



Qu'avons-nous appris sur la fiscalité internationale et la consistance économique?

Sol Picciotto

Le paysage de la fiscalité des entreprises internationales changera de manière significative à la suite du projet du G20 / OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (BEPS). Les contours de ce nouveau contexte sont apparus avec la publication des principaux résultats du projet en octobre 2015. Les résultats du projet BEPS visent à renforcer le système et à fournir de meilleurs outils aux autorités fiscales – si elles ont la capacité et la volonté de les utiliser. Dans l'ensemble, cependant, les propositions sont une agglomération des règles préexistantes, les rendant encore plus complexes et dépendantes de l'expertise technique nécessaire. Elles ne s'attaquent pas aux failles majeures du système de manière cohérente, mais constituent plutôt une première étape importante sur une route plus longue. Il est donc très important que les pays africains s'informent sur les implications des propositions BEPS et se forment ainsi leurs propres points de vue sur les aspects qui pourraient leur être bénéfiques.

Le projet du G20 lui-même se poursuit, pour superviser et coordonner sa mise en œuvre, et pour travailler sur certains points clés qui

n'ont pas été pris en compte dans sa phase principale. En février 2016, un cadre d'action global a été mis en place, permettant à tout pays de se joindre au processus en tant qu'associé BEPS. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE s'est ainsi transformé en un organisme fiscal mondial dans certains domaines, et a tenu sa première réunion, sous cette nouvelle forme, au Japon en juin 2016. Les pays qui adhèrent s'engagent à mettre en œuvre les engagements minimaux du projet BEPS, mais peuvent également s'investir dans le travail continu de normalisation. Cependant, les pays de l'OCDE ont défini le cadre du projet, ce qui exclut explicitement tout réexamen de la répartition des droits d'imposition entre les pays de résidence et d'origine. En pratique, la problématique est difficile à éviter, d'autant plus que de nombreux pays de l'OCDE font face à la difficulté d'imposer les sociétés en ligne et les fournisseurs de services basés à l'étranger. Inévitablement, les discussions et négociations BEPS ont été dominées par les préoccupations des grands pays qui abritent des entreprises multinationales (EMN). Il reste à voir si l'augmentation du nombre

de gouvernements impliqués dans le processus BEPS jusqu'à 100 engendrera un rééquilibrage de la perspective.

La mission des dirigeants du G20 pour le projet BEPS consistait à réformer les règles fiscales internationales de façon à ce que les EMN puissent être imposées 'là où les activités économiques se produisent et où la valeur est créée'. Cependant, ils ont également ajouté « tout en respectant la souveraineté de chaque pays à concevoir ses propres règles ». Ces objectifs sont contradictoires. Veiller à ce que la fiscalité soit conforme à la consistance économique nécessite une coordination plus étroite entre les états. Cela restreint inévitablement la liberté des états, bien que le seul moyen de rétablir leur pouvoir effectif soit d'imposer les multinationales.

Dans cette synthèse, nous commencerons par définir le problème central dans le système actuel pour l'imposition des multinationales : l'ambivalence entre d'une part la compréhension de leur nature économique en tant qu'entreprises unitaires, et d'autre part la taxation de leurs opérations nationales comme si elles étaient indépendantes les unes des autres. Nous enquêterons ensuite sur les résultats du projet BEPS, et montrerons comment leur renforcement des règles a en même temps amplifié cette ambivalence. Dans une troisième partie, nous esquisserons les trois principales approches alternatives qui ont été proposées pour passer à une approche unitaire. En conclusion, nous discuterons brièvement des perspectives immédiates à l'issue du projet BEPS, qui semblent être principalement de natures transitionnelles.

L'ambivalence des règles fiscales internationales à l'égard des entreprises multinationales

Depuis leur formulation il y a près d'un siècle, les règles fiscales internationales ont conservé une ambivalence - ce qui est un défaut fondamental. Le principe de base, qui accordait le droit d'imposer le revenu d'activités professionnelles dans le pays source et le revenu de placement passif dans le

« Veiller à ce que la fiscalité soit conforme à la consistance économique nécessite une coordination plus étroite entre les états. Cela restreint inévitablement la liberté des états, bien que le seul moyen de rétablir leur pouvoir effectif soit d'imposer les multinationales. »

pays de résidence de l'investisseur, était fait pour le placement de portefeuille – qui était alors la forme dominante. Il était déjà connu, cependant, que les investissements étrangers directs des EMN posaient des problèmes particuliers, car il était difficile de déterminer le niveau approprié de bénéfices attribuables aux diverses filiales (succursales ou filiales) d'un groupe multinational.

Cela a été abordé dans une étude bien connue réalisée pour la Société des Nations, aboutissant au volumineux rapport coordonné par Mitchell B. Carroll.¹ Carroll a résumé la question comme suit:

Le service des impôts de chaque pays où se trouve un établissement n'a, à sa disposition immédiate, que les comptes de l'établissement local (dans le meilleur des cas), et il lui est impératif de vérifier s'ils reflètent ou non le véritable bénéfice imputable à cet établissement. Sa tâche est évidemment plus facile si l'établissement local est pratiquement indépendant ou est une unité autonome, considérée comme telle par l'entreprise étrangère, ou si l'entreprise étrangère a traité avec chaque établissement de manière indépendante comme s'il s'agissait d'une entreprise indépendante. Cela implique, dans

certain cas, de lui allouer le capital logiquement nécessaire pour parfaire à ses activités, et dans tous les cas de la facturer ou de prélever des frais à un taux similaire à celui qui serait pratiqué pour une entreprise externe. Cependant, malheureusement, la grande majorité des entreprises ne considère pas l'établissement local de cette façon et l'inspecteur des impôts doit alors ajuster les comptes après avoir rassemblé toutes les informations supplémentaires disponibles ou procéder à une évaluation empirique ou fractionnée.²

Il en a résulté l'inclusion dans le modèle de traité fiscal du pouvoir à l'article 9 pour ajuster les comptes des entreprises associées, afin de parer au détournement des bénéfices. Le rapport Carroll a montré que les autorités fiscales utilisaient à l'époque deux approches principales. L'une consistait à utiliser des méthodes empiriques pour comparer les bénéfices des entreprises associées des EMN avec ceux d'entreprises indépendantes similaires. L'autre, utilisée surtout quand aucune entreprise comparable ne pouvait être trouvée, consistait à traiter l'entreprise comme une unité organique et à répartir les bénéfices totaux sur une base fractionnaire, en utilisant un facteur approprié tel que le chiffre d'affaires. L'utilisation de la méthode fractionnaire a été explicitement incluse pour les établissements permanents dans l'article 7 du modèle, et cette disposition reste aujourd'hui dans de nombreux traités, en particulier dans les pays en voie de développement.³

Par conséquent, les dispositions du traité fiscal étaient ambivalentes sur la question du traitement des multinationales. D'une part, ils donnaient aux

autorités fiscales le pouvoir d'ajuster les comptes des entreprises associées, étant entendu qu'il s'agissait de parties liées opérant sous un contrôle unifié. D'un autre côté, le principe à appliquer était que le revenu devait refléter ce à quoi on aurait pu s'attendre si les entités avaient été indépendantes. Par conséquent, le système, tel qu'il a été historiquement développé, a inclus les notions d'entités à la fois unitaires et indépendantes.

Ceci a généré une incitation perverse, que les EMN ont de plus en plus exploitée pour minimiser leurs impôts. Depuis les années 1930, et de plus en plus depuis les années 1950, ils ont commencé à former des entités intermédiaires afin de détenir des actifs et de transférer leurs bénéfices par des canaux vers des entreprises de base, ce qui a créé les paradis fiscaux et le système occulte off-shore.⁴ Aujourd'hui, la plupart des EMN se composent généralement de centaines de filiales, formant des groupes d'entreprises complexes. Le passage à l'économie de la connaissance et au numérique a encore facilité la restructuration des activités des entreprises multinationales autour de chaînes à échelle mondiale, qui peuvent être établies dans un objectif fiscal. Cela permet la fragmentation de différentes fonctions (recherche, conception, assemblage, marketing, distribution) ainsi que les activités de gestion et d'administratif. Le principe de l'entité indépendante permet aux EMN d'attribuer seulement des niveaux de bénéfices basiques aux entités situées dans les pays à forte fiscalité, tout en canalisant des revenus importants pour les paiements d'actifs incorporels, de financement et de frais aux filiales à faible imposition. Les pays sont désormais en concurrence dans l'attribution d'avantages fiscaux dans le but d'attirer

² Carroll, M. (1933: 12 para 6) *Taxation of Foreign and National Enterprises. Volume 4: Methods of Allocating Taxable Income*, Geneva: League of Nations, disponible sur <http://setis.library.usyd.edu.au/pubotbin/toccer-new?id=cartaxa.sgml&tag=law&images=acdp/gifs&data=/usr/ot&part=0>.

³ Avi-Yonah, R. and Pouga Tinhaga, Z. (2015) *Unitary Taxation and International Tax Rules*, ICTD Working Paper 26, disponible sur <http://r4d.dfid.gov.uk/pdfs/outputs/taxation/ICTD-WP26.pdf>.

⁴ Les Etats-Unis ont tout d'abord soumis le problème à l'OCDE, peu de temps après l'établissement du Comité sur les Affaires Fiscales, qui créa, en 1962, le groupe de travail 21 sur l'évitement fiscal via l'usage inadéquat ou abusif des conventions fiscales, rassemblant le Danemark et les Etats-Unis. Même si ce travail était, à l'époque, tenu secret, son contenu est récemment devenu facilement accessible via le projet sur l'histoire des conventions fiscales <http://www.taxtreatieshistory.org/>. Le travail reposait sur la question de 'comment un pays pourrait empêcher les contribuables domiciliés sur son sol d'éviter artificiellement de payer des impôts en plaçant leur sources de revenu en dehors du pays'; voir *Preliminary Report on the Improper Use or Abuse of Tax Treaties*, Fiscal Committee Working Party 21, 9 January 1963, FC/WP21 (63) 1 (Paris, OECD). En 1964, Stanley Surrey, Assistant Secretary of the US Treasury for Tax Policy de 1961 à 1969, écrivit à nouveau à l'OCDE en proposant de travailler pour un accord sur les directives en matière d'évaluation des prix de transfert, mais cela n'a pas été fait à l'époque.

¹ Pour plus de détails et discussion, voir Picciotto, S. (1992) *International Business Taxation*, Weidenfeld & Nicolson, disponible sur <http://taxjustice.blogspot.be/2013/06/international-business-taxation.html>.

l'installation des entités qui effectuent ces fonctions à forte valeur ajoutée.

Les mesures adoptées par les autorités fiscales pour contrer ces stratégies restent ambivalentes. Certaines dispositions passent outre la fiction d'une entité distincte, comme par exemple les règles permettant l'imposition du revenu non distribué d'une société étrangère contrôlée (CFC) dans le cadre de l'assiette fiscale de sa société mère, introduite pour la première fois par les États-Unis en 1962. D'autres, en particulier les règles sur les prix de transfert, ont de plus en plus insisté sur le principe de l'entité indépendante. Lorsqu'en 1968 les États-Unis ont introduit une version plus détaillée de leur *règlementation sur les prix de transfert*, ils ont mis l'accent sur la tarification des opérations entre filiales et ont donné la priorité à la méthode des prix comparables non assortis (CUP). Cette approche a échoué car il n'a pas été possible de trouver des prix comparables appropriés, pour la très bonne raison que les multinationales bénéficient des avantages d'échelle et de portée, et de la synergie résultant de leurs opérations intégrées. L'introduction par les États-Unis de la méthode du profit comparable engendra un conflit à l'OCDE. Ce problème fut finalement résolu par l'inclusion de deux nouvelles méthodes dans les *Lignes directrices sur les prix de transfert* (TPG) de 1995 de l'OCDE, la méthode de la marge nette transactionnelle (TNMM) et la division des bénéfices.⁵ Elles ont été qualifiées de méthodes transactionnelles de bénéfices, dans l'objectif de maintenir l'illusion d'entités indépendantes.

Le mandat du projet BEPS impliquait que les entreprises multinationales soient traitées en fonction de la réalité professionnelle qui est qu'elles opèrent comme des entreprises individuelles. Bien que les propositions finales du projet BEPS n'aient pas explicitement accepté ce fait, elles ont, à certains égards, évolué dans cette direction. Cependant, sur la question cruciale des critères de répartition des bénéfices, les propositions restèrent floues et complexes. Par conséquent, bien qu'elles

ouvrent une nouvelle voie pour le système fiscal international, la direction en est incertaine.

Les résultats du projet BEPS

Sur certains points, les rapports du projet BEPS s'orientent vers le traitement des EMN en tant que sociétés unitaires. La nécessité d'un rapport pays par pays des plus grandes multinationales, ainsi que des formats standardisés pour un fichier central et un fichier local pour la documentation sur les prix de transfert, permettront pour la première fois à toutes les autorités fiscales d'avoir une vision claire de l'entreprise dans son ensemble, et de la relation entre ses différentes parties.

L'adoption d'une approche par répartition proportionnelle était plus facile pour la gestion des coûts, étant donné que les EMN elles-mêmes aimeraient avoir la garantie que ceux-ci peuvent être déduits quelque part. Cependant, l'adoption d'une méthode simplifiée pour regrouper et répartir les coûts des services centraux au sein d'un groupe de sociétés a été limitée aux services à faible valeur ajoutée,⁶ parce que de nombreuses autorités fiscales considèrent à juste titre que de telles déductions peuvent être utilisées pour réduire l'assiette fiscale du pays d'origine. Un changement de discours radical par rapport au principe de pleine concurrence est apparu dans les propositions sur la limitation des déductions d'intérêts. Le projet initial suggérait une limite basée sur la répartition des coûts d'intérêts nets consolidés du groupe versés à des tiers par l'entreprise multinationale, proportionnellement aux bénéfices avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement (EBITDA) de chaque filiale. Cela a été explicitement présenté comme une règle de non indépendance.⁷ Cependant, le rapport final recommandait un plafond fixe entre 10 et 30 pour cent des EBITDA, qui était toute fois combiné avec une règle de ratio de groupe, choisi par le contribuable. Ceci était clairement inefficace, puisque les données présentées par les groupes d'affaires eux-mêmes montraient que plus de la moitié des multinationales non financières avaient des intérêts

débiteurs consolidés nets inférieurs à 10 pour cent des EBITDA, et environ 80 pour cent avaient un rapport inférieur à 30 pour cent.⁸ Le plafond fixe recommandé permettra donc clairement à la plupart des multinationales de continuer à déduire des intérêts excessifs. Néanmoins, l'établissement d'un plafond fixe est une amélioration par rapport aux règles de sous-capitalisation – celles-ci sont encore largement utilisées dans les pays en développement, mais sont globalement inefficaces.

La plus grande réticence à abandonner le principe de l'entité indépendante apparaît sur le sujet de la répartition des bénéfices. Le rapport sur les actions 8–10 du BEPS a entraîné une réécriture substantielle des TPG de l'OCDE – ces derniers sont importants car ils sont appliqués sur le terrain dans les pays du monde entier, et pas uniquement par les membres de l'OCDE. En effet, ces dernières années, la plupart des pays africains ont introduit des règles de prix de transfert qui sont explicitement ou implicitement basées sur les TPG de l'OCDE. Au Kenya, cela s'est vu précipité par une décision de justice dans l'affaire *Unilever* (2003), dans laquelle le juge Alnashir Visram a rejeté les ajustements de prix de transfert effectués par l'autorité fiscale du Kenya, même s'ils étaient basés sur la méthode des prix comparables non contrôlés, au motif que le contribuable avait le droit de s'appuyer sur n'importe quelle méthode des lignes directrices de l'OCDE, même si la législation kenyane n'y faisait aucune référence à cette époque.⁹ En conséquence, le Kenya a adopté en 2006 les régulations sur les prix de transfert suivant les cinq méthodes de l'OCDE, tout en permettant au commissaire de recourir à une méthode différente. Dans certains pays, les TPG de l'OCDE se voient attribuer un statut légal qui permet de les utiliser comme guide pour l'interprétation

des conventions fiscales, tout en les couplant au *Manuel sur les prix de transfert* des Nations Unies.¹⁰ D'autres ont simplement adopté des règles spécifiant les méthodes de l'OCDE – c'est par exemple le cas de Madagascar depuis 2014.¹¹ Il reste à voir si, et si oui comment, les pays africains introduisent les changements aux TPG convenus dans le projet BEPS. Le conseil de l'OCDE a accepté ces changements, ils sont donc considérés comme applicables dans les pays de l'OCDE, et une version intégrant ces changements devrait être publiée en 2016.

Malgré les refontes, les TPG soulignent toujours que le point de départ devrait être les différentes entités du groupe multinational et les transactions entre chacune d'elles. Il y a néanmoins une réorientation significative des règles, avec un nouvel accent sur la précision de la véritable nature de ces transactions, basée sur une analyse des faits et des circonstances de chaque entreprise. « Cela nécessite une large compréhension du secteur industriel dans lequel le groupe multinational exerce ses activités ... y compris ses stratégies commerciales, ses marchés, ses produits, sa chaîne d'approvisionnement et les principales fonctions exercées, les actifs matériels utilisés et l'importance des risques assumés. »¹²

Les difficultés posées par cette procédure devraient être évidentes. Les autorités fiscales doivent procéder à des audits individuels des entreprises, en analysant la structure du groupe et le modèle de l'entreprise, ce qui nécessite une connaissance spécifique de chaque type d'activité. L'analyse FAR (fonctions exercées-actifs utilisés-risques assumés) dans les TPG révisés est maintenant plus détaillée, particulièrement en ce qui concerne les fonctions relatives aux actifs incorporels et aux risques. Une intention clé est de veiller à ce qu'une filiale qui est

⁸ Voir l'évaluation faite par PwC pour le Business and Industry Advisory Group de l'OCDE: *Comments received on Public Discussion Draft BEPS Action 4: Interest Deductions and Other Financial Payments*, Part 1, p.136, available at <http://www.oecd.org/tax/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments.htm>.

⁹ *Unilever Kenya Limited v. Commissioner of Income Tax* Income Tax Appeal 753 of 2003 (Kenya High Court).

¹⁰ e.g. the Nigerian Income Tax (Transfer Pricing) Regulations No. 1 of 2012, and the Tanzanian Income Tax (Transfer Pricing) Regulations of 2014.

¹¹ Décision 04/2014 Application des dispositions spécifiques sur les prix de transfert. Pour une analyse et critique, voir Tovony Ranandramanalina, *Les Prix de Transfert dans les pays en Développement: Le cas de Madagascar*, article présenté à l'African Tax Research Network conference, Cape Town, December 2015.

¹² Nouveau paragraphe 1.34 chapitre 1 section D des TPG.

⁵ Durst, M. and Culbertson, R. (2003) 'Clearing Away the Sand; Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today', *NYU Tax Law Review* 57: 37–136.

⁶ Via révisions du chapitre VII des TPG dans le BEPS Report on Actions 8–10.

⁷ Ebauche de discussion sur Action 4, Décembre 2014, paras. 21–24.

utilisée uniquement comme tiroir-caisse, soit pour posséder et recevoir des revenus immatériels, ou pour le financement de groupe, devrait uniquement recevoir un rendement sans risque.

Le but de l'analyse fonctionnelle est d'essayer d'identifier les fonctions spécifiques remplies par différentes filiales. En pratique, c'est difficile voire impossible quand il s'agit d'actifs incorporels fondés sur le savoir ou de risques, qui sont tous deux répartis sur toute l'entreprise. Bien que cela découle de la théorie de base de l'entreprise, cela se vérifie également dans la pratique. Ainsi BASF, la société de produits chimiques basée en Allemagne, a expliqué dans une note:

La gestion de la qualité et les contrôles relatifs aux risques, aux fonctions et aux actifs utilisés font dans une large mesure partie des procédures d'entreprise qui sont généralement valables à l'échelle du groupe et pleinement intégrées dans les processus d'entreprise. Le processus de recherche et développement est géré par des systèmes électroniques qui suivent l'attribution des projets à des centres de recherche spécifiques, le respect des budgets, les processus de signature et l'enregistrement des droits de PI. Le «contrôle» est donc en grande partie intégré aux directives et aux systèmes d'exploitation à l'échelle du groupe, et peut donc être exécuté n'importe où, car de tels systèmes permettent une organisation décentralisée et collaborative.¹³

En effet, les EMN sont fières d'être à la fois globales et locales, capables de tirer profit de leur coordination des activités dans le monde entier, alors que leurs équipes de gestion centrales peuvent être relativement petites.

Les TPG révisés mettent un accent important sur les fonctions de contrôle. En ce qui concerne les actifs immatériels, ils identifient les fonctions prépondérantes que sont la conception et le contrôle, la direction de l'établissement et l'établissement des priorités, et la gestion et le contrôle (TPG révisés paragraphe 6.56). De même, pour identifier

l'emplacement du risque, le critère clé est la «capacité et autorité de contrôle» (paragraphe 1.67).

Ce test de contrôle pour localiser les fonctions clés favorise clairement les pays de résidence. Il est probable que les pays hébergeant le siège social, directeur financier, ou centre principal de recherche affirmeront que le contrôle des fonctions telles que la finance et la recherche y sont exercées, même si l'entreprise fonctionne de manière décentralisée. Par conséquent, une EMN pourrait employer un grand nombre de personnes dans les activités de recherche et de développement dans des filiales du monde entier qui pourraient être considérées comme ayant seulement des fonctions de recherche de routine, et auxquelles on attribuerait donc des bénéfices relativement faibles.¹⁴ Simultanément, l'objectif de mettre fin à l'évasion fiscale en attribuant des bénéfices aux filiales tiroir-caisse peut avoir un succès limité. Une entreprise pourrait relocaliser quelques cadres supérieurs pour qu'ils exercent des fonctions de contrôle dans un pays qui offre de faibles taux d'imposition effectifs pour ces activités. En effet, les pays se font déjà concurrence pour attirer des centres de recherche en offrant des taux d'imposition bas sur des structures telles que les «boîtes à brevets».

La tentative de certains pays en développement membres du G20 de renforcer les revendications des pays d'origine a obtenu un succès limité, avec l'inclusion de quelques révisions faisant référence aux avantages de localisation, et à la population active rassemblée (TPG révisés, chapitre 1, sections D.6 et D.7), mais ces dispositions sont formulées avec beaucoup de prudence. Le résultat est que les EMN peuvent continuer à traiter leurs filiales dans les pays en développement, notamment celles localisées en Afrique, en y ajoutant peu de valeur même si elles ont des activités importantes - au motif qu'elles ne contrôlent pas les fonctions clés de gestion des risques ou des actifs incorporels. Dans le cadre de l'approche de l'OCDE en matière de prix de transfert, elles peuvent continuer de n'attribuer à ces filiales que des niveaux de bénéfices de base,

sur la base de la méthode du prix de revient majoré ou de la méthode MTMN.

Approches alternatives

Plusieurs approches alternatives disponibles impliquent de traiter les groupes transnationaux d'entreprises comme des entreprises unitaires. En effet, comme déjà évoqué plus haut, les règles existantes comportent déjà des éléments unitaires. Par conséquent, certaines de ces approches pourraient être compatibles avec les règles actuelles.

Taxation mondiale basée sur le pays de résidence fiscale (RBWT)

La taxation mondiale basée sur le pays de résidence fiscale appliquerait immédiatement et de façon courante la fiscalité du pays d'origine aux bénéfices mondiaux consolidés d'un groupe de sociétés, mais avec un crédit complet pour les impôts étrangers payés.¹⁵ Cela aurait pour effet de traiter toutes les sociétés étrangères affiliées de manière totale comme des sociétés étrangères contrôlées (CFC). La RBWT donne le droit résiduel d'imposer le pays d'origine de l'entreprise, mais le droit initial d'imposer le pays d'origine. On peut donc considérer que cela renforce la fiscalité des pays d'origine en supprimant l'incitation pour les multinationales à transférer leurs bénéfices, car toute réduction de la fiscalité à la source entraînerait une augmentation équivalente des impôts dans le pays d'origine. De la même façon, cela supprime la tentation pour le pays source d'offrir des avantages fiscaux pour attirer les investissements étrangers.

De telles dispositions pourraient, d'un point de vue juridique, être formulées et appliquées unilatéralement, sans la nécessité d'un accord entre les états, et probablement aussi sans modification des règles des conventions fiscales.

En effet, le renforcement des règles du CFC représentait l'action 3 du projet BEPS, mais les propositions finales étaient très limitées. Dans la pratique, l'adoption unilatérale est difficile, en particulier pour un pays avec un taux élevé d'impôts sur les sociétés, en raison du risque de relocalisation ou d'inversion du siège du groupe. Cela pourrait être contré légalement, grâce à des règles de résidence appropriées. Cependant, comme beaucoup l'ont fait valoir, la résidence des sociétés est de plus en plus difficile à définir. Le lieu d'incorporation est évidemment inefficace, et la localisation de la direction générale peut également être sujette à évitement, puisqu'il s'agit d'identifier où les décisions clés de gestion centrale sont prises. Certains optent pour un test de résidence d'actionnaire combiné à une présomption réfutable sur le lieu d'incorporation, arguant que cette information devrait être de plus en plus disponible 'dans un monde post-FATCA'.¹⁶

Une évolution vers la RBWT serait également facilitée si une approche plus coordonnée pouvait être développée, malgré le fait que le projet BEPS n'y soit pas parvenu. L'adoption de la RBWT par les États-Unis et l'UE pourrait rendre l'approche efficace - bien qu'il faille une certaine coordination, qui serait difficile à réaliser. Les pays du BRICS hébergent maintenant également de grandes multinationales et pourraient potentiellement adopter la RBWT. Cependant, dans le climat actuel, il semble y avoir peu d'intérêt pour une telle coordination. Le projet de directive anti-évasion fiscale publié par la Commission européenne en janvier 2016 incluait des règles communes sur les CFC, mais ne visant que certains types spécifiques de revenus passifs, et limitées aux entités de pays non européens à très faible taux d'imposition (sous le seuil de 40% du taux du pays d'origine). Cela a ensuite été encore affaibli, et une règle CFC fortement atténuée a été incluse dans la directive qui a été adoptée en juin 2016.

¹⁵ C'est l'argument de certains intervenants basés aux USA, voir Kleinbard, E. (2011) 'The Lessons of Stateless Income', *Tax Law Review*, disponible sur <http://ssrn.com/paper=1791783>; Kadet, J. (2013) 'Worldwide Tax Reform: Reversing The Race to the Bottom', *Tax Notes International* 69: 1133-6; Fleming Jr., J., Peroni, R. et Shay, S. (2014) 'Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick on a Pig', *Michigan J. Intl Law* 36: 1-57; Avi-Yonah, R. (2016) 'Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals' in T. Pogge and K. Mehta (eds.), *Global Tax Fairness*, Oxford University Press.

¹⁶ Fleming et al. (op. cit: 22). Cela renvoie au Foreign Account Tax Compliance Act 2010, qui requiert l'identification des non-résidents recevant des paiements d'intérêts. Le rapport Action 3 du projet BEPS sur les règles des CFC traite de la définition des CFC, suggérant une combinaison de tests de contrôles légaux et économiques, mais ne traite pas de la question de la définition du parent ultime.

¹³ Dans sa soumission à la nouvelle ébauche de discussion sur les aspects immatériels de l'évaluation des prix de transfert, Septembre 2013, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/basf-intangibles.pdf>.

¹⁴ Dans ses preuves citées dans la note précédente, BASF annonçait qu'il existe de 'nombreux centres de recherche, établis principalement en Allemagne, Aux USA, en Chine et en Inde'.

Cash-flow basé sur la destination (DBCFT)

L'impôt sur le cash-flow basé sur la destination a été préconisé, notamment par certains économistes.¹⁷ Un pur DBCFT n'est pas une taxe sur les bénéficiaires, mais s'apparente à une taxe sur la valeur ajoutée (TVA), sauf qu'une déduction intégrale et immédiate est autorisée à la fois pour les coûts de main-d'œuvre et les autres dépenses, y compris les investissements. Appliquée selon la destination, elle pourrait donc être considérée comme faussant les marchés et donc contraire aux règles du marché mondial.¹⁸ Néanmoins, du point de vue des règles fiscales internationales, cette approche a le mérite d'être en fait une approche unitaire, puisque les transferts internes au sein d'un groupe sont ignorés et que l'assiette fiscale est définie et répartie en termes de ventes à des tiers. L'attribution de la base fiscale de l'impôt sur les sociétés en fonction de l'emplacement des consommateurs finaux peut avoir des attraits économiques. Notamment, les entreprises pourraient prendre des décisions en matière d'investissements et d'emplois sans qu'elles ne soient affectées par les taux d'imposition variables des juridictions dans lesquelles les investissements seraient réalisés ou les travailleurs employés. D'un autre côté, cela soulève des questions quant aux effets redistributifs sur les recettes fiscales pour les pays ayant des marchés de consommation relativement petits (voir plus loin dans cette discussion).

Cela soulève également des problèmes pratiques considérables. Premièrement, il faut identifier la localisation des clients, ce qui est difficile à faire à l'ère du commerce électronique. Toutefois, certaines solutions sont en cours d'élaboration pour permettre la perception effective de la TVA sur les ventes transfrontalières dans le pays de résidence du consommateur, tant par l'UE que par l'OCDE. Le rapport sur l'action 1 BEPS a suggéré la possibilité d'une application via des intermédiaires comme les

banques. Cela obligerait les entreprises étrangères à s'inscrire et à tenir des comptes identifiables, sur lesquels les paiements seraient imposés. Ce mécanisme pourrait être utilisé soit pour une taxe sur les transactions commerciales, soit pour une retenue à la source sur les ventes créditées à un passif d'impôt sur les sociétés. Une objection plus forte porte sur le fait qu'une proportion élevée des exportations est en fait constituée de ventes de biens intermédiaires aux entreprises et non de vente de produits finis aux consommateurs finaux. Cela pourrait encourager la localisation des industries d'assemblage et des acheteurs de biens d'équipement (tels que les sociétés de leasing aéronautique) dans les pays à faible taux d'imposition sur les sociétés.¹⁹

Un autre problème majeur est que, étant donné que le revenu est entièrement basé sur les ventes, le DBCFT met en évidence le problème de l'attribution des droits d'imposition à des pays dans lesquels l'entreprise a peu ou pas de présence physique. Pour faire face à ce problème, un système de centre d'échange a été proposé, sur le modèle du guichet unique mis à l'essai dans l'UE pour permettre à la TVA d'être attribuée sur la destination. Cependant, cela impliquerait une coopération considérable entre les états, en réalité un système conjoint de perception et d'exécution des impôts sur les sociétés, avec une procédure de compensation, incluant un élément pour les coûts de recouvrement.²⁰ Compte tenu de l'expérience acquise à ce jour en vue de parvenir à un accord entre les états, il semble que ce soit une entreprise extrêmement ambitieuse.

Fiscalité unitaire avec formule de répartition (UTWFA)

Une fiscalité unitaire avec formule de répartition est probablement la solution la plus radicale. Cela a longtemps été préconisé par une variété de

commentateurs indépendants. Cela aurait l'énorme avantage de fournir une approche globale, non seulement en remplaçant les règles complexe et subjectives sur l'établissement du prix de transfert et de la source de revenu, mais aussi en supprimant la nécessité de la plupart des autres règles anti-évitement, telles que les dispositions anti-hybrides et les limitations sur les déductions. Ce n'est pas une panacée, cependant, ni ne pourrait être introduit à court terme. Des recherches sont nécessaires sur ses éléments principaux, en particulier la définition de l'assiette fiscale consolidée et les implications du choix des facteurs pour la formule de répartition. Certains travaux ont récemment été publiés suite à des recherches soutenues par l'ICTD, qui visaient spécifiquement à étudier les implications de cette approche pour les pays en développement.²¹ Nous n'avons pas ici l'opportunité d'évaluer l'UTWFA dans tous ses détails.²² Cependant, quelques commentaires peuvent être faits en réponse à certaines des objections qui ont été faites à cette approche.

Il est souvent dit qu'il serait impossible de parvenir à un accord politique sur la formule de répartition, et que sans un tel accord, il y aurait un niveau inacceptable de double imposition. Un argument connexe est que la fiscalité unitaire ne mettrait pas fin à la concurrence fiscale entre les états, ou à la planification fiscale par les entreprises, mais aurait pour effet de les déplacer vers de nouveaux terrains. Cependant, cela ne tient pas compte du fait qu'en choisissant une formule appropriée, les états devraient tenir compte non seulement des recettes fiscales qu'ils produiraient, mais aussi de leur capacité à attirer l'investissement étranger direct, deux facteurs interactifs. Étant donné que les entreprises seraient incitées à réorienter les activités nécessitant beaucoup de main-d'œuvre loin des

pays qui mettent en valeur la masse salariale dans les facteurs de répartition, les états auraient besoin d'équilibrer les effets de la formule sur les recettes fiscales avec ceux de l'investissement.²³ Les effets incitatifs à la fois sur les politiques fiscales nationales et sur les stratégies d'entreprise pourraient donc se renforcer mutuellement et parvenir à un résultat potentiellement bénin.

Contrairement à ce qui existe selon les règles fiscales internationales actuelles, ces décisions concerneraient des activités réelles et non telles qu'elles existent sur le papier. Cela a des implications importantes. Cela signifie que cet arbitrage entre les recettes et les investissements permettrait de créer une base de convergence ou d'accord entre les états dans le choix des facteurs de répartition, et que ce choix n'est pas un jeu à somme nulle. Les états à économie à forte intensité de main-d'œuvre ne choisiraient pas nécessairement une pondération élevée du travail dans la formule de répartition, de peur de faire fuir les nouveaux investissements et de décourager les investissements dans l'amélioration de la productivité. Par conséquent, même en l'absence d'un accord sur la formule de répartition, une double imposition est peu probable.²⁴

La double non-imposition présente peut-être même un plus grand danger, à moins que les états n'apprennent de leurs expériences – notamment aux États-Unis, où les États ont opté pour une pondération des ventes, dans le but d'encourager les investissements dans la production et d'augmenter ainsi l'emploi dans l'État. Cependant, cela n'a eu aucun effet significatif à long terme car les États concurrents adoptent des politiques similaires.²⁵ Il convient également de garder à l'esprit que la DBCFT allouerait la totalité de l'assiette fiscale au pays de destination des ventes.

²¹ Disponible sur <http://www.ictd.ac/index.php/unitary-taxation-of-transnational-corporations-with-special-reference-to-developing-countries>.

²² Vous trouverez une présentation plus détaillée dans Picciotto, S. (2016) *Taxing Multinationals as Unitary Firms*, ICTD Working Paper 53.

²³ Cet aspect semble avoir été négligé dans l'analyse pourtant très détaillée de la publication sur les politiques du FMI, qui explique: 'Countries have an incentive under FA to attract whatever factors are given high weight in the formula' (IMF (2014: 41) *Spillovers in International Corporate Taxation*, Washington DC: IMF).

²⁴ Voir Durst, M. (2015) *The Tax Policy Outlook for Developing Countries: Reflections on International Formulary Apportionment*, ICTD Working Paper 32, qui souligne également que UTWFA fournirait aux EMN une forte possibilité de prédiction pour programmer leurs investissements.

²⁵ Clausing, K. (2014) *Lessons for International Tax Reform from the US State Experience under Formulary Apportionment*, ICTD Research Report 2.

¹⁷ Auerbach, A. and Devereux, M. (2013) *Consumption and Cash-Flow Taxes in an International Setting*, NBER Working Paper No. 19579, <http://www.nber.org/papers/w19579>. Cela a également été proposé par la majorité républicaine du House Ways and Means Committee du congrès américain: voir *A Better Way. Blueprint for Tax Reform* (2016), disponible sur <https://waysandmeans.house.gov/taxreform/>.

¹⁸ Cui, W. (2015: 21-3) *Destination-Based Cash-Flow Taxation: A Critical Appraisal*, disponible sur <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2614780>.

¹⁹ Grubert, H. (2015, 53-58) 'Destination-Based Income Taxes: A Mismatch Made in Heaven?' *Tax Law Review* 69: 43-72, qui compare également différentes versions de DBCFT avec une répartition par formule.

²⁰ Devereux, M. and de la Feria, R. (2014: 21) *Designing and Implementing a Destination-Based Corporate Tax* OUCBT Working Paper 14/07.

Une formule fondée uniquement sur les ventes pourrait encore être un sujet de préoccupation pour les pays en développement, où beaucoup d'investissements étrangers impliquent une production ou une extraction pour l'exportation sans ventes locales importantes. Cependant, ils importent également une grande quantité de biens, et surtout de services, provenant des EMN, souvent avec peu ou pas de valeur ajoutée locale, de sorte que ces activités contribuent peu ou pas à l'assiette fiscale en vertu des règles actuelles. Ainsi, l'effet net d'une répartition basé sur les ventes dépendrait du solde des exportations sur les importations des EMN, et de la possibilité ou non d'imposer dans le pays les EMN responsables des importations. Ces pays doivent également appliquer le principe de destination aux ventes de services, à condition que le fournisseur de services ait une présence commerciale significative. Les pays en développement ont été désavantagés par le passage à une économie de services, en raison de la difficulté à taxer les bénéfices des fournisseurs étrangers de services selon les règles fiscales actuelles, même si une telle taxe peut être justifiée par l'importance des services organisés en relation étroite avec les clients. D'un autre côté, il serait justifié d'appliquer un principe d'origine pour les ventes de minéraux et d'hydrocarbures, car ceux-ci sont de toute façon lourdement taxés dans et après la transformation dans les pays de consommation.

L'approche UTWFA permettrait une formule équilibrée. La théorie et la pratique suggèrent qu'elle équilibre les facteurs de production et de consommation. Certains soutiennent que l'UTWFA se traduirait par une concurrence plus forte pour réduire le taux d'imposition, mais cela serait réduit par l'inclusion d'un facteur de vente, puisque les entreprises recherchent des clients indépendamment du taux d'imposition dans l'état de consommation.

Enfin, ces approches pourraient être évaluées du point de vue de la justice distributive, à la fois entre les sociétés et les entreprises. A cet égard, Schoueri a récemment suggéré que 'les discussions concernant l'évaluation des prix de transfert sont

passées d'une taxation équitable d'un contribuable au sein d'une communauté donnée, selon le principe de solvabilité, à l'allocation des recettes fiscales entre états'.²⁶ Dans ce contexte, il affirme que la répartition par formule contrevient au principe de solvabilité, car 'aucune attention n'est accordée aux revenus effectifs d'un contribuable comparé à ceux des autres contribuables de la même collectivité'. Au contraire, toutes les approches de la fiscalité unitaire se concentrent essentiellement sur le revenu réel, et par conséquent sur la solvabilité, de chaque EMN. C'est précisément en appliquant continuellement des comparaisons non pertinentes selon le principe de pleine concurrence que les EMN ont atteint des taux d'imposition effectifs bien inférieurs à ceux des entreprises purement nationales, malgré leur plus grande capacité de paiement liée à leur rentabilité généralement plus élevée.

La question de l'équité interétatique est plus difficile et touche au cœur de la question de la création de valeur. On peut suggérer que la valeur découle essentiellement du travail; d'autre part, la production est sans valeur à moins que des profits puissent être réalisés à travers la vente (comme l'a dit Alfred Marshall, l'offre et la demande sont comme les lames de ciseaux, les deux sont nécessaires pour la coupe). Certains ajouteront que le capital est également essentiel, ce à quoi d'autres répondront qu'il dérive du travail antérieur par l'accumulation. Le capital pourrait vraisemblablement être représenté par l'inclusion des actifs dans la formule, mais d'un point de vue pratique, l'évaluation des actifs est très imprécise. Dans l'ensemble, on peut affirmer que la justice distributive pourrait être atteinte par une formule équilibrant ventes et main-d'œuvre. Il resterait à déterminer si la mesure du facteur de main-d'œuvre s'effectuerait en termes de personnels ou en salaires (coût de la rémunération). On peut pencher pour les salaires qui peuvent être vus comme reflétant la valeur créée par différents types de travail, mais cela désavantagerait clairement les pays les plus pauvres. Un compromis pourrait être effectué en pondérant équitablement le facteur travail entre les effectifs et la masse salariale.¹⁷

Le point central est que l'UTWFA aborde directement la question des critères de répartition de l'assiette fiscale, plutôt que de la relayer à un traitement ad hoc.

La période de transition actuelle

Malheureusement, le projet BEPS n'a pas réussi à établir une approche claire et convaincante de la question centrale de la répartition des revenus des EMN en fonction de leurs activités et de la valeur ajoutée dans chaque pays. Cela était évident dans les rapports finaux d'octobre 2015, qui laissaient de côté des questions clés pour la réalisation de futurs travaux. Le rapport sur l'action 1 montrait clairement que la numérisation de l'économie implique que les EMN se sont 'rapprochées de la conception de l'économiste selon laquelle elles fonctionneraient comme une seule entreprise agissant de manière coordonnée pour maximiser les opportunités dans une économie mondiale' (paragraphe 232). En outre, cela a montré que la numérisation compromet les concepts de résidence et de source sur lesquels sont fondées les règles fiscales internationales traditionnelles (paragraphe 273). De potentielles réformes de grande envergure ont été identifiées pour faire face à ces défis, y compris une 'réécriture substantielle des règles d'attribution des bénéfices' (paragraphe 286). Cependant, cela nécessiterait de poursuivre le travail en continu pendant encore cinq ans. Simultanément, des travaux sont en cours sur la méthode de la répartition des bénéfices, qui pourrait évoluer vers des méthodes de répartition basées sur l'analyse de la chaîne de valeur.

En attendant, les états prennent des mesures pour protéger leur assiette fiscale. Le Royaume-Uni a adopté une taxe sur les bénéfices détournés, qui vise à dissuader les EMN d'utiliser certaines des structures d'évasion fiscale les plus flagrantes. L'Australie fait déjà de même, et des propositions similaires sont envisagées dans d'autres pays, comme l'Allemagne. Les pays en développement peuvent et doivent

également concevoir des stratégies appropriées pour protéger la fiscalité des sources, telles que les retenues à la source sur les paiements d'intérêts et les frais de services. Cependant, il s'agit de mesures grossières, car elles s'appliquent sur une base brute plutôt que sur le bénéfice net, et sont plus facilement répercutées sur les consommateurs.

Pour la répartition des bénéfices, les pays en développement ont surtout besoin d'une méthode claire, simple et facile à administrer. Une comparaison peut être faite entre les approches et expériences contrastées de l'Inde et du Brésil. L'Inde a adopté des règles d'évaluation des prix de transfert basées sur les directives de l'OCDE de 2001, conduisant à un total des ajustements de prix de transfert estimé à environ 16 milliards \$ collectés lors de sept séries d'audits pour vérifications des prix de transfert, et à près de 9 milliards \$ juste pour 2007-2008. Sans surprise, il y a eu une explosion de dissensions, et les litiges sur les prix de transfert en Inde ont été estimés à 70 % du total mondial, ce qui représente une accumulation estimée à 3 000 affaires devant les tribunaux en 2012,²⁸ et environ le double aujourd'hui.²⁹ Il s'agit clairement d'une approche dysfonctionnelle, qui profite uniquement aux fiscalistes. A l'opposé, le système brésilien repose sur une fixation légale des marges de prix de transfert qui induit très peu de litiges en supprimant la nécessité d'un jugement subjectif par le personnel d'experts et la possibilité de corruption. Le calcul des marges bénéficiaires par grand secteur industriel est une approche très générale, et l'OCDE considère la méthode incompatible avec le principe de pleine concurrence.³⁰

Les pays en développement ont clairement besoin d'une approche plus efficace et durable. Dans cet esprit, Michael Durst a présenté une proposition de modification de la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN).³¹ La méthode modifiée de la marge nette de Durst permettrait d'éviter d'avoir à réaliser un audit détaillé basé sur l'analyse fonctionnelle et de tenter d'identifier des entreprises

²⁶ Supekar, D. and Dhadphale, A. (2012) 'Indian Tax Tribunal Establishes Special Benches for Transfer Pricing Cases', *Worldwide Tax Daily*, 16 October 2012.

²⁹ Communication privée avec un haut juge aux affaires fiscales

³⁰ Schoueri (*Arm's Length*, note 25 above) explique ses mérites et suggère des modifications pour l'aligner sur le modèle de l'OCDE, en tant que 'méthode réputée de marge fixe'.

³¹ Durst, M. (2016) *Developing Country Revenue Mobilisation: A Proposal to Modify the 'Transactional Net Margin' Transfer Pricing Method*, ICTD Working Paper 44.

²⁶ Schoueri, L. (2015: 691) 'Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD', *Bulletin for International Taxation* 69: 690-716.

²⁷ Le Parlement européen a choisi cette solution en 2012 en validant la proposition pour une base fiscale consolidée commune: *Report of the Committee on Economic and Monetary Affairs on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, A7-0080/201, 28/3/2012. Les salaires devraient également être mesurés en parité de pouvoir d'achat pour tenir compte des différences de coût de la vie selon les pays.

indépendantes comparables, en établissant simplement un point de référence pour la rentabilité de la filiale locale. Cela obligerait la filiale locale à gagner une marge bénéficiaire proportionnelle à celle du groupe d'entreprises dans son ensemble. L'indice de référence qu'il suggère est de 25 pour cent du taux de bénéfice du groupe avant impôt. Ceci est basé sur l'expérience visant à appliquer le TNMM existant à un large éventail de distributeurs, de fabricants et de fournisseurs de services, et la fraction est choisie pour parvenir à une répartition des bénéfices qui pourrait être acceptable tant pour l'administration fiscale que pour le contribuable. Cela empêcherait généralement les très faibles exigences de revenu qui, dans la pratique actuelle, tendent à être attribuées à des filiales à risque dans le cadre du projet BEPS. La méthode proposée exigerait un niveau de revenu minimum, compatible avec la rentabilité globale du groupe, même après que tous les paiements à des parties liées aient

été effectués. Cela limiterait l'érosion de la base par l'utilisation de prêts entre parties liées, ainsi que d'autres déductions telles que les frais et les redevances. Une telle disposition pourrait être utilisée comme mesure de sécurité, mais pour être efficace, elle ne devrait pas être facultative pour les contribuables.

Au milieu de toutes ces approches rivales, une direction plus claire est nécessaire sur la direction à prendre. En l'absence d'une approche plus cohérente, les EMN seront soumises à des demandes d'imposition de plus en plus contradictoires. Si ces fardeaux venaient à dépasser les économies d'impôts réalisées par les stratégies BEPS, les grands patrons des EMN pourraient commencer à soutenir fermement des propositions de réforme efficaces. Étendre la participation au projet BEPS à tous les états intéressés pourrait contribuer à se positionner dans une perspective plus équilibrée et globale.

Crédits

Ceci est basé sur la version pré-imprimée d'un article publié dans le Bulletin for International Taxation (2016), vol. 70 num. 12. La version finale corrigée et mise en forme de cet article peut être consultée ici: https://www.ibfd.org/IBFD-Products/Journal-Articles/Bulletin-for-International-Taxation/collections/bit/html/bit_2016_12_int_1.html.

Certaines des questions abordées dans cet article ont été discutées plus longuement dans Picciotto, S. (2016) Taxing Multinational Enterprises as Unitary Firms, ICTD Working Paper 53.

Je remercie l'ICTD d'avoir soutenu la recherche qui a permis ces publications, et le Bureau international de documentation fiscale (IBFD) de m'avoir invité et de faciliter ma participation au 2ème Symposium africain sur la fiscalité en Ouganda en mai 2016. Ce document a été grandement enrichi grâce au travail réalisé avec mes collègues de l'ICTD, et aux discussions que j'ai pu avoir avec les participants au Symposium de l'IBFD. Je garde l'entière responsabilité des erreurs, omissions et opinions apparaissant dans ce document.

© Sol Picciotto 2016

Il s'agit d'un document en libre accès distribué en vertu de la licence Creative Commons Attribution Non Commercial 4.0 International, qui permet le téléchargement et le partage à condition que les auteurs originaux et la source soient crédités – mais le travail ne doit pas être utilisé à des fins commerciales. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>.



L'ICTD est basé à l'Institut des études de développement, Brighton BN1 9RE UK.

Première publication par l'Institut d'Etudes de Développement (IDS) en 2017.

© Institute of Development Studies, 2018



International Centre for Tax and Development
at the Institute of Development Studies
Brighton BN1 9RE, UK

T +44 (0)1273 606261 F +44 (0)1273 621202 E info@ictd.ac W www.ictd.ac