).

b) *Détention*

Une fois acquis, il y a lieu de se demander si et dans quelle mesure les jetons d'utilité et les jetons d'investissement peuvent générer du revenu imposable pour l'investisseur. Sur ce sujet, l'AFC-ZG s'arme de retenue et évoque une évaluation au cas par cas selon les avantages que confèrent les jetons à leurs détenteurs. Elle convient toutefois que l'évaluation précitée s'inspirera des figures de rémunération classiques, telles que le dividende ou le paiement d'intérêts, pour apprécier la nature des avantages attribués aux détenteurs⁸⁹. L'AFC-BS partage cette position⁹⁰. De son côté, la DG DERI du canton de Genève se limite à préconiser l'examen du cas par cas⁹¹.

⁸⁶ Art. 957 al. 1 et 958 al. 2 CO. Si ces entreprises réalisent un chiffre d'affaires inférieur à CHF 500'000.-, elles peuvent se limiter à tenir une comptabilité de leurs recettes et leurs dépenses, ch. art. 957 al. 1 ch. 1 CO.

⁸⁷ JUD / MOOS, Introduction et cas pratique n° 1, lit. d) « Phase 1 »; JUNG, ch. 5.1.c et DUVOISIN, p. 7, qui reprennent la position de l'IFA à ce sujet.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen, ch. 7.

⁹⁰ Merkblatt STVW Basel-Stadt – Kryptowährungen, § C.

⁹¹ Guide DG DERI – ICO, ch. 2.3.

Nous sommes d'avis qu'il faut s'en tenir, de manière générale, à la théorie classique de l'accroissement nette de la fortune et, de manière plus spécifique, aux règles sur le **rendement de la fortune mobilière**. En effet, nous avons vu que, selon la FINMA, les jetons d'utilité et les jetons d'investissement peuvent revêtir la qualité de valeurs mobilières. C'est le cas des jetons d'utilité lorsqu'ils exercent une véritable fonction économique d'investissement et ne se limitent, dès lors, pas à conférer un simple droit d'accès à une usage ou un service numérique⁹². Quant aux jetons d'investissement, ils sont des valeurs mobilières à condition qu'ils représentent un droit-valeur et qu'ils soient standardisés et susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché⁹³. Ainsi, lorsque des jetons revêtent la qualité de valeurs mobilières, il y a lieu de considérer les rendements qu'ils génèrent comme des rendements imposables de la fortune mobilière.

Enfin, mentionnons la possible application des art. 17a ss LIFD sur l'**imposition des participations de collaborateurs**. En effet, lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH, l'AFC a indiqué que les jetons devraient pouvoir être considérés comme des participations d'employés « proprement » dites s'ils accordent des droits de vote et de dividende⁹⁴. Ils devraient en revanche être considérés comme des participations d'employés « improprement » dites s'ils n'accordent qu'un droit de paiement en fonction d'une valeur de référence future de la société (p. ex. 10 % de l'EBIT positif). Alternativement, une société pourrait aussi distribuer des jetons qui ne sont pas considérés comme des participations d'employés mais plutôt comme des distributions de salaire.

Nous n'adhérons pas à la possibilité d'une qualification de jetons en tant que participations proprement dites car, comme nous le verrons dans le cadre de notre analyse dédiée à l'impôt sur le bénéfice et l'impôt anticipé, aucun jeton ne peut être assimilé à des fonds propres. En revanche, qualifier des jetons de participations improprement dites de collaborateurs au sens de l'art. 17a al. 2 LIFD nous paraît possible. En vertu de la Circulaire n° 37 de l'AFC, il s'agit d'instruments qui ne constituent pas de participations aux fonds propres de l'employeur mais qui laissent entrevoir une prestation en argent déterminée sur la base de l'évolution de la valeur d'un sous-jacent⁹⁵. De telles prestations sont considérées comme de simples expectatives jusqu'au moment où elles sont effectivement encaissées par les collaborateurs. C'est à partir de ce dernier moment qu'elles deviennent imposables sur le revenu⁹⁶. En outre, l'option d'un versement de salaire supplémentaire nous paraît tout à fait réalisable.

c) Aliénation

Lorsqu'un investisseur vend des jetons en réalisant un gain en capital (plus-value), se pose la question de savoir si et dans quelle mesure ce gain est imposable.

⁹² Guide FINMA – ICO, ch. 3.2.2.

⁹³ Guide FINMA – ICO, ch. 3.2.3. A noter toutefois que le Conseil fédéral n'adhère à la qualification de droit-valeur qu'avec circonspection, au motif que la création de droits-valeurs devrait refléter la volonté de l'émetteur, Rapport CF 2018 – Blockchain, ch. 5.1.3.3.c).

⁹⁴ IFA-CH, Présentation, slide 81 ss. Voir JUNG, ch. 2.3 ; DUVOISIN, p. 10.

⁹⁵ Circ. AFC n° 37, ch. 2.3.2.

⁹⁶ Art. 17c LIFD (*cum* art. 7^e LHID) ; Circ. AFC n° 37, ch. 2.3.2 et 6.

Pour l'heure, aucune administration fiscale suisse n'a émis de directive traitant spécifiquement du gain en capital réalisé sur la vente de jetons d'utilité ou de jetons d'investissement. En revanche, la plupart d'entre elles ont déjà adopté une pratique pour ce qui a trait aux gains en capital réalisés lors de la vente de monnaies virtuelles (jetons de paiements). En effet, les Administrations fiscales de plusieurs cantons, notamment Zoug, Zurich, Berne, Bâle-Ville, Genève et Vaud, soutiennent que l'achat et la vente de monnaies virtuelles doivent être fiscalement assimilées à des **transactions de titres**, susceptibles de valorisation en monnaies officielles grâce aux taux de conversion publiés par l'AFC. Le principe est que ces transactions font partie de la gestion privée du patrimoine, de sorte que les monnaies virtuelles sont affectées à la fortune privée du contribuable. Ainsi, les bénéfices ou pertes qui découlent de ces transactions représentent, pour les personnes physiques, des gains en capital fondamentalement non imposables ou des pertes non déductibles.

Cependant, selon le volume, le genre et le financement des transactions, la **gestion privée du patrimoine peut devenir une activité lucrative indépendante** dans laquelle les gains en capital réalisés sur la cession de monnaies virtuelles sont considérés comme des opérations sur devises et sont donc soumis à l'impôt sur le revenu.

Les Administrations fiscales précitées s'inspirent de la Circulaire n° 36 de l'AFC (Circ. AFC n° 36) portant sur les commerçants de titres afin de déterminer les critères applicables pour distinguer les transactions de monnaies virtuelles relevant de la gestion privée de patrimoine de celles relevant de l'activité lucrative indépendante⁹⁷.

La Circ. AFC n° 36 fixe des critères d'exclusion de l'activité de commerçant professionnel de titres (activité lucrative indépendante). Si le contribuable remplit cumulativement les **cinq critères** suivants, on admet qu'il exerce une gestion de fortune privée en lien avec les titres qu'il achète et vend, de sorte que le gain en capital qu'il réalise n'est pas imposable au sens de l'art. 16 al. 3 LIFD : (1) les titres vendus ont été détenus durant 6 mois au moins ; (2) le volume total des transactions (achats et ventes) ne représente pas, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs au début de la période fiscale ; (3) la réalisation des gains en capital provenant d'opérations sur titres n'est pas nécessaire pour assurer le train de vie du contribuable (en principe dès que le revenu net est formé de 50 % de gains en capital) ; (4) les placements ne sont pas financés par des fonds étrangers ou les rendements de fortune imposables provenant des titres sont plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs ; (5) l'achat et la vente de produits dérivés se limitent à la couverture des positions titres du contribuable⁹⁸.

⁹⁷ Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen, ch. 5 ; site Internet de l'AFC-ZH : https://www.steueramt.zh.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/aktuell/mitteilungen/amtsmitteilungen_2018/kr_yptowaehrungen.html [consultation le 28 juin 2019] ; Site Internet de l'AFC-BE : <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfofr/Cryptomonnaies> [consultation le 28 juin 2019] ; Merkblatt STVW Basel-Stadt – Kryptowährungen, § B.2.6 ; Site Internet de l'AFC-GE : <https://www.ge.ch/taux-donnees-fiscales> [consultation le 28 juin 2019] ; CONSEIL D'ETAT VAUDOIS, ch. 2.6, qui précise que « la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le commerce professionnel de titres est applicable pour faire la distinction entre [activité commerciale et gestion de fortune privée] » dans le domaine des crypto-monnaies » ; Voir également dans le même sens GENNARI, Chef actuel du Service des titres et produits dérivés auprès de l'AFC [consulté le 28 juin 2019].

⁹⁸ Circ. AFC n° 36, ch. 3.

L’application de ces principes au commerce de monnaies virtuelles appelle quelques remarques d’ordre pratique, notamment à l’égard des deux premiers critères.

En effet, le premier critère nous paraît exercer une certaine sévérité dans un marché aussi volatile que celui des monnaies virtuelles. Pour rappel, le 17 décembre 2017, la valeur du Bitcoin atteignait son pic historique avec un prix unitaire de USD 20'089.⁹⁹. Cinq jours plus tard, le 22 décembre 2017, le Bitcoin passait en-dessous des USD 11'000.-, avant de stagner autour des USD 8'000.- durant le reste de l’année 2018. La conservation d’un actif aussi volatile peut rendre très longue la période de blocage de 6 mois.

Imaginons un instant qu’un contribuable achète une monnaie virtuelle à des fins de placement privé, soit de gestion privée de patrimoine. Suite à cette acquisition, le cours de la monnaie virtuelle monte. Deux mois plus tard, le contribuable observe que la tendance s’inverse, en ce sens que le cours de la monnaie virtuelle qu’il détient commence à baisser. Il vend immédiatement ses positions pour éviter de perdre le gain en capital qu’il a jusqu’alors accumulé. Suite à cette expérience, il ne désire plus s’exposer à la volatilité de tels actifs et n’investit plus dans ce marché. Dans cet exemple, nous n’avons qu’un achat et qu’une vente et, pourtant, il y aurait lieu de qualifier le contribuable de commerçant professionnel de titres et d’imposer ainsi le gain en capital réalisé sur cette opération unique.

Toujours face à la volatilité des monnaies virtuelles, le second critère paraît également étroit à l’égard du contribuable investisseur. Imaginons à présent que le contribuable achète en début d’année 500 unités d’une monnaie virtuelle dont le cours est le suivant : 1 unité = CHF 10.-. Au terme de l’année, l’engouement qu’a suscité cette monnaie porte le cours à la valeur suivante : 1 unité = 100.-, soit une valeur multipliée par 10. Le contribuable vend ses 500 unités en fin d’année. Ainsi, l’avoir total de monnaie virtuelle en début d’année s’élevait à CHF 5'000.- (500 unités x CHF 10.-). En fin d’année, le volume total des transactions s’élève à CHF 55'000.- (volume d’achat de CHF 5'000.- additionné au volume de la vente de CHF 50'000.-, soit 500 unités x CHF 100.-). Le volume total des transactions est donc plus de dix fois supérieur au montant des titres en début d’année. Le gain en capital de CHF 45'000.- devrait donc être imposé alors qu’il n’y a qu’un achat et une vente.

Ce schématisation a déjà été soulevé par certains commentateurs¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral s’est d’ailleurs distancé des principes de la Circ. AFC n° 36 en préconisant l’analyse holistique des cas¹⁰¹. Ainsi, notre Haute Cour admet qu’un contribuable peut, à côté de son activité à plein temps, gérer sa fortune selon des stratégies et avec des produits d’investissements modernes, sans pour autant qu’il soit considéré comme exerçant une activité lucrative¹⁰². Par ailleurs, le Tribunal fédéral distingue également le commerce de titres de celui de participations, auquel la jurisprudence développée pour les titres ne doit pas s’appliquer systématiquement¹⁰³.

⁹⁹ Voir le cours du Bitcoin sur le site Internet <http://www.coinmarketcap.com>.

¹⁰⁰ Not. HAINAUT / WIDMER, p. 808 s. ; CR LIFD-Noël, ad art. 18 LIFD, n° 35.

¹⁰¹ Voir RF 2010, p. 205 ss.

¹⁰² Arrêt TF 2C_375/2015 = RDAF 2016 II 88.

¹⁰³ Arrêt TF 2C_115/2012 et 2C_116/2012 = RDAF 2013 II 485. Ainsi, le propriétaire d’une participation de 50 % dans une société active dans une autre branche que celle de cet actionnaire peut rechercher de nouveaux investisseurs pour garantir la pérennité de l’entreprise, sans que l’on doive requalifier cette activité de professionnelle.

C. Impôt sur la fortune

1) Généralités

Au niveau cantonal et communal (ICC), les personnes physiques sont sujettes à l'impôt sur la fortune¹⁰⁴. Les actifs imposables sont tous les droits subjectifs – portant sur des choses, des créances ou des participations – qui sont appréciables en argent, soit susceptibles d'être réalisés en échange d'une contreprestation¹⁰⁵. Les simples expectatives, c'est-à-dire les espérances sur les droits futurs, mais incertains, ne constituent pas encore des actifs de la fortune¹⁰⁶. Sont visées aussi bien la fortune privée du contribuable que sa fortune commerciale (cf. *supra* II.B.1 pour la distinction entre ses deux aspects de la fortune). L'impôt frappe l'ensemble de la **fortune nette**, ce par quoi il faut entendre la différence positive entre les actifs et les dettes¹⁰⁷.

Le **montant de l'impôt** se détermine selon les barèmes et taux fixée librement par les cantons. En 2018, le canton de Nidwald connaissait la charge fiscale maximale la plus faible, soit 0.13 % de la fortune imposable¹⁰⁸. La charge fiscale maximale la plus forte se trouvait dans le canton de Genève, s'élevant à 1.03 % de la fortune¹⁰⁹.

2) Pour l'émetteur

Nous avons déjà déterminé qu'en toute vraisemblance, l'émetteur de jetons en tant que personne physique ou associé d'une société de personne agit dans le cadre de son **activité lucrative indépendante** (cf. *supra* II.B.1). Partant, les flux financiers qui lui reviennent en échange de l'émission des jetons augmentent sa fortune commerciale.

La fortune est en principe estimée à la valeur vénale en fin de période fiscale, à savoir au 31 décembre de l'année en cours¹¹⁰. La valeur de rendement peut également être prise en considération de façon appropriée, notamment dans le cadre de l'estimation de titre non cotés¹¹¹. Partant, si l'émetteur vend ses jetons en échange de devises ayant cours légal, l'évaluation se fera en principe au cours de ces devises au 31 décembre de l'année en cours. Il en va différemment si l'émetteur reçoit des monnaies virtuelles en échange des jetons émis. En principe, les biens immatériels et la fortune mobilière qui font partie de la fortune commerciale du contribuable sont estimés à la valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu¹¹². La valeur déterminante pour l'impôt sur le revenu correspond à la valeur comptable, à moins que des corrections fiscales aient été faites, par exemple parce que des amortissements ont été refusés par l'autorité fiscale¹¹³.

¹⁰⁴ Art. 13 ss LHID.

¹⁰⁵ TF 2C_874/2010 = RDAF 2011 II 550, consid. 3.1.

¹⁰⁶ Komm StHG-DZAMKO-LOCHER / TEUSCHER, ad art 13 n° 46 ; OBERSON, § 8 n° 5.

¹⁰⁷ Art. 13 al. 1 LHID ; Komm StHG-DZAMKO-LOCHER / TEUSCHER, ad art 13 n° 1 ; OBERSON, § 8 n° 5 ; OBRIST-Introduction, n° 224.

¹⁰⁸ Eckert / Hinny, Services, p. 2776 s.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Art. 14 al. 1 1^{ère} phr. et 17 al. 1 LHID.

¹¹¹ Art. 14 al. 1 2^e phr. LHID ; Circulaire CSI n° 30 du 28 août 2008 (Circ. AFC n° 30) sur l'estimation des titres cotés.

¹¹² Art. 14 al. 3 LHID.

¹¹³ OBRIST-Introduction, n° 231, note de bas de page n° 566 ; OBERSON, § 8 n° 20.

Cela étant, malgré que les monnaies virtuelles soient des biens immatériels, l’AFC et la plupart des administrations fiscales cantonales assimilent la détention de monnaies virtuelles à la détention de devises étrangères. En effet, la plupart des monnaies virtuelles ont un cours observable sur plusieurs plateformes d’échanges sur l’Internet. Dès lors, l’AFC a déterminé le **cours fiscal applicable** aux principales monnaies virtuelles, au 31 décembre des 10 dernières années, en se fondant sur une moyenne arithmétique des cours observés sur les principales plateformes d’échange (tenant compte des légères disparités)¹¹⁴. Pour les monnaies virtuelles dont le cours n’est pas arrêté par l’AFC, nous sommes d’avis qu’il faut opérer, de manière similaire, une moyenne arithmétique des cours retenus sur les principales plateformes d’échange. Il appartient donc à l’émetteur de faire la démonstration de la valeur de ses monnaies virtuelles au 31 décembre de l’année s’écoulant.

Plusieurs administrations fiscales cantonales se fondent sur les cours arrêtés par l’AFC. C’est notamment le cas des administrations des cantons de Zoug, Zurich, Bâle-Ville, Genève et Vaud¹¹⁵. L’administration fiscale (cantonale) bernoise, pour sa part, se limite à renvoyer aux dispositions du droit commercial commandant l’activation à la valeur d’acquisition, tout en laissant ouverte la possibilité d’évaluer les monnaies virtuelles à une valeur supérieur si elles suivent un cours boursier « représentatif »¹¹⁶.

3) Pour l’investisseur

Les jetons d’utilité et d’investissement qu’acquiert un investisseur entrent dans la **fortune imposable** de ce dernier.

Le fait que ces jetons soient attribués à la fortune privée ou la fortune commerciale ne change pas l’assiette fiscale ni le taux de l’impôt sur la fortune. Toutefois, cette distinction est déterminante lorsqu’il s’agit d’évaluer la présence ou l’absence d’imposition sur la réalisation d’un gain en capital lors d’une revente de jetons (impôt sur le revenu). En effet, nous avons vu plus haut que plusieurs administrations fiscales cantonales assimilent l’achat et la vente de monnaies virtuelles à des **transactions de titres**, susceptibles de valorisation en monnaies officielles grâce aux taux de conversion publiés par l’AFC (cf. *supra* II.B.1.c). Une analogie avec les jetons cryptographiques nous paraît correcte. Si le contribuable investisseur remplit cumulativement les cinq critères arrêtés dans la Circ. AFC n° 36, on admettra qu’il exerce une gestion de fortune privée en lien avec les titres qu’il achète et vend, de sorte que le gain en capital qu’il réalise ne sera pas imposable au sens de l’art. 16 al. 3 LIFD.

¹¹⁴ Les cours sont disponibles sur le site Internet de l’AFC : <https://www.ictax.admin.ch/extern/fr.html#/ratelist> [consultation le 28 juin 2019]. A titre d’exemple, à cette date, une unité de Bitcoin valait CHF 3'705.38, une unité d’Ether valait CHF 133.40 et une unité de Ripple valait CHF 0.35. Voir ég. GENNARI, chef du service Titres et produits dérivés de l’AFC, qui confirme dans un article de presse paru le 25 juillet 2017 que « les bitcoins sont traités comme les monnaies étrangères courantes » [consultation le 4 avril 2019].

¹¹⁵ Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen, ch. 3 ; site Internet de l’AFC-ZH : https://www.steueraamt.zh.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/aktuell/mitteilungen/amtsmitteilungen_2018/kr_yptowaehrungen.html [consultation le 28 juin 2019] ; Merkblatt STVW Basel-Stadt – Kryptowährungen, § B.I.1 ; Site Internet de l’AFC-GE : <https://www.ge.ch/taux-donnees-fiscales> [consultation le 28 juin 2019] ; CONSEIL D’ETAT VAUDOIS, ch. 2.5, qui avance que « les bitcoins sont soumis à l’impôt sur la fortune à leurs cours déterminant au 31 décembre de l’année fiscale, [ce] cours [étant] indiqué sur la liste des cours établie par l’[AFC] ».

¹¹⁶ Site Internet de l’AFC-BE : <http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfofr/Cryptomonnaies> [consultation le 28 juin 2019] ;

D. Impôt sur le bénéfice

1) Généralités

Au niveau fédéral ainsi qu'au niveau cantonal et communal, les personnes morales au sens des art. 52 ss CC sont soumises à l'**impôt sur le bénéfice**¹¹⁷. Les personnes morales comprennent les sociétés de capitaux, soit les sociétés anonymes (SA), les sociétés en commandite par action (SECA), les sociétés à responsabilité limitée (Sàrl), les sociétés coopératives (SCoop), ainsi que les associations, les fondations, les placements collectifs de capitaux qui possèdent des immeubles en propriété directe, les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF) et les personnes morales étrangères assimilables à des personnes morales suisses. L'impôt sur le bénéfice frappe le **bénéfice net** des personnes morales¹¹⁸. Son objet est le solde du compte de résultat, c'est-à-dire tous les profits et les recettes réduits des frais et des charges reconnus fiscalement¹¹⁹. Economiquement, le bénéfice soumis à l'impôt est l'accroissement net du patrimoine généré par l'entreprise elle-même¹²⁰. Dans cette mesure, les apports de capital, soit les montants qui n'ont pas été générés par la société elle-même mais qui ont été versés par ses preneurs de parts (actionnaires ou associés), ainsi que les augmentation de fortune provenant d'une succession, d'un legs ou d'une donation sont exclus du bénéfice imposable¹²¹. En Suisse, les états financiers (bilan, compte de résultats et annexe) jouissent d'une présomption d'exactitude à des fins fiscales connue comme le **principe de déterminance**. Cette présomption signifie que les états financiers sont déterminants pour le droit fiscal. Le principe est toutefois relatif dans la mesure où les autorités fiscales suisses peuvent opérer des **corrections** afin de prendre en compte des valeurs qui s'écartent de celles ressortant des comptes commerciaux¹²². Il s'agit principalement de charges saisies sans justification commerciale (par exemple des amortissements ou des provisions exagérés)¹²³. Au niveau de l'IFD, le **montant de l'impôt** se détermine selon des taux statutaires fixes. Pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives, le taux est de 8.5 % du bénéfice net¹²⁴. Pour les associations, les fondations et les autres personnes morales, le taux est de 4.25 % du bénéfice net, lequel n'est pas imposé lorsqu'il n'atteint pas CHF 5'000.-¹²⁵. Au niveau de l'ICC, les cantons sont libres de fixer leurs propres taux¹²⁶.

2) Pour l'émetteur

Le bénéfice imposable est le résultat des produits moins les charges. Comme nous allons le voir, les fonds levés par l'émission de jetons constituent un produit et non des fonds propres. Nous nous interrogerons donc sur la possibilité de considérer les versements rémunératoires aux investisseurs fondés sur des jetons comme des charges financières. Puis, nous aborderons la question de la provision constituée pour couvrir l'activité financée de l'émetteur de jetons.

¹¹⁷ Art. 49 LIFD et 20 LHID.

¹¹⁸ Art. 58 al. 1 et 24 al. 1 LHID.

¹¹⁹ OBRIST-Introduction, n° 242 ; OBERSON, § 10 n° 1.

¹²⁰ ATF 136 II 88 (= RDAF 2009 II 570) ; OBRIST-Introduction, n° 242 ; OBERSON, § 10 n° 1.

¹²¹ Art. 60 LIFD et 24 al. 2 LHID.

¹²² OBRIST-Introduction, n° 248 ; OBERSON, § 10 n° 5.

¹²³ Voir les art. 59 LIFD et 25 LHID sur les charges justifiées par l'usage commercial.

¹²⁴ Art. 68 LIFD ;

¹²⁵ Art. 71 al. 1 et 2 LIFD.

¹²⁶ Art. 27 al. 1 LHID.

Sur le plan du droit civil, l'émission de jetons nous paraît revêtir la forme d'une **vente** au sens des art. 184 ss CO. Elle se distingue de toute évidence d'un acte de souscription nécessaire à la fondation d'une personne morale¹²⁷.

Comme mentionné plus haut (I.C.1), les émetteurs de jetons reçoivent en général des moyens financiers sous forme de monnaies virtuelles de la part des investisseurs. Rappelons que la plupart des administrations fiscales reconnaissent formellement que les monnaies virtuelles peuvent former un revenu lorsqu'elles interviennent à titre de rémunération de l'activité lucrative dépendante et indépendante¹²⁸. Quelle que soit leur nature juridique de ces monnaies virtuelles, ces dernières incorporent une valeur économique et entraînent la réalisation d'un **produit imposable** pour l'entreprise. Il n'est donc pas question de créer du capital propre au sein de l'entité émettrice. Nous rappelons la teneur de ce passage dans le Guide pratique sur les ICOs publié par la DG DERI :

« Au niveau de l'entité juridique initiant l'ICO (entité émettrice de jetons), l'AFC-GE considère que les ressources financières reçues en échange des jetons émis sont constitutives d'un produit imposable qui doit être crédité au compte de pertes et profits (« P&P ») de l'entité concernée. Ceci est valable quelle que soit la nature des jetons émis (jetons de paiement, jetons d'utilité, jetons d'investissement ou jetons hybrides) »¹²⁹.

Ainsi, pour les personnes morales, le prix de vente payé en échange de la réception des jetons forme un **bénéfice imposable**.

Ceci posé, il convient de se pencher sur les charges que peuvent représenter pour la société émettrice les versements ou les services rendus aux investisseurs, une fois les jetons émis.

En ce qui concerne les **jetons de dette**, il nous paraît logique que le versement d'intérêts fondés sur le prêt qu'ils représentent constituent une charge financière. Quant aux **jetons d'utilité**, ils n'octroient pas de versements monétaires ; toutefois les services qu'ils rendent peuvent avoir un coût pour l'entreprise et générer des charges également (charges énergétiques, salaires, etc.).

L'analyse se corse lorsqu'on en vient aux **jetons de participations** et aux **jetons de jouissance**. Ces deux types de jetons se distinguent matériellement en ce que les jetons de participations donnent droit à une part du chiffre d'affaires de la société émettrice alors que les jetons de jouissance sont censés donner droit à une prétention équivalente à un dividende. Cela étant, il y a lieu de les traiter formellement de la même manière car aucun d'eux ne revêt la qualité de fonds propres. Peu importe où se situe la saisie des versements qu'ils confèrent dans le compte des pertes et profits, ladite saisie interviendra toujours avant la ligne « bénéfice net ». En d'autres termes, aucun jeton nous paraît légitimement donner droit à un véritable dividende. En effet, les dividendes ne peuvent être versés qu'aux fins de la rémunération actionnariale, au sens du droit civil. Par simplification, nous nous pencherons ci-dessous sur les versements découlant de jetons de participations.

¹²⁷ Art. 629 al. 2 CO.

¹²⁸ Not. Merkblatt STVW Zug – Kryptowährungen, ch. 4.

¹²⁹ Guide DG DERI – ICO, ch. 2.3.

Comme nous venons de le voir, les jetons de participations donnent droit à une part du chiffre d'affaires de la société émettrice, notamment l'EBIT (Earning Before Interest and Tax). Cela signifie que les versements rémunératoires fondés sur des jetons de participations constituent des charges financières venant réduire le bénéfice de l'entreprise (et par conséquent le montant de l'impôt sur le bénéfice et de l'impôt anticipé lors de distributions de dividendes). Lors de l'assemblée extraordinaire de l'IFA-CH, l'AFC a proposé de qualifier les jetons de participations **d'instruments financiers *sui generis***, en dressant une analogie avec les certificats dynamiques sur indice ou sur paniers d'actions « open-end », ou encore avec les documents relatifs à des sous-participations à des titres¹³⁰.

Les **certificats sur indice ou paniers d'actions** sont des produits de participation qui répliquent intégralement l'évolution d'un indice ou d'un panier de valeurs, selon différentes variantes. Fondamentalement, il s'agit de produits structurés permettant de diversifier les risques avec un investissement modeste et des frais de gestion réduits¹³¹. En principe, ces certificats sont assortis d'échéances mais peuvent également former des véhicules de placement sans durée fixes (« open-end »). Ils peuvent également être statiques ou dynamiques. S'ils sont statiques, leur constitution est figée jusqu'à l'échéance du contrat. S'ils sont en revanche dynamiques, ils font l'objet d'une gestion active, ce qui modifie le contenu du panier à intervalle régulier. Cependant, contrairement à un fonds de placement géré activement, la gestion des certificats dynamiques ne laisse que peu de place aux décisions subjectives d'un gérant et est soumise à des règles prédéfinies¹³². Précisons encore que, pour certains certificats, l'émetteur promet à l'investisseur une prestation supplémentaire en sus du remboursement dépendant de l'évolution de l'indice ou du panier d'actions. Il s'agit de paiements compensatoires (périodiques ou uniques) qui se substituent partiellement aux dividendes, lesquels échappent à l'investisseur par rapport à un investissement direct en actions¹³³.

Dans sa Circulaire n° 15 sur les obligations et instruments financiers, l'AFC considère les certificats d'actions comme des investissements (directs) en actions leur applique le traitement fiscal correspondant¹³⁴. Cependant, à titre de réglementation exceptionnelle, les certificats classiques sur indice ou sur panier d'actions sont traités comme une **catégorie propre d'instruments financiers**, en ce sens que les gains et les pertes réalisés sur ces certificats dépendent de l'évolution des valeurs sous-jacentes et constituent du point de vue fiscal (comme ceux découlant des autres instruments financiers dérivés) des gains ou des pertes en capital (potentiellement exonérés au sens de l'art. 16 al. 3 LIFD). Les éventuels paiements compensatoires constituent un rendement imposable au sens de l'article 20 al. 1 lit. a LIFD¹³⁵.

¹³⁰ IFA-CH, Présentation, slides 28 et 34. Voir également JUD / MOOS, Introduction et cas pratique n° 1, lit. d) « Phase 1 », et JUNG, ch. 5.1.c, BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. III.B., qui rapportent et discutent la position de l'AFC soutenue lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH.

¹³¹ NOVELLO, p. 146.

¹³² NOVELLO, p. 146.

¹³³ Circ. AFC n° 15, Annexe III, ch. 1.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.* A cet égard, il est indifférent que les distributions des actions sous-jacentes constituent des dividendes normaux, des remboursements de valeur nominale ou des remboursements de réserves issues d'apports de capital. En cas de paiements périodiques, ils sont imposables selon le principe général de l'échéance. En cas de paiements compensatoires sous forme d'escompte à l'émission ou d'agio au remboursement, l'imposition a toujours lieu au moment du remboursement

Pour ce qui est des certificats sans échéance fixe (« open-end »), l'imposition a lieu lors du réinvestissement des revenus, donc en règle générale annuellement. Dans le cas des certificats sur indice de performance ou sur panier de performance (« total return »), le rendement constitué par le dividende de la valeur sous-jacente représente le rendement de fortune imposable qui est considéré comme un réinvestissement au 31 décembre du point de vue fiscal¹³⁶.

Alternativement, l'AFC a suggéré la qualification de **documents relatifs à des sous-participations à des titres** au sens de l'art. 13 al. 2 lit. c de la Loi sur les droits de timbre (LT). La qualification est complexe et nous ignorons si l'AFC s'est prononcée plus en détail à ce sujet. En matière de droit de timbre, la qualification de sous-participations, notamment à des actions, permet de soumettre au droit de négociation sur le marché secondaire certains produits dérivés, notamment les LEPOs (Low Exercise Price Options) et les mini-futures, lorsqu'ils ne sont pas opérations à terme¹³⁷. Nous n'aborderons pas ici ce genre d'instruments¹³⁸.

Les qualifications présentées ci-dessus nous paraissent bien fondées, quoiqu'une position formelle de l'AFC s'imposerait. En fin de compte, les jetons de participation ne forment pas du capital propre et ne résultent que d'une relation contractuelle. Une société peut ainsi s'engager (par contrat virtuel matérialisé par des jetons) à subir des charges selon ses résultats financiers, en échange de financement initial. Il s'agira dorénavant pour l'AFC d'établir une pratique au regard de ce qui sera considéré comme justifié par l'usage commercial.

Les charges ayant été discutées, nous pouvons enfin étudier la question des provisions. En matière d'ICOs, les pratiques d'avant-garde semblent admettre la possibilité pour l'émetteur de constituer une **provision** dans ses comptes, lorsqu'il est tenu par son engagement de développer le projet financé, notamment dans le cas d'une prévente (cf. *supra* I.C.1). C'est ce que semble avoir retenu les participants à l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH, le 8 février 2018¹³⁹. Dans le même sens, la DG DERI affirme dans son Guide que l'AFC-GE a adopté la position suivante :

« Dans la mesure où l'entité émettrice s'est formellement engagée à allouer les ressources financières obtenues lors de l'ICO au développement et au financement de son projet (couverture des coûts de fonctionnement et de recherche et développement (R&D), **il est admis qu'elle puisse constituer une provision à charge de son compte de P&P, ceci à concurrence des produits provenant de l'ICO.**

Cette provision devra ensuite être dissoute, par le crédit du compte de P&P, au fur et à mesure de la phase de développement du projet et de l'engagement des ressources financières obtenues lors de l'ICO, ou sur une durée à déterminer en amont avec l'AFC-GE. Les dépenses engendrées par le développement du projet pourront, quant à elles, être comptabilisées à titre de charges au débit du compte de P&P.

¹³⁶ Circ. AFC n° 15, Annexe III, ch. 1.

¹³⁷ Circ. AFC n° 15, Annexe III, ch. 4.

¹³⁸ Pour un développement à cet effet, voir BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. III.B.1.i, qui suggèrent de qualifier les jetons de participations de Prepaid Forward Contracts.

¹³⁹ Voir not. JUD / MOOS, Introduction et cas pratique n° 1, lit. d) « Phase 1 », JUNG, ch. 5.1.c et DUVOISIN, p. 7 et 8, qui relatent les principes discutés durant cette assemblée.

Au terme de la phase de développement du projet, l'éventuel solde de ladite provision devra obligatoirement être dissout par le crédit du compte de P&P et constituera ainsi un produit imposable » [mise en évidence par l'auteur]¹⁴⁰.

Cette provision appelle toutefois quelques questions, notamment d'**ordre temporel** en lien avec sa comptabilisation et sa justification commerciale. En effet, en droit comptable, l'art. 960e al. 2 CO dispose qu'une provision ne peut être constituée à charge du compte de résultats que lorsqu'en raison d'évènement passés, il y a lieu de s'attendre à une perte d'avantages économiques pour l'entreprise lors d'exercices futurs. Le Manuel suisse d'audit (MSA) prévoit, dans ce sens, qu'aucune provision ne doit être comptabilisée en ce qui concerne des évènements survenus après la date du bilan¹⁴¹. De manière similaire, en droit fiscal, la provision ne peut être admise que si elle est justifiée par l'usage commercial et porte sur des faits dont l'origine se déroule **durant la période de calcul**¹⁴².

Sous l'angle fiscal, il n'est ainsi pas justifié commercialement de constituer des provisions pour **risques ou investissements futurs**, notamment pour faire face à des dépenses que l'entreprise devra supporter en raison de son activité future¹⁴³. De telles provisions constituent des réserves et font partie du revenu imposable, de sorte qu'elles ne sauraient être déduites de ce dernier avant que la société n'ait à supporter les charges en cause, conformément au principe de périodicité du droit fiscal¹⁴⁴.

Substantiellement, la provision discutée lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFAC-CH et reprise par l'AFC-GE selon le Guide de la DG DERI semble avoir pour but de neutraliser la charge fiscale sur l'appel de fonds propres ou étrangers. En effet, une société de capitaux qui reçoit des fonds en échange d'actions émises ou qui reçoit de l'argent à titre de prêt ne réalise pas un bénéfice imposable alors que, comme nous l'avons exposé plus haut, une société qui émet des jetons dans le but de lever des fonds réalise en principe un bénéfice imposable. Toutefois, formellement, il paraît que la provision envisagée vise surtout à couvrir les frais de R&D en lien avec l'activité initiée. Elle les couvrirait non seulement au moment de l'ICO mais surtout lors des exercices qui suivent l'année de l'ICO (frais futurs). Une telle couverture des frais ou de dépenses futurs nous laisse dubitatifs car elle semble davantage se rapprocher d'une provision pour risques ou investissements futurs, laquelle ne saurait être admise.

Nous pouvons imaginer deux autres explications. La première est que la provision constituée à raison des fonds levés par l'ICO peut servir à couvrir le risque imminent provoqué par les variations de cours des monnaies virtuelles, lesquelles sont régulièrement utilisées comme moyens de paiement en échange des jetons émis. L'émetteur constituerait ainsi une provision sur un actif dont la valeur est incertaine, dû à sa forte volatilité. Etant donné que les monnaies virtuelles ont un prix courant observable sur le marché actif, il s'agirait alors d'une **réserve de fluctuation**, au sens de l'art. 960b al. 2 CO, à charge du compte de résultat¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Guide DG DERI – ICO, ch. 2.3.

¹⁴¹ MSA, contrôle ordinaire, III.5.4.1.

¹⁴² TF 2C_581/2010, consid. 3.1 ; 2C_392/2009, consid. 2.1.

¹⁴³ ATF 103 Ib 366 ; 75 I 255.

¹⁴⁴ TF 2C_581/2010, consid. 3.1 ; 2P.17/2007, consid. 5.3.

¹⁴⁵ Le cours des monnaies virtuelles est notamment observable, en temps réel, sur le site Internet <https://www.coinmarketcap.com/>.

La seconde explication tient de l'exception que connaît le droit fiscal fédéral en ce qui concerne les dépenses destinées à couvrir des **futurs mandats de R&D**. En effet, l'art. 29 al. 1 lit. d LIFD (dont la teneur est identique à celle de l'art. 63 al. 1 lit. d LIFD pour les personnes morales) prévoit que des provisions peuvent être constituées à la charge du compte de résultats pour les futurs mandats de R&D confiés à des tiers, jusqu'à 10 % au plus du bénéfice commercial imposable, mais au total jusqu'à CHF 1 million au maximum¹⁴⁶. Cette disposition s'écarte du droit commercial, en ce sens qu'elle autorise fiscalement une provision pour un évènement économiquement défavorable ayant son origine dans le futur et non durant l'exercice en cours. Cette observation a d'ailleurs récemment poussé le TF à considérer que les provisions pour les futurs mandats de R&D ne constituent pas des provisions à proprement dit, mais des **réserves ouvertes fiscalement privilégiées**¹⁴⁷. Cette seconde hypothèse mérite un approfondissement.

Comme nous l'avons expliqué plus haut, la provision admise par l'AFC-GE selon le Guide de la DG DERI semble surtout couvrir les frais de R&D futurs. Il convient donc de déterminer si cette provision s'insère dans la catégorie des réserves ouvertes fiscalement privilégiées pour futurs mandats de R&D au sens de l'art. 29 al. 1 lit. d LIFD. La réponse semble rapidement tendre vers la négative car la seule interprétation littérale de l'art. 29 al. 1 lit. d LIFD (tout comme celle de l'art. 63 al. 1 lit. d LIFD pour les personnes morales) suffit à conclure que la constitution d'une telle réserve effectuée par le contribuable lui-même est proscrite et qu'elle ne peut être faite que pour des travaux futurs de R&D **menés par un tiers**¹⁴⁸. C'est d'ailleurs ce qui ressort des débats parlementaires à l'origine de l'introduction de cette disposition, notamment l'intervention Villiger :

« A l'origine de l'art. 29 al. 1 lit. d, en substance, il s'agissait de prendre en considération le fait que, dans les petites et moyennes entreprises, l'innovation ne se passait pas de la même manière que dans les grandes entreprises qui disposaient déjà de structures de recherche et développement. Pour la taille des premières, ce genre de dépenses dépassait généralement le bénéfice annuel. La constitution de telles réserves permettait ainsi à l'entreprise de répartir sur plusieurs périodes les dépenses irrégulières pour mandats de recherche et de développement. Afin de réellement profiter aux petites et moyennes entreprises, ce nouvel instrument avait été doublement limité : d'une part, le montant de la réserve ne pouvait pas dépasser 10 % au plus du bénéfice commercial imposable, mais au total jusqu'à 1 million de francs au maximum et, d'autre part, **le mandat de recherche et de développement devait être confié à des tiers**, soit plus précisément, à un technicum, à un institut spécialisé de l'économie privée ou à d'autres entreprises aux fins, notamment, de fabriquer des prototypes ou d'acquérir des brevets » [mise en évidence par l'auteur]¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Avant l'entrée en vigueur de la LIFD, la constitution à charge du compte de résultats de provisions pour futurs mandats de R&D n'existe pas sous l'empire de l'arrêté du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD). Voir not. KÄNZIG, ad art. 22 al. 1 lit. b AIFD n° 133, et jurisprudence citée, qui souligne qu'une provision ne peut tenir compte, sous l'angle fiscal, des réserves pour dépenses futures.

¹⁴⁷ TF 2C_808/2017, consid. 4.1.

¹⁴⁸ CR LIFD-DANON, ad art. 63, n° 39, qui précise que la notion de tiers doit être comprise dans un sens juridique, soit comme tous les sujets de droits, à l'exception de l'entreprise contribuable elle-même.

¹⁴⁹ BOCE 1988, p. 818, cité dans l'arrêt du TF 2C_808/2017, consid. 4.1. Voir également BOAF 1989 I, session de février, 2^e séance, pp 25 à 52, pour une restitution du débat parlementaire dans le cadre de l'harmonisation fiscale.

Or, dans le cas d'espèce, nous étudions la possibilité d'une provision constituée par l'émetteur de jetons pour couvrir sa propre activité et non celle d'un tiers mandataire. Sur ce point, l'AFC-GE (tout comme l'AFC et l'IFA-CH) nous semble se heurter à un obstacle, du moins à raison de l'IFD. En revanche, pour ce qui a trait à l'ICC, la teneur des art. 29 al. 1 lit. d et 63 al. 1 lit. d LIFD n'a pas été reprise dans la LHID. En effet, l'art. 10 al. 1 lit. b LHID, qui s'applique tant pour les provisions constituées par des personnes physiques que par des personnes morales, a un caractère exemplatif (« notamment ») et se limite à prévoir la constitution de provisions pour couvrir des engagements dont le montant est encore indéterminé ou d'autres risques de pertes imminentess¹⁵⁰. Le Tribunal fédéral considère à cet égard qu' « il n'est pas interdit aux cantons de prévoir par eux-mêmes dans leur propre législation des provisions à charge du compte de résultat pour futurs mandats de [R&D] »¹⁵¹.

Par exemple, pour ce qui a trait aux personnes physiques, le législateur genevois a choisi de reprendre la teneur de l'art. 29 al. 1 lit. d LIFD en adoptant l'art. 30 lit. e ch. 4 de la Loi sur l'imposition des personnes physiques (LIPP). Ce dernier prévoit donc lui aussi la constitution d'une « provision » pour les travaux futurs de R&D lorsque ceux-ci sont confiés à des tiers, avec les mêmes plafonds, à savoir à hauteur de 10 % du bénéfice imposable ou de CHF 1 million au maximum. Il paraît donc contradictoire que l'AFC-GE autorise un contribuable à constituer une provision en lien avec des activités de R&D qu'il mène lui-même. En revanche, pour les personnes morales, le législateur genevois n'a pas prévu de « provision » pour futurs mandats de R&D. En effet, l'art. 16B de la Loi sur l'imposition des personnes morales (LIPM) reprend, de son côté, la teneur de l'art. 10 al. 1 lit. b LHID et ne prévoit ainsi aucune limite à la création d'une provision en lien avec la R&D. Ainsi, une personne morale devrait être légitimée à constituer dans ses comptes une provision pour des frais propres et futurs en lien avec son activité de R&D.

Peut-être, le Guide de la DG DERI postule-t-il que l'émetteur de jetons est, par défaut, une personne morale. Dès lors, des réserves ouvertes fiscalement privilégiées lui seraient admises, sans limites, pour sa propre et future activité de R&D. Le Guide de la DG DERI convoque peut-être même un second postulat : celui que la réserve ne s'appliquerait qu'à l'ICC.

En définitive, nous percevons que, dans le canton de Genève du moins, l'émetteur de jetons serait légitimé à constituer une réserve de fluctuation s'il lève des fonds sous forme de monnaie virtuelle lors de son ICO et qu'il ne pourrait, par ailleurs, constituer une réserve ouverte fiscalement privilégiée pour sa propre et future activité de R&D (financée par l'ICO) **que s'il est une personne morale et uniquement à raison de l'ICC**. Le montant de cette provision ne pourrait excéder le montant total des fonds reçus en échange des jetons. L'émetteur de jetons, qu'il soit une personne physique ou morale, n'aurait donc pas le droit de constituer une provision en lien avec sa propre activité future R&D à raison de l'IFD¹⁵².

¹⁵⁰ TF 2C_808/2017, consid. 5.1.

¹⁵¹ TF 2C_808/2017, consid. 5.1.

¹⁵² Art. 29 al. 1 lit. d et 63 al. 1 lit. d LIFD.

A noter que la Loi zougoise sur les impôts (LI/ZG), à ses art. 26 al. 2 lit. b et 60 al. 1 lit. e, prévoit, aussi bien pour les personnes physiques que morales, la possibilité de constituer une réserve ouverte fiscalement privilégiée pour les futurs mandats de R&D confiés à des tiers, dans les mêmes termes que les art. 29 al. lit. d et 63 al. 1 lit. d LIFD¹⁵³. Il est donc d'autant plus curieux que la pratique zougoise semble admettre des provisions pour la R&D propre et future, comme le ferait le fisc genevois. Cette position est peut-être survenue dans le courant des diverses incitations à la R&D prévues dans la RFFA acceptée par le peuple le 19 mai 2019, notamment la possibilité désormais offerte aux cantons de prévoir une déduction supplémentaire (« superdéduction ») de maximum 50 % des dépenses de R&D justifiées par l'usage commercial¹⁵⁴. Cette hypothèse fait cependant face à deux obstacles : le premier est que la superdéduction des frais R&D ne s'appliquera qu'à l'ICC et le second est qu'elle ne sera qu'une déduction purement fiscale et non une règle correctrice d'une charge comptable.

Pour conclure, nous comprenons que les défenseurs d'une provision s'appuient sur le rapport d'obligation de développement d'un projet financé par l'émission de jeton¹⁵⁵. Or, selon nous, cette obligation de développement à l'égard des pourvoyeurs de fonds n'est autre qu'une forme de développement à inscrire dans la catégorie de R&D, ce qui restreint la saisie d'une telle provision. La pratique étant encore incertaine, l'émetteur de jetons sera bien inspiré de solliciter un **ruling** de la part de l'autorité fiscale cantonale compétente afin de valider toute provision envisagée liée à ses propres frais de R&D.

3) Pour l'investisseur

a) *Acquisition*

Lorsque l'investisseur, en tant que personne morale, acquiert des jetons d'utilité ou des jetons d'investissements en échange de monnaies virtuelles qu'il verse à l'émetteur, il procède à une **restructuration de ses actifs**¹⁵⁶. En effet, il remplace ses monnaies virtuelles par des jetons. La permutation d'actifs qu'opère l'investisseur dans son patrimoine n'entraîne pas d'accroissement net dudit patrimoine et, de surcroît, pas de bénéfice sur le plan fiscal. Il n'y a donc pas d'impôt sur le bénéfice au moment de l'acquisition des jetons.

Sur le plan comptable, lors de leur première activation, les jetons doivent être évalués au plus à leur coût d'acquisition, conformément à l'art. 960a al. 1 CO¹⁵⁷.

¹⁵³ Art. 26 LI/ZH : « Bei selbständiger Erwerbstätigkeit werden die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten abgezogen (al. 1). Dazu gehören insbesondere die verbuchten Rückstellungen für Verpflichtungen, deren Höhe noch unbestimmt ist, oder für unmittelbar drohende Verlustrisiken sowie die Rücklagen für Forschungs- und Entwicklungsaufträge an Dritte bis zu 10 Prozent des steuerbaren Geschäftsertrages, insgesamt jedoch höchstens bis zu 1 Million Franken » (al. 2). Art. 60 al. 2 lit. e LI/ZH : « Zum geschäftsmaessig begründeten Aufwand gehören auch die Rücklagen für künftige Forschungs- und Entwicklungsaufträge an Dritte bis zu 10 Prozent des steuerbaren Reingewinns, insgesamt jedoch höchstens bis 1 Million Franken ».

¹⁵⁴ Nouvel art. 25a LHID (RFFA) ; Rapport DFF – PF 17, ch. 1.2.2.3

¹⁵⁵ Voir not. DUVOISIN, p. 8.

¹⁵⁶ JUD / MOOS, Introduction et cas pratique n° 1, lit. d) « Phase 1 » ; JUNG, ch. 5.1.c et DUVOISIN, p. 7, qui reprennent la position de l'IFA à ce sujet.

¹⁵⁷ Art. 960a al. 1 CO.

b) *Détention*

Premièrement, il y a lieu de se demander si et dans quelle mesure les jetons d'utilité et les jetons d'investissement peuvent générer des produits affectables au résultat de l'investisseur. Deuxièmement, il convient d'étudier la possibilité de constituer des amortissements ou des provisions comptables sur les jetons portés à l'actif, dans la mesure de telles saisies réduisent le résultat – par la constitution d'une charge – et donc le bénéfice imposable. Troisièmement, nous nous interrogerons sur la possibilité d'appliquer la réduction pour participations des art. 69 et 70 LIFD.

Comptablement, le rendement de la fortune mobilière pour une personne morale consiste en un **produit exceptionnel** (hors exploitation) au sens de l'art. 959b al. 2 ch. 9 CO. De manière analogue à ce que nous avons vu dans le cadre de l'impôt sur le revenu, il y a un produit exceptionnel lorsque les jetons revêtent la qualité de valeur mobilière (cf. *supra* II.B.3.b).

En ce qui concerne les charges d'amortissement, il convient d'évoquer les règles applicables pour déterminer la valeur comptable de jetons. Selon le droit comptable, la première comptabilisation des actifs a lieu au plus à la **valeur d'acquisition**¹⁵⁸. Tout jeton cryptographique est à comptabiliser à sa valeur d'achat lors de l'exercice durant lequel il a été acquis. Pour les exercices suivants, le droit comptable prévoit que la valeur des actifs ne peut être supérieure à la valeur d'acquisition¹⁵⁹. La valeur d'acquisition est donc une valeur-plafond. Toutefois, si les actifs ont un prix courant observable, telle qu'une cotation en bourse, ils peuvent être réévalués au cours du jour ou au prix courant à la date du bilan, même si ce cours est supérieur à la valeur d'acquisition¹⁶⁰. Il sied donc de déterminer si les jetons provenant d'une ICO peuvent être des actifs ayant un prix courant observable. Nous avons vu que les monnaies virtuelles forment régulièrement la contre-prestation de l'émission des jetons et que ces monnaies disposent d'un prix courant observable grâce à plusieurs plateformes spécialisées sur l'Internet. L'AFC retient un cours des monnaies virtuelles principales en appliquant une moyenne des cours arrêtés par les plateformes les plus importantes. Malgré cela, il n'est pas possible de tirer un lien systématique entre le cours observable des monnaies virtuelles et les jetons contre lesquels elles ont été échangées. En effet, la valeur des monnaies virtuelles et la valeur des jetons ne se rencontrent qu'au moment de générer l'échange. Une fois celui-ci réalisé, les valeurs de ces deux actifs suivent des réalités sans lien. La valeur des jetons peut par exemple prendre l'ascendant grâce à la bonne concrétisation du projet financé alors que la monnaie virtuelle qui a servi à l'achat peut, de son côté, se déprécier sur les marchés de change.

Partant, au moment de l'achat, les jetons émis lors d'une ICO, quelle qu'en soit leur nature, doivent être comptabilisé à leur valeur d'acquisition. Puis, ils ne devraient en principe pas être portés à une valeur supérieure lors des exercices subséquents. Toutefois, s'ils sont destinés à l'échange et disposent d'un prix courant observable, il nous paraît admissible de procéder à des évaluations comptables fondées sur ces cours observables car les échanges ne peuvent avoir lieu que sur des plateformes en ligne permettant aisément de dresser un cours.

¹⁵⁸ Art. 960a al. 1 CO

¹⁵⁹ Art. 960a al. 2 CO.

¹⁶⁰ Art. 960b al. 1 CO

Le seuil maximum d'activation au bilan étant déterminé, nous nous tournons à présent vers les évaluations à la baisse de la valeur comptable, soit l'opportunité de réaliser des amortissements ou des provisions en lien avec les jetons.

L'**amortissement** est prévu par le droit comptable car il permet d'enregistrer la moins-value d'actifs engendrée par l'usage ou l'obsolescence technologique et économique¹⁶¹. Cette perte de valeur représente une consommation de moyens d'activité, une charge d'amortissement, voire une dépréciation¹⁶². Ordinairement, la charge d'amortissement est liée à l'utilisation planifiée de l'actif, alors que la dépréciation dépend de la valeur que le bien représente encore pour l'entreprise à la date du bilan¹⁶³.

L'objectif de détention des jetons permet de déterminer si les jetons peuvent être assimilés à des « Titres », soit des actifs circulants ou à des « Participations », soit des actifs immobilisés. De manière générale, en comptabilité, la notion de titre est plus large que celle de papiers-valeurs car elle englobe les actifs financiers incorporant des « droits de créance et de participations ne possédant pas le caractère de papier-valeur »¹⁶⁴. Les titres détenus dans un but de placement à court terme sont enregistrés sur un compte « Titres » appartenant aux **actifs circulants**¹⁶⁵. Les charges et les produits en relation avec les opérations sur les titres sont comptabilisés sur des comptes de résultat sur titres généralement nommés « Produits des titres » et « Charges des titres »¹⁶⁶. Les gains et les pertes de cours sont également enregistrées sur ces comptes de résultats. En raison de leur nature de placements à court termes, les titres ne peuvent être amortis. A l'inverse, les titres représentant une part importante du capital d'une société et détenus dans le but d'exercer une influence notable (dès 20 % des droits de vote) sur cette dernière sont considérés comme des participations comptabilisées sur un compte « Participations » appartenant aux **actifs immobilisés** (immobilisations financières)¹⁶⁷. Les actifs immobilisés supposent une détention à long terme, soit plus de douze mois¹⁶⁸. Sans entrer dans des détails de comptabilité, les participations, au sens du droit comptable, peuvent ainsi faire l'objet d'amortissements à charge du résultat¹⁶⁹.

En définitive, lorsque les jetons sont destinés à être échangés sur les marchés financiers (mêmes virtuels), il y a lieu de retenir qu'ils sont des titres qui tiennent une fonction d'actifs financiers. Ils sont donc des actifs circulants enregistrés sur un compte « Titres ». Ils ne s'amortissent pas et donnent lieu à des gains ou des pertes en capital ainsi qu'à des gains ou des pertes de cours. En revanche, lorsque les jetons sont affectés à une détention durable dans le but d'exercer une influence notable dans la société émettrice, il convient de les traiter comme des participations, soit des actifs immobilisés sujets à amortissements. Ces derniers peuvent également donner lieu à des gains ou pertes en capital, à saisir comme produits ou charges exceptionnels.

¹⁶¹ Art. 960a al. 3 CO.

¹⁶² STETTLER / DOUSSE / DONG / DARBELLAY, p. 392.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ MSA, Présentation, p. 128 ; STETTLER / DOUSSE / DONG / DARBELLAY, p. 353.

¹⁶⁵ CHARDONNENS, p. 129.

¹⁶⁶ CHARDONNENS, p. 130.

¹⁶⁷ Art. 960d CO ; CHARDONNENS, p. 129.

¹⁶⁸ Art. 960d al. 2 CO.

¹⁶⁹ Art. 960a al. 3 CO.

Quant à la **provision**, selon le droit comptable, elle est un poste passif constitué par la création d'une charge équivalente. Elle peut être constituée lorsque, en raison d'évènements passés, il faut s'attendre à une perte d'avantages économiques pour l'entreprise lors d'exercices futurs¹⁷⁰. Le risque de décaissement illustre une dette probable, ce qui fait de la provision un poste passif ; toutefois la provision s'écarte de la dette car elle couvre un montant incertain. Pour un investisseur, il est envisageable de constituer des provisions sur des jetons de participations remplissant la **fonction de dette** (debt token). Il s'agirait de provisions couvrant le risque de ducroire, soit le risque que l'émetteur des jetons soit insolvable. Formellement, ces provisions sont en pratique des actifs négatifs fonctionnant comme des comptes de passifs. Ainsi elles sont portées au bilan directement sous le poste d'actifs qu'elles ajustent (*i.e.* le poste créanciers lié aux jetons de dette)¹⁷¹.

La bonne tenue des amortissements et des provisions comptables est une condition essentielle pour obtenir leur reconnaissance fiscale (principe de déterminance).

Enfin, nous nous interrogeons sur la possibilité d'appliquer la **réduction pour participations** au sens des art. 69 et 70 LIFD aux produits issus des jetons lorsque ces derniers remplissent une fonction similaire à celle de participations. En effet, l'art. 69 LIFD prévoit que l'impôt sur le bénéfice d'une société de capitaux ou d'une société coopérative est réduit proportionnellement au rapport entre le rendement net des droits de participation, défini à l'art. 70 LIFD, et le bénéfice net total lorsque la société en question détient au moins 10 % du capital-actions ou du capital société de ses filiales (1^{ère} hypothèse), participe pour au moins 10 % au bénéfice et aux réserves d'autres sociétés (2^e hypothèse) ou détient des droits de participation d'une valeur vénale d'au moins CHF 1 million (3^e hypothèse).

La réduction est acquise aux personnes morales de droit suisse, ainsi qu'aux personnes morales de droit étranger qui sont assimilées à des personnes morales de droit suisse¹⁷²

Le texte légal ne définit pas la notion de participation, si ce n'est d'une façon générale en se référant à une participation au « capital-actions ou au capital social d'une autre société ». La Circulaire n° 27 de l'AFC précise que les participations visées par la réduction englobent les actions, les parts sociales de Sàrl ou de sociétés coopératives, les bons de participation, les bons de jouissance et les parts au capital de SICAFs¹⁷³. Elle exclut la qualification de participations aux obligations, aux prêts et avances, aux instruments hybrides, autres avoirs d'actionnaires d'une société de capitaux ou d'associés dans une société coopérative, aux parts à des placements collectifs de capitaux ainsi qu'aux parts au capital de sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)¹⁷⁴. D'une manière générale, il convient de retenir que c'est avant tout la notion de **fonds propres au sens économique** qui est déterminante, par opposition à la notion de fonds étrangers économiques, lesquels sont exclus de la réduction d'impôt¹⁷⁵. Ceci va d'ailleurs dans le sens du texte légal car l'art. 69 lit. b LIFD inclut comme objet de la réduction la « participation au bénéfice et aux réserves d'autres sociétés ».

¹⁷⁰ Art. 960e al. 2 CO.

¹⁷¹ STETTLER / DOUSSE / DONG / DARBELLAY, 75.

¹⁷² Circ. AFC n° 27, ch. 2.2.

¹⁷³ Circ. AFC n° 27, ch. 2.3.2.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ RICHNER / FREI / KAUFMANN, ad art. 69, n° 5 ; CR LIFD-BERDOZ, ad art. 69, n° 46 ; GRETER, p. 88.

Fondé sur cela, nous pouvons d'ores et déjà exclure les jetons de dette de l'application de la réduction pour participations. En ce qui concerne les jetons de participations, nous avons vu qu'ils donnent un droit à une rémunération basée sur le succès financier de l'émetteur, p. ex. une part de l'EBIT. Ces jetons ne donnent donc pas, en soi, droit à une part des fonds propres de la société émettrice (bénéfice ou réserves) et sont donc aussi à exclure de la réduction.

En revanche, les **jetons de jouissance** se proposent de conférer une prétention sur le résultat de l'entreprise, tentant de se rapprocher, en cela, des bons de jouissance. Comme nous l'avons vu, ces derniers sont reconnus en tant que participations par l'AFC¹⁷⁶. Nous pourrions donc penser, du moins en théorie, qu'ils pourraient être objet de la réduction pour participations dans la mesure où ils donnent droit à une part d'au moins 10 % bénéfice ou des réserves de la société émettrice. Cela étant, comme expliqué plus haut en ce qui concerne l'émetteur (cf. *supra* II.D.2), nous estimons que les jetons de jouissance ne peuvent jamais donner droit à une réelle part du bénéfice net de l'entreprise car ce dernier est destiné soit au versement de dividendes soit à l'autofinancement par l'alimentation des réserves. En d'autres termes, les jetons de jouissance ne donnent pas un droit sur les fonds propres. Dès lors, on ne saurait en faire l'objet d'une quelconque réduction pour participations.

c) Aliénation

En droit comptable, la réalisation de jetons à une valeur différente de la valeur comptable entraîne soit un **gain en capital** soit une **perte**. Dans le premier cas, il s'agit d'un produit qui vient augmenter le bénéfice imposable. Dans le second cas, il s'agit d'une perte qui vient diminuer le bénéfice imposable. Nous pouvons enfin soulever la question de la réduction pour participation en cas de bénéfice en capital au sens de l'art. 70 al. 4 lit. b LIFD. Cette disposition prévoit que les bénéfices en capital peuvent entrer dans le calcul de la réduction notamment si la participation aliénée donnait un droit fondé sur 10 % au moins du bénéfice et des réserves d'une autre société. Toutefois, en ligne avec notre réflexion en fin de section précédente (cf. *supra* II.D.3.b), nous excluons une telle possibilité au motif que les jetons de participation et de jouissance ne confèrent pas de droit aux fonds propres de la société émettrice.

E. Impôt sur le capital

1) Généralités

Au niveau de l'impôt cantonal et communal (ICC), les personnes morales sont sujettes à l'**impôt sur la capital**¹⁷⁷. Cet impôt a pour objet le **capital propre**¹⁷⁸. Pour les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives, le capital propre comprend le capital-actions ou le capital social libéré, les réserves ouvertes et les réserves latentes constituées au moyen de bénéfices imposés¹⁷⁹. Pour les associations, les fondations et les autres personnes morales, le capital propre est assimilé à la fortune nette, déterminée conformément aux dispositions applicables aux personnes physiques¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Circ. AFC n° 27, ch. 2.3.2.

¹⁷⁷ Art. 29 ss LHID.

¹⁷⁸ Art. 29 al. 1 LHID.

¹⁷⁹ Art. 29 al. 2 lit. a LHID.

¹⁸⁰ Art. 29 al. 2 lit. c LHID.

Comme pour l'impôt sur la fortune des personnes physiques, le **montant de l'impôt** sur le capital se détermine selon les barèmes et taux fixés librement par les cantons. Ces derniers ont également la possibilité d'imputer l'impôt sur le bénéfice à l'impôt sur le capital¹⁸¹. En revanche, la LHID réduit quelque peu cette liberté tarifaire cantonale en prévoyant que les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives doivent être imposées selon les mêmes barèmes¹⁸². De manière générale, les lois cantonales prévoient un taux proportionnel, représentant fréquemment un certain pour mille du capital imposable¹⁸³.

2) Pour l'émetteur

Nous avons vu que les jetons d'investissement peuvent être assimilés à des valeurs mobilières, sans pour autant former du véritable capital propre (cf. *supra* I.C.2). Partant, l'émetteur de jetons n'altère pas sa structure de fonds propres. L'émission de jetons, quels qu'ils soient, est sans incidence pour ce qui a trait à l'impôt sur le capital.

3) Pour l'investisseur

L'objet de l'impôt étant le capital propre de la société, la constitution des actifs ne joue pas de rôle direct dans l'appréciation de cet impôt. Ce sont, tout au plus, les gains, les pertes et les dépenses en lien avec l'acquisition, la détention et l'aliénation de jetons qui peuvent affecter le montant du capital imposable par le biais du résultat réalisé en fin d'année, lequel vient augmenter les réserves (bénéfice) ou réduire simplement la valeur des fonds propres (perte).

F. Impôt anticipé

1) Généralités

L'impôt anticipé est un impôt spécial sur le revenu, qui est retenu à la source par le débiteur de certains rendements de participations, intérêts, gains de loterie ou prestations d'assurance et qui est en principe remboursé au créancier lorsque ce dernier remplit certaines conditions¹⁸⁴. Le débiteur déduit de la prestation imposable le montant de l'impôt anticipé, en principe à hauteur de 35 %, qu'il verse à l'AFC¹⁸⁵. Puis, il distribue uniquement au créancier le montant net de ladite prestation, soit le 65 % restant. S'il en remplit les conditions, le créancier peut obtenir le remboursement des 35 % auprès de l'AFC. L'impôt anticipé remplit une **fonction de garantie** de l'impôt sur le revenu pour les personnes domiciliées en Suisse. En effet, il constitue pour ces contribuables une charge provisoire jusqu'au moment de la déclaration du revenu en question. L'opportunité du remboursement de l'impôt dépend notamment de la bonne diligence du contribuable à l'égard de ses obligations fiscales. Pour les personnes résidant à l'étranger, l'impôt anticipé remplit, en revanche, une **fonction fiscale**, en ce sens que l'impôt n'est pas récupérable et constitue une charge fiscale définitive.

¹⁸¹ Art. 30 al. 2 LHID.

¹⁸² Art. 30 al. 1 LHID.

¹⁸³ Info CSI – Personnes morales, ch. 4.8.2.2 et 4.9.2 ; OBRIST-Introduction, n° 302. Certains cantons prévoient cependant un taux progressif par palier, tels que les cantons des Grisons et du Valais.

¹⁸⁴ Pour l'objet de l'impôt, voir les art. 4 à 9 de la Loi sur l'impôt anticipé (LIA). OBRIST-Introduction, n° 351.

¹⁸⁵ Art. 13 al. 1 lit. a LIA. Pour les rentes viagères et les pensions, le taux s'élève à 15 % de la prestation imposable. Pour les prestations d'assurance, le taux est de 8 %.

Selon l'art. 4 al. 1 LIA, l'impôt anticipé a pour objet, fondamentalement, les rendements d'obligations, de participations, de parts à un fonds de placement et d'avoirs de clients auprès de banques ou de caisses de pensions dont l'émetteur ou le débiteur est domicilié en Suisse.

Le rendement d'obligations est défini par l'art. 14 al. 1 de l'Ordonnance sur l'impôt anticipé (OIA) comme une prestation appréciable en argent faite au créancier et fondée sur un rapport de dette ne se caractérisant pas comme un remboursement de la dette en capital. Il s'agit principalement des intérêts produits par des obligations. De plus, l'impôt anticipé ne frappe pas seulement les intérêts périodiques sur les titres, mais également l'agio de remboursement ainsi que le disagio d'émission. Les rendements provenant d'un « discount bond » ou d'une obligation à coupon zéro sont également frappées de l'impôt anticipé¹⁸⁶. La notion d'obligation au sens de l'impôt anticipé est plus étendue que celle prévue par le droit des papiers-valeurs¹⁸⁷. Elle comprend les reconnaissances de dette écrites se rapportant à des montants fixes, émises en plusieurs exemplaires et visant à l'obtention collective de capitaux étrangers, à la création d'occasions collectives de placement ou à la consolidation d'engagements¹⁸⁸. Un simple prêt individuel n'est en revanche pas considéré comme une obligation¹⁸⁹. Les obligations soumises à l'impôt anticipé peuvent être au porteur, à ordre ou nominatives.

Les **rendements de participations** englobent les rendements d'actions, de parts sociales, de bons de jouissance et de bons de participations. Selon l'art. 20 al. 1 OIA, est un rendement imposable toute prestation appréciable en argent faite par la société aux détenteurs de droits de participations, ou à des proches de ceux-ci, qui ne se présente pas comme un remboursement des parts au capital social versé au moment où la prestation est effectuée. L'impôt anticipé frappe à ce titre les dividendes, les bonis, les actions gratuites, les bons de participations gratuits et les excédents de liquidation¹⁹⁰. La notion de rendement de participations rejoint celle de l'impôt fédéral direct¹⁹¹. Le Tribunal fédéral préconise d'ailleurs une définition uniforme de ces deux concepts¹⁹².

Quant au **rendement de bons de jouissance ou de bons de participations**, il se définit comme toute prestation appréciable en argent, fondée sur le droit de participation ou le droit de jouissance, et faite aux détenteurs de ces droits¹⁹³. Le remboursement de la valeur nominale des bons de participation émis gratuitement ne constitue pas un élément du rendement imposable, pour autant que la société prouve qu'elle a payé l'impôt anticipé sur la valeur nominale lors de l'émission des titres¹⁹⁴.

¹⁸⁶ OBERSON, § 14, n° 14.

¹⁸⁷ Notamment l'art. 966 CO.

¹⁸⁸ Circ. AFC S-02.122.1. Elles comprennent les obligations d'emprunt (y compris les titres d'emprunt garantis par un gage immobilier, titres de rentes, lettres de gage, obligations de caisse, bons de caisse et certificats de dépôt) ainsi que les reconnaissances de dette analogues aux effets de change et les autres papiers escomptables émis en plusieurs exemplaires et destinés à être placés dans le public, cf. art. 15 al. 1 OIA.

¹⁸⁹ OBERSON, § 14, n° 10.

¹⁹⁰ Art. 20 al. 1 *in fine* OIA.

¹⁹¹ Notamment l'art. 20 lit. c LIFD.

¹⁹² ATF 107 Ib 330 = RDAF 1996, p. 423.

¹⁹³ Art. 20 al. 2 OIA.

¹⁹⁴ *Ibid.*

2) Pour l'émetteur et l'investisseur

De primer abord, les jetons d'utilité ne sont pas concernés par l'impôt anticipé. Il convient donc de déterminer si les revenus provenant de jetons d'investissement, à savoir les jetons de participations (participation rights token), les jetons de jouissance (equity tokens) et les jetons de dette (debt tokens), peuvent revêtir la qualification de rendement d'obligations ou de rendement de participations.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH qui s'est tenue le 8 février 2018, l'AFC a exprimé la position qu'elle entend adopter. Selon elle, il y a lieu de privilégier, pour l'heure, une approche de forme sur la substance (« form-over-substance »), en ce sens que la nature formelle des droits corporatifs prévaudrait en matière d'impôt anticipé¹⁹⁵. En d'autres termes, la LIA ne déployerait ses effets que sur les versements opérés sur la base de droits sociaux spécifiquement définis par le droit civil en vigueur, à savoir les intérêts, les dividendes, les revenus provenant de placements collectifs de capitaux et les intérêts sur dépôts bancaires¹⁹⁶. Ce raisonnement conduit l'AFC à considérer que les paiements effectués par l'émetteur en faveur des détenteurs de jetons d'investissement constituent des charges déductibles qui ne sont, en principe, pas sujets à l'impôt anticipé. L'AFC estime qu'à la lumière de l'art. 4 al. 1 LIA, la plupart de ces paiements ne constituent ni des intérêts, ni des dividendes, ni des revenus provenant de placements collectifs de capitaux, ni des intérêts sur dépôts bancaires¹⁹⁷.

En effet, pour les **jetons de participation**, la question est de savoir s'ils peuvent être assimilés à des fonds propres d'entreprise, c'est-à-dire des actions, des parts sociales, des bons de jouissance ou de participations, de manière à conférer des droits corporatifs fondés sur le droit civil. A cet égard, l'AFC semble clairement nier la qualité de participations aux jetons de participations car ces derniers ne sont, en tant que tels, pas des parts de fonds propres au sens du droit civil. Il n'y a donc pas lieu d'y appliquer l'impôt anticipé. Il en va de même pour les **jetons de jouissance** dans la mesure où ils ne reposent pas sur de véritables bons de jouissance au sens de l'art. 657 CO ou sur un droit d'usufruit au sens des art. 745 ss CC. Il paraît donc clair que les jetons de participations ou de jouissance ne peuvent guère former du capital propre, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y appliquer l'impôt anticipé.

Cela étant, en ce qui concerne les **jetons de dette**, la question est de savoir s'ils représentent une relation de prêt individuel ou s'ils forment une obligation au sens de l'impôt anticipé. A notre avis, si les jetons de dette confèrent à leurs détenteurs les mêmes avantages économiques qu'une obligation au sens du droit civil, c'est-à-dire le paiement d'intérêts réguliers et le remboursement à terme, il y a lieu de soumettre les versements fondés sur l'avoir de jetons à l'impôt anticipé. Comme nous l'avons vu plus haut, la notion d'obligation au sens de l'impôt anticipé est plus étendue que celle prévue par le droit des papiers-valeurs. C'est pourquoi le principe de la forme sur la substance doit être, à cet égard, assoupli.

¹⁹⁵ Circ. AFC n° 15, Annexe III, ch. 1.a). Position soutenue par BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. IV.B.

¹⁹⁶ Art. 4 al. 1 LIA.

¹⁹⁷ IFA-CH, Présentation, slide 34 ss. Voir JUD / MOOS, Introduction et cas pratique n° 1, lit. d) « Phase 1 », et JUNG, ch. 5.1.c, qui rapportent et discutent la position de l'AFC soutenue lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH.

C'est en définitive la **nature contractuelle** des jetons d'investissement qui prévaut dans leur qualification fiscale. Dans tous les cas, ces jetons ne sauraient donner lieu à la constitution de fonds propres, mais uniquement de fonds étrangers.

Si la position de l'AFC, tel qu'exposée ci-dessus, se confirme, l'investisseur suisse n'aura pas à subir la charge provisoire de l'impôt anticipé sur la plupart de ses revenus provenant de jetons d'investissement. Ce constat est d'autant plus intéressant pour l'investisseur étranger qui, sous réserve de limitations conventionnelles, ne peut prétendre au remboursement de l'impôt anticipé¹⁹⁸. Il n'y aurait donc, pour cet investisseur, aucune retenue à la source suisse. Cela pourrait favoriser l'investissement étranger dans des ICOs suisses.

Pour finir, nous abordons le cas dans lequel le détenteur de jetons d'investissement est également actionnaire ou détenteur de parts sociales de l'entreprise (au sens du droit civil) qui a émis les jetons.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH, un cas illustrant cette problématique a été abordé. Nous le restituons ici avec quelques modifications¹⁹⁹ :

Une société anonyme de droit suisse a émis des jetons de participations, dont une partie a été acquise par les actionnaires-mêmes de la société. Ces derniers sont donc à la fois actionnaires et détenteurs de jetons. Les actions donnent droit à un dividende si celui-ci est approuvé par l'assemblée générale. Quant aux jetons, ils confèrent le droit de recevoir un pourcentage de l'EBIT positif (Earning Before Interest and Taxes) de la société. Ainsi, les versements sur la base des jetons interviennent avant le versement des dividendes, ces derniers ne pouvant avoir lieu que lorsque le solde du compte de résultat est, d'une part, positif et, d'autre part, dûment affecté par l'assemblée générale au poste de dividendes.

L'intérêt de ce casus est de distinguer les versements fondés sur les jetons (« token-based ») des versements de dividendes. Cela a une incidence majeure car, du point de vue de la société, le versement avant-EBIT forme une charge qui réduit le bénéfice final, et donc le montant du dividende ainsi que l'impôt anticipé dû sur le dividende. En d'autres termes, si nous suivons l'approche de l'AFC selon laquelle les jetons de participations ne tombent pas dans le champ d'application de l'impôt anticipé, l'investisseur aura tendance à se rémunérer davantage sur l'EBIT grâce à ses jetons que par la voie du dividende. Cela réduirait à la fois la charge de l'impôt sur le bénéfice de la société et l'impôt anticipé. Pire encore, un financement à outrance par l'émission de jetons de participations peut entraîner une sous-capitalisation exposant la société au risque de surendettement. Ainsi, un financement trop important par l'émission de jetons de participations devrait constituer du **capital propre dissimulé**. Dans la même optique, une rémunération trop importante par le biais de l'EBIT devrait également conduire à la **distribution dissimulée d'un dividende** (« constructed dividend »).

L'arrêt d'une pratique par l'AFC s'imposera pour traiter ce genre de problématique.

¹⁹⁸ Selon l'art. 22 al. 1 LIA, seules les personnes physiques ont droit au remboursement de l'impôt anticipé, dans la mesure où elles étaient domiciliées en Suisse à l'échéance de la prestation imposable (art. 12 LIA).

¹⁹⁹ Cas rapporté notamment par BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. I.A.

G. TVA

1) Généralités

La Confédération perçoit, à chaque stade du processus de production et de distribution, un impôt général sur la consommation, à savoir la TVA, avec déduction de l'impôt préalable, dans le but d'imposer la consommation finale et non entrepreneuriale sur le territoire suisse²⁰⁰. Cet impôt se décline en trois sortes : l'impôt grevant les opérations réalisées sur le territoire suisse, l'impôt sur les acquisitions et l'impôt sur les importations de biens²⁰¹. La TVA est un véritable impôt indirect en ce sens que son objet, la plus-value créée à chaque étape de la chaîne de production, est différent de sa base de calcul, soit la contre-prestation obtenue par l'assujetti²⁰².

La **déduction de l'impôt préalable** est la clé de voûte du système²⁰³. Il s'agit de la possibilité pour l'assujetti de déduire de sa propre charge d'impôt la TVA qu'il a payée, en amont, sur les prestations qui lui ont été facturées. L'assujetti peut déduire, dans le cadre de son activité entrepreneuriale, aussi bien l'impôt grevant les opérations réalisées sur le territoire suisse que l'impôt sur les acquisitions et l'impôt sur les importations²⁰⁴.

Est en principe **assujetti** à l'impôt grevant les opérations réalisées sur le territoire suisse quiconque exploite une entreprise, même sans but lucratif et quels que soient la forme juridique de l'entreprise et le but poursuivi, et fournit des prestations sur le territoire suisse dans le cadre de l'activité de cette entreprise, ou a son siège, son domicile ou un établissement stable sur le territoire suisse²⁰⁵. Par prestations, il faut entendre le fait d'accorder à un tiers un avantage économique consommable dans l'attente d'une contre-prestation²⁰⁶. Selon la systématique légale, il existe deux types de prestations, à savoir la livraison de bien au sens de l'art. 3 lit. d LTVA et la prestation de services au sens de l'art. 3 lit. e LTVA.

Est toutefois **libéré de l'assujettissement**, notamment quiconque réalise en l'espace d'un an, sur le territoire suisse et à l'étranger, un chiffre d'affaires total inférieur à CHF 100'000.- (CHF 150'000.- pour les entités d'utilité publiques) à partir de prestations qui ne sont pas exclues du champ de l'impôt en vertu de l'art. 21 al. 2 LTVA²⁰⁷. Il est possible de renoncer à la libération de l'assujettissement. En d'autres termes l'assujettissement volontairement à la TVA est permis²⁰⁸.

²⁰⁰ Art. 1 al. 1 de la Loi régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA).

²⁰¹ Art. 10 à 44 LTVA (impôt grevant les opérations sur le territoire suisse) ; art. 45 à 49 LTVA (impôt sur les acquisitions) ; art. 50 à 64 LTVA (impôt sur les importations de bien) ainsi que l'application subsidiaire de la Loi sur les douanes (LD).

²⁰² OBRIST-Introduction, n° 305.

²⁰³ OBERSON, § 16 n° 287, repris par OBRIST-Introduction, n° 333.

²⁰⁴ Art. 28 al. 1 LTVA.

²⁰⁵ Art. 10 al. 1 LTVA. Selon l'art. 10 al. 1^{bis} LTVA, exploite une entreprise quiconque exerce à titre indépendant une activité professionnelle ou commerciale en vue de réaliser, à partir de prestations, des recettes ayant un caractère de permanence, quelle que soit la valeur de l'apport des éléments qui, en vertu de l'art. 18 al. 2 LTVA ne valent pas contre-prestation ; et agit en son propre nom vis-à-vis des tiers.

²⁰⁶ Art. 3 lit. c LTVA.

²⁰⁷ Art. 10 al. 2 LTVA.

²⁰⁸ Art. 11 al. 1 LTVA.

En ce qui concerne l'**objet de l'impôt**, il s'agit de toute prestation (livraison ou prestation de services) fournies sur le territoire suisse par des assujettis moyennant une contre-prestation. En principe, le lieu de la livraison d'un bien est réputé être, soit le lieu où se trouve l'objet au moment du transfert du pouvoir d'en disposer, soit le lieu où commence son transport à destination de l'acquéreur²⁰⁹. Quant au lieu de la prestation de services, il correspond en règle général au lieu où le destinataire de la prestation a son domicile ou le siège de son activité économique²¹⁰. La loi prévoit toutefois une série d'exceptions à cette règle²¹¹.

L'art. 21 LTVA dispose un grand nombre de **prestations exclues** du champ de l'impôt. Ainsi, les contre-prestations reçues en échange des prestations énumérées à l'art. 21 LTVA ne sont pas soumises à la TVA. Ces exclusions visent à alléger le prix de certaines prestations auprès des consommateurs, dans un but de politique sociale, de santé ou culturelle²¹².

L'art. 23 LTVA prévoit, quant à lui, une série de **prestations exonérées** de l'impôt en lien avec l'exportation de biens ou de services. En effet, la TVA observe le principe de destination selon lequel seule la consommation qui a lieu sur le territoire suisse doit faire l'objet de l'impôt. Les prestations exonérées de l'impôt donnent droit à la déduction de l'impôt préalable, contrairement aux prestations exclues du champ de l'impôt²¹³.

L'impôt se calcule sur la contre-prestation effective, laquelle comprend notamment la couverture de tous les frais, qu'ils soient facturés séparément ou non ainsi que les contributions de droit public dues par l'assujetti²¹⁴. Il sied de préciser que les contre-prestations en devises étrangères doivent être converties en monnaie nationale au moment de la naissance de la créance fiscale²¹⁵. La conversion s'effectue sur la base des taux de change publiés par l'AFC, l'assujetti pouvant se fonder à choix sur le cours mensuel moyen ou sur le cours du jour pour la vente des devises²¹⁶.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, les **taux de l'impôt** sont les suivants : 7.7 % (taux normal), 2.5 % (taux réduit) pour les livraisons de biens jugés de premières nécessités, notamment l'eau, et les denrées alimentaires, et 3.7 % (taux spécial) pour les prestations du secteur de l'hébergement, à savoir le logement et le petit-déjeuner²¹⁷.

Enfin, mentionnons brièvement que l'impôt sur les acquisitions suppose un cas d'assujettissement particulier qui met en œuvre le principe de destination selon lequel certaines prestations et livraisons « importées » de l'étranger en Suisse doivent être soumises à l'impôt en Suisse²¹⁸.

²⁰⁹ Art. 7 al. 1 LTVA.

²¹⁰ Art. 8 al. 1 LTVA.

²¹¹ Art. 8 al. 2 LTVA.

²¹² OBRIST-Introduction, n°. 334.

²¹³ Art. 29 al. 2 LTVA.

²¹⁴ Art. 24 al. 1 LTVA.

²¹⁵ Art. 45 al. 1 de l'Ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (OTVA).

²¹⁶ Art. 45 al. 3 OTVA. Les cours peuvent être consultés sur le site Internet de l'AFC à l'adresse suivante : <https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/mehrwertsteuer/dienstleistungen/fremdwaehrungskurse.html> [consultation le 28 juin 2019].

²¹⁷ Art. 25 LTVA.

²¹⁸ OBERSON, § 16 n° 360.

Quant à l'impôt sur les importations, ce dernier est régi de concert avec la législation douanière, principalement la LD²¹⁹. Le caractère douanier de cet impôt ressort également du fait que c'est l'Administration fédérale des douanes (AFD) et non l'AFC qui est compétente dans ce domaine²²⁰.

2) Projet de modification des Infos TVA

a) *Nouvelle pratique*

Le 21 juin 2018, la Division TVA de l'AFC a publié un avant-projet de modification des Infos TVA 04 (objet de l'impôt), 07 (calcul et taux de l'impôt), 09 (déduction de l'impôt préalable) et 16 (comptabilité et facturation) pour y inclure des aspects en lien avec les ICOs et l'échange de jetons cryptographiques. L'avant-projet a été remanié dans une nouvelle version parue en allemand le 29 janvier 2019 et traduite en français le 16 juin 2019. Les principales modifications affecteront l'Info TVA 04 dédiée à l'objet de l'impôt.

b) *Emission de jetons*

Dans son avant-projet, la Division TVA de l'AFC commence par poser la règle selon laquelle les prestations de services fournies de façon automatisée à l'aide de smart contracts basés sur des blockchains doivent être considérées comme des **prestations de services en matière informatique**²²¹. Cela a notamment une incidence pour les entreprises étrangères fournissant des prestations de services de ce type sur le territoire suisse à des destinataires non assujettis à la TVA. En effet, de telles entreprises deviennent alors assujetties à l'impôt lorsqu'elles réalisent en l'espace d'un an, sur le territoire suisse et à l'étranger, un chiffre d'affaires d'au moins CHF 100'000.- à partir de prestations qui ne sont pas exclues du champ de l'impôt en vertu de l'art. 21 al. 2 LTVA²²².

En ce qui concerne l'émission de jetons, l'AFC adopte une approche souple. Elle considère que l'évaluation d'une ICO ainsi que l'utilisation des jetons émis dépendent de la fonctionnalité de ces derniers²²³. Les conséquences fiscales doivent donc être examinées au cas par cas (p. ex. sur la base de documents pertinents tels que les conditions contractuelles d'utilisation, le white paper, etc.).

L'AFC considère cependant que l'**apport de moyens financiers** dans le cadre d'une ICO constitue, sur la base des obligations contractuelles de l'entreprise, la contre-prestation d'une prestation, pour autant qu'il ne s'agisse pas de jetons de paiement (monnaies virtuelles)²²⁴. S'il s'agit effectivement de la délivrance de jetons de paiement à titre onéreux, il y a alors un échange de moyens de paiement sans incidence du point de vue du droit de la TVA²²⁵.

²¹⁹ Art. 50 LTVA.

²²⁰ Art. 62 al. 1 LTVA.

²²¹ AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.1.

²²² Art. 10 al. 2 lit. a et b ch. 2 LTVA.

²²³ AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.2.

²²⁴ AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.2, citant l'art. 18 al. 1 en relation avec art. 3 lit. f LTVA.

²²⁵ AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.2.

La délivrance à titre onéreux de **jetons d'investissement** est, quant à elle, affectée aux opérations réalisées sur les marchés monétaires et les marchés de capitaux et est, de ce fait, exclue du champ de l'impôt conformément à l'art. 21 al. 2 ch. 19 lit. e LTVA. Pour l'entreprise, les recettes correspondantes ne constituent pas un élément exclu de la contre-prestation (art. 18 al. 2 LTVA)²²⁶.

La délivrance de **jetons d'utilité** à titre onéreux constitue une prestation de service ou une livraison et est imposable, pour autant qu'aucune exclusion du champ de l'impôt au sens de l'art. 21 al. 2 LTVA ne s'applique²²⁷.

Les versements anticipés pour des prestations futures déterminées ou au moins déterminables au moment de l'ICO ainsi que les prestations non facturées doivent être imposés au **moment de l'encaissement** de la contre-prestation, conformément à l'art. 40 al. 1 lit. c LTVA²²⁸.

Si, avec les moyens financiers qu'elle a récoltés, une entreprise s'engage simplement à développer, par exemple, une plateforme ou un logiciel, il faut considérer qu'il s'agit d'une prestation imposable contractuelle²²⁹. La prestation réside dans l'intervention de l'entreprise. Le lieu de la prestation est déterminé conformément à l'art. 8 al. 1 LTVA. Le fait que l'entreprise laisse ou non entrevoir l'attribution ultérieure de jetons cryptographiques au moment de la levée de fonds ne joue aucun rôle. Pour prouver le lieu de la prestation, l'assujetti peut notamment se servir de l'identification dans le cadre d'une procédure de vérification de l'identité des clients ou, en cas de prestations de services en matière d'informatique, des informations appropriées à cet égard²³⁰.

Lors de la délivrance de jetons à des personnes étroitement liées (art. 3 lit. h LTVA), la contre-prestation correspond à la valeur qui a été ou aurait été convenue entre des tiers indépendants (art. 24 al. 2 LTVA). Lors de la délivrance de jetons au personnel, il faut tenir compte des dispositions de l'art. 47 OTVA qui règlent les questions de parts privées à cet égard²³¹.

c) *Utilisation de jetons*

L'utilisation d'un **jeton de paiement** (monnaie virtuelle) pour l'achat d'une prestation est assimilée à l'utilisation de moyens de paiement légaux. L'apport d'une d'un jeton de paiement à titre de contre-prestation pour une prestation ne constitue pas une prestation supplémentaire, raison pour laquelle il ne faut pas non plus considérer qu'il y a échange ou rapport analogue (art. 24 al. 3 LTVA)²³².

L'utilisation d'un **jeton d'investissement** équivaut à des paiements au propriétaire du jeton dans le cadre d'une créance au sens du droit des obligations envers l'émetteur. Ces paiements constituent une charge pour l'émetteur-débiteur²³³.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ *Ibid.* Voir également Info TVA 08 (parts privées), ch. 3.

²³² AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.3.

²³³ *Ibid.*

L'utilisation d'un **jeton d'utilité** doit être imposée au moment de la fourniture de la prestation (exécution en nature), pour autant que la prestation ne soit pas exclue du champ de l'impôt au sens de l'art. 21 al. 2 LTVA et n'ait pas déjà été imposée lors de la délivrance (p. ex. sur la base d'un versement anticipé)²³⁴.

d) *Transfert et négoce de jetons*

Pour le **transfert de jetons** à titre onéreux ou en échange d'autres jetons, il faut se baser sur la fonctionnalité des jetons. Seul l'apport de jetons de paiement pour une prestation constitue une contre-prestation (et non une prestation supplémentaire)²³⁵. En revanche, si des prestations sont rémunérées par des jetons d'investissement ou d'utilité, il y a en principe un échange dans lequel la valeur marchande de chaque prestation sert de contre-prestation pour l'autre prestation au sens de l'art. 24 al. 3 LTVA²³⁶. Du point de vue du droit de la TVA, les deux prestations qui se font face doivent être évaluées selon leur propre nature.

À l'instar du négoce de devises, l'achat et la vente de **jetons de paiement** (monnaie virtuelle) sont des opérations portant sur les moyens de paiements et sont donc exclus du champ de l'impôt, conformément à l'art. 21 al. 2 ch. 19 lit. d LTVA²³⁷.

Le négoce de **jetons d'investissement** ainsi que de **jetons d'utilité** constitue une prestation fournie en nom propre qui, du point de vue du de la TVA, doit être traitée comme une prestation indépendante, cela en fonction de la nature de la prestation contenue dans le jeton²³⁸. Ainsi, à l'instar de la réglementation applicable au domaine des papiers-valeurs, des droits-valeurs et des produits dérivés, l'achats et la vente de jetons d'investissement sont exclus du champ de l'impôt, conformément à l'art. 21 al. 2 ch. 19 lit. e LTVA²³⁹. Quant à l'achat et la vente de jetons d'utilité, ceux-ci constituent des prestations imposables pour autant que le lieu de la prestation découlant du jeton se trouve sur territoire suisse et qu'aucune exclusion du champ de l'impôt au sens de l'art. 21 al. 2 LTVA ne s'applique²⁴⁰.

H. Droit de timbre

1) Généralités

Les droits de timbre sont des impôts indirects qui sont prélevés par la Confédération sur l'émission (droit de timbre d'émission) et la négociation (droit de timbre de négociation) de certains titres, ainsi que certains paiements de primes d'assurance (droit de timbre sur les primes d'assurances). Ils sont régis par la Loi fédérale sur les droits de timbres (LT)²⁴¹.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ AP-Inf TVA 04, ch. 2.7.3.4, para. a).

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ AP-Info TVA 04, ch. 2.7.3.4, para b). Voir également Info TVA concernant le secteur Finance.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ OBRIST-Introduction, n° 367.

Sont soumises au **droit de timbre d'émission** les contributions que des actionnaires ou des associés font au capital propre d'une société suisse. Il s'agit en premier lieu de la création ou de l'augmentation de la valeur nominale des droits de participation mais également des versements supplémentaires et du transfert d'un manteau d'actions²⁴². Il existe plusieurs exceptions parmi lesquels nous citons la plus importante, à savoir l'exonération de la création à titre onéreux de droits de participation lors de la fondation ou de l'augmentation du capital d'une société de capitaux aussi longtemps que les versements des actionnaires n'excèdent pas CHF 1 million²⁴³. Le taux du droit de timbre d'émission est 1 % du montant reçu par la société en contrepartie de l'émission de droits de participation, mais au moins à la valeur nominale émise²⁴⁴.

Le droit de timbre de négociation frappe les transferts onéreux de documents imposables, émis en Suisse ou à l'étranger, lorsque le transfert implique un commerçant de titres²⁴⁵. Par document imposable, il faut entendre des actions, des obligations, des parts sociales, des bons de participation, des bons de jouissance et des parts de placement collectifs, tous ces documents étant émis par une personne domiciliée en Suisse ou une personne domiciliée à l'étranger remplissant les mêmes conditions économiques²⁴⁶. Quant aux commerçants de titres, il s'agit des banques, des intermédiaires professionnels (négociants), des sociétés de capitaux d'une certaine importance ainsi que des corporations de droit public agissant comme investisseurs institutionnels (Confédération, cantons, communes, etc.)²⁴⁷. Le montant de l'impôt est calculé sur la contre-valeur du transfert. Son taux s'élève à 1.5 % pour les titres qui ont été émis par une personne domiciliée en Suisse et à 3 % pour les titres qui ont été mis par une personne domiciliée à l'étranger²⁴⁸.

2) Pour l'émetteur

L'émetteur de jetons n'est potentiellement sujet qu'au droit de timbre d'émission lorsqu'il lève des fonds par le biais d'une ICO.

A cet égard, les seuls types de jetons susceptibles d'entraîner une imposition sont les **jetons de participation** et les **jetons de jouissance**, dans la mesure où leur fonction se rapproche le plus, économiquement, de celle de fonds propres. Or, comme nous l'avons vu dans nos divers développements précédents, notamment en matière d'impôt sur le bénéfice et d'impôt anticipé, aucun de ces jetons ne peut véritablement former du capital propre²⁴⁹. Nous rappelons ici la proposition de l'AFC de qualifier les jetons de participation d'instruments dérivés *sui generis*, dans la mesure où ils confèrent un droit de participation dépendant du succès de l'entreprise.

Par conséquent, aucun droit de timbre d'émission ne saurait être prélevé lors d'une ICO, quel que soit le type de jetons qui est émis²⁵⁰.

²⁴² Art. 5 LT.

²⁴³ Art. 6 al. 1 lit. h LT.

²⁴⁴ Art. 8 al. 1 LT.

²⁴⁵ Art. 13 al. 1 LT.

²⁴⁶ Art. 13 al. 2 LT.

²⁴⁷ Art. 13 al. 3 LT.

²⁴⁸ Art. 16 al. 1 LT.

²⁴⁹ Voir *supra* II.D.2) et II.F.2).

²⁵⁰ Avis soutenu not. Par BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. VI.

3) Pour l'investisseur

Du point de vue de l'investisseur, se pose la question du droit de timbre de négociation lorsqu'il s'adonne au négoce de jetons d'investissement.

Dans le cadre de notre analyse sur l'impôt anticipé, nous évoquions la position adoptée par l'AFC lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH en février 2018 selon laquelle les **jetons de dette** pouvaient revêtir la qualité d'obligation, dans la mesure où ils octroient un droit au paiement d'intérêts réguliers et au remboursement à terme (rendement d'obligation)²⁵¹.

Cette approche ne semble pas être la même en matière de droit de timbre. En effet, dans sa Circulaire n° 12 sur le droit de timbre de négociation, l'AFC se montre davantage formelle et qualifie d'obligation les reconnaissances de dette écrites se rapportant à des montants fixes, émises en plusieurs exemplaires et visant à l'obtention collective de capitaux étrangers, à la création d'occasions collectives de placement ou à la consolidation d'engagements, notamment les obligations d'emprunt, les titres de rente, les lettres de gage, les obligations de caisse, les bons de caisse et de dépôt ainsi que les créances inscrites au livre de la dette²⁵². Cette approche rigoureuse semble exclure les jetons de dette de la soumission à l'impôt anticipé.

En ce qui concerne les **jetons de participation** et les **jetons de jouissance**, l'AFC semble appliquer une définition moins rigoureuse de la notion de participation. En effet, le texte légal classe non seulement dans la notion de documents imposables les titres de participations tels que les actions ou les obligations, mais également ce qu'il appelle les documents relatifs à des sous-participations à des titres²⁵³. Dans cette optique, l'AFC a envisagé, lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'IFA-CH, la classification des jetons de participations et d'utilisation dans cette catégorie des documents relatifs à des sous-participations²⁵⁴.

En définitive, la qualification des jetons de participations et d'utilisation en tant qu'instrument dérivé *sui generis* entraîne également, selon l'AFC, la qualification de ces mêmes jetons en tant que sous-participations à des titres. Si le transfert onéreux de tels jetons est exclu du champ de l'impôt de la TVA, il pourrait toutefois être soumis au droit de timbre négociation, dans la mesure où les autres conditions de cet impôt soient remplies, notamment celle du commerçant de titres. Une modification des circulaires AFC à cet effet s'imposera de toute manière.

²⁵¹ IFA-CH, Présentation, slide 36. Voir ég. BREIER / HONGLER / WINZAP, ch. IV.C ; JUNG, ch. 4.b).

²⁵² Circ. AFC n° 12, ch. 2.6.1. Sont en outre assimilés à des obligations les effets de change, les reconnaissances de dettes analogues aux effets de change et autres papiers escomptables ainsi que les documents relatifs à des sous-participations à de tels titres lorsqu'ils sont destinés à être placés dans le public. L'AFC assimile également aux obligations les documents relatifs à des sous-participations à des créances provenant de prêt y compris les prêts sous forme de reconnaissance de dette et les créances comptables.

²⁵³ Art. 13 al. 2 lit. c LT.

²⁵⁴ Voir not. JUNG, p. 8 ; DUVOISIN, p. 9, qui rapporte la solution envisagée par l'AFC.

Conclusion

La blockchain, les monnaies virtuelles et les jetons cryptographiques ont ceci de commun que le droit ne prévoit rien pour eux. Toutefois, les entités publiques en charge d'examiner l'insertion de ces nouvelles technologies dans l'ordre juridique, de concert avec les professionnels de la branche, ont avancé plusieurs avis. L'application du droit sur ces phénomènes se dessine peu à peu.

Nous nous sommes penchés principalement sur les jetons d'utilité et les jetons d'investissement qui sont, sans nul doute à la connaissance de celui qui a retenu le sujet de ce travail, les formes les plus avancées de ce que permettent les blockchains.

Nous avons vu que, selon la FINMA, les jetons d'utilité peuvent revêtir la qualité de valeurs mobilières lorsque l'accès ou l'usage qu'ils octroient va au-delà de la simple consommation de service, telle que la souscription à un abonnement de média en ligne, mais relève d'une véritable fonction d'investissement. Quant aux jetons d'investissement, ils sont des valeurs mobilières, pour autant qu'ils représentent un droit-valeur et qu'ils soient standardisés et susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché. Ce constat, essentiel pour la fiscalité, donne à ces jetons une valeur d'actif financier ou d'immobilisation financière, selon leur nature.

L'élan de nouveauté se veut même davantage subversif. Les émetteurs de jetons de jouissance (equity tokens) voudraient que ces derniers fussent assimilés à de véritables parts du capital propre de personnes morales, aux fins de conférer à leurs détenteurs des prétentions sur les fonds propres. Admettre ceci reviendrait à nous faire repenser les fondements du droit des sociétés en ajoutant aux côtés des titres classiques de participation au capital (actions, parts sociales, etc.) une nouvelle catégorie de « capital digital ». La démarche n'est, en soi, pas impossible mais elle demeure en tout cas prématurée. Dès lors, nous concluons qu'aucun jeton cryptographique, quel qu'il soit, ne peut représenter, du moins pour l'heure, une part du capital propre d'une personne morale. Cette assertion dirige la majeure partie de notre analyse fiscale.

Ainsi, les jetons d'utilité et d'investissement reflètent des prestations contractuelles, faisant des mouvements financiers qu'elles entraînent, à charge ou au bénéfice de leurs sujets, des flux financiers à saisir selon les règles classiques du droit comptable. Ces flux, de manière analogue aux valeurs mobilières que nous connaissons déjà, peuvent être frappés d'impôts directs et indirects.

Si l'inclusion de ces nouvelles technologies dans l'ordre juridique et notamment dans le droit fiscal nous semble moins ardue qu'elle n'y paraissait à l'écriture des premières lignes de cette recherche, nous exprimons sans grande surprise notre souhait de voir l'AFC figer sa pratique en rédigeant une circulaire ou en modifiant d'autres.