

Université Paris II- Panthéon-Assas

**école doctorale de Droit public interne, science
administrative et science politique. Ecole doctorale
Georges Vedel.**

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 28/01/2022

Fiscalité Internationale et Pays Emergents

Thèse de Doctorat / Janvier 2022



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Auteur Benoît Miège-Declercq

**Sous la direction du Recteur Benoît Delaunay, Professeur
des Universités**

Membres du jury :

Madame Anne-Thida NORODOM

Professeur, Université Paris Descartes, Rapporteur

Monsieur Pascal SAINT AMANS

Directeur du Comité des Affaires fiscales de l'OCDE

Monsieur Martin COLLET

Professeur, Université Paris 2 Panthéon Assas

Monsieur Daniel GUTMANN

Professeur, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne,
Rapporteur

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Les remerciements sont peut-être le dernier exercice le plus difficile de ces travaux. On ne sait comment coucher en quelques lignes les sentiments de quelques années. Alors que les personnes mentionnées me pardonnent. Ces quelques mots maladroits ne reflèteront pas toute la gratitude que je leur porte.

A mon Directeur de Thèse, le Professeur Benoît Delaunay, sans qui rien n'aurait été possible. Il m'a fait confiance un jour d'octobre 2015 et, depuis, il n'a jamais cessé de me guider, malgré des emplois du temps surchargés, avec exigence et bienveillance. Nos rencontres ont toujours été pour moi source de grande richesse intellectuelle et humaine. Être son doctorant restera comme une fierté.

A Bruno Gouthière, sans cesse à mon écoute, toujours soucieux de l'avancée de mes recherches et prenant de son précieux temps quand je le sollicitais. Il a eu la gentillesse, la patience de relire minutieusement ces travaux. Il est une source d'inspiration. Au-delà c'est un privilège de le connaître.

Ce travail mené de front avec ma vie professionnelle n'aurait pu voir le jour sans le soutien de mes responsables hiérarchiques passés et actuels. Je leur dois une certaine liberté. A Pierre Lamouroux, Directeur Fiscal et Douanier du Groupe Faurecia, un patron exemplaire, un soutien sans faille, auprès de qui j'ai toujours pu trouver réconfort et encouragements. A Olivier Le Sire, Directeur des Affaires fiscales du groupe Keolis pour sa bienveillance. J'ai beaucoup appris auprès d'eux.

Je mesure la chance qui m'a été donnée d'avoir croisé la route de ces personnes. Elles m'ont apporté tant sur le plan académique, professionnel et personnel. Je leur dois ce travail.

A ma femme, qui a toujours été à mes côtés, sans jamais élever la moindre objection.
A ma Maman, un indéfectible soutien.

A ces Professeurs qui, sans le savoir m'ont inspiré. Au moment où j'écris ces mots, je me remémore les cours du Professeur Bernard Plagnet à Toulouse, qui m'a fait découvrir et aimer la fiscalité, ceux du Professeur Patrick Dibout, mon Directeur de mémoire en DEA à Paris II. Je me souviens aussi des comités de suivi de Thèse de l'Université Paris II et des encouragements de l'ensemble des Professeurs de mon Ecole doctorale Georges Vedel.

Surtout, je n'oublie pas celle qui fut la première à m'inciter à emprunter cette voie doctorale, le Professeur Hélène Gaudemet-Tallon.

Ces années de recherche ont été une grande joie, un épanouissement.

à F et C

Résumé (1700 caractères) :

La fiscalité internationale a un siècle. Ses normes et ses pratiques ont été rédigées à une époque où les pays émergents actuels étaient des colonies des pays industrialisés, sous leur domination économique. Ils n'ont pris part ni à leur élaboration, ni à leur développement, ni à leur modification. L'accélération des échanges commerciaux, la globalisation de l'économie, la concurrence fiscale accrue, voire acerbe que se mènent l'ensemble des Etats à travers le monde, redéfinissent la compétence fiscale de chaque pays, en bousculant la conception que les acteurs du système fiscal international pouvaient avoir des normes fiscales internationales et de leur rôle dans la redistribution du revenu. La transposition des actions BEPS dans la législation de chaque Etat partie à ce système, laisse à penser qu'une révolution est en marche. Or, l'intégration croissante des pays émergents sur la scène fiscale internationale, nous conduit à nous interroger sur la modernité de cette évolution et surtout sur le poids prégnant des pays émergents dans la conception de la fiscalité internationale. Le XXème siècle fut celui de la relation exclusive entre pays industrialisés et normes fiscales internationales. Le XXIème semble être celui de l'influence des pays émergents sur la fiscalité internationale. Le positionnement des pays émergents semble par ailleurs donner un nouveau relief aux principes posés pendant les années 1920 et 1930. Cela semble leur donner un avantage fiscal compétitif pouvant cependant devenir le creuset de divergences structurelles.

Descripteurs :

Title and Abstract (1700 characters):

International taxation has a century. Its standards and practices were written at a time when the current emerging countries were colonies of the industrialized countries under their economic domination of the latter. They were not allowed to take part neither in their

elaboration, nor in their development, nor in their modification. The acceleration of trade, globalization and integration of the economy, the increased, even acerbic tax competition that all states are conducting around the world, are redefining the fiscal jurisdiction” of each country, by shaking up the concept that actors in the international tax system could have international tax standards and their role in income redistribution. The transposition of BEPS actions into the legislation of each State party to this system, suggests that a revolution is underway. However, the growing integration of emerging countries into the international tax scene, leads us to question the modernity of this development and especially on the significant weight of emerging countries in the design of these standards. The 20th century was that of the exclusive relationship between industrialized countries and international tax standards. The 21st seems to be that of the influence of emerging countries on international taxation. The positioning of emerging countries also seems to give a new relief to the principles laid down during the 1920s and the 1930s. This seems to give them a competitive tax advantage that could however become the melting pot of structural differences.

Keywords:

Principales abréviations

A

A. : Arrêté

ACDI : Annuaire de la commission du droit international

Act. fid. : actualité fiduciaire

Act. Jurispr. : Actualité jurisprudentielle

Adde : Ajouter

AFDI : Annuaire français de droit international

al. : Alinéa

AID : Association internationale de développement

AIDI : Annuaire de l'institut de droit international

AIJC : Annuaire international de justice constitutionnelle

AJ : Actualité jurisprudentielle

AJDA : Actualité juridique, droit administratif

AJIL : American journal of law

Annuaire fr. dr. int. : Annuaire français de droit international

app. : appendice

Arch. CE : Archives du Conseil d'Etat

Arr : Arrêté

Art : Article (d'un code)

ASEAN : Association des Nations du Sud-Est Asiatique

ASPAC : Asian and Pacific council

Ass. plén. : Assemblée plénière

B

BCF : Bulletin fiscal et financier

BCNCC : Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes, édité par la Commission Nationale des Commissaires aux Comptes

BDCF : Bulletin des conclusions fiscales

BEEI Lefebvre : Bulletin européen et international, Francis Lefebvre

BENVIM : Bangladesh, Ethiopie, Nigeria, Vietnam, Indonésie, Malaisie

BF : Bulletin fiscal Francis Lefebvre

BGFE : Bulletin de gestion fiscal des entreprises

BID : Banque interaméricaine de développement

BIRD : Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale)

BLD : Bulletin législatif Dalloz (ALD à partir de 1983)

BO : Bulletin officiel

BOI : Bulletin officiel des impôts (anciennement BODGI)

BRI : Banque des règlements internationaux

BRICS : Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud

C

C : Constitution

c/ : contre

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cah. jurispr. : Cahiers de jurisprudence

Cah IFA : Cahiers de droit fiscal international

CAO : Communauté d'Afrique orientale

CC : Conseil constitutionnel

CDI : Centre des impôts

CDI : Convention de Double Imposition

CE : Conseil d'état

CEA : Commission économique pour l'Afrique (ONU)

CGI : Code général des impôts

Ch. : Chapitre (division d'un code)

Chr. : Chronique

CIAT : Centre Interaméricain des administrations fiscales

CIG : Conférence intergouvernementale

CIJ : Cour internationale de justice

Circ. : Circulaire

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CLJ : Cambridge law journal

Clunet : Journal de droit international

CNC : Conseil National de la Comptabilité

CNCC : Conseil national des commissaires aux comptes

Conv. : Convention

Conv Mult : Convention Multilatérale

CPJI : Cour permanente de justice internationale

CREDAF : Centre de rencontres et d'étude des dirigeants des administrations fiscales

CRC : Comité de la réglementation comptable

CTPA : Centre politique et d'administration fiscale

CV : Convention de vienne

D

D : Décret

DA : Droit administratif

DC : Décision du Conseil constitutionnel

déc. : décision

décl. : déclaration

DF : Documentation française

DF : Revue de droit fiscal

DGI : Direction générale des impôts

DIP : Droit international privé

dir. : directive

D.jur.gén. : Dalloz jurisprudence générale

D.-L. : décret-loi

Doct. : Doctrine

E

Ecosoc : Conseil économique et social

éd. : édition

esp. : espèce

et a. : et autre(s)

et s. : et suivantes

F

fisc. : fiscal (ité)

FMI : Fonds monétaire international

F.R. : Feuillet rapide fiscal social (Francis Lefebvre)

I

IAS: International accounting standards

IBL : International business lawyer

IBFD: International Bulletin Fiscal Documentation

ICC : International chamber of commerce

ICLQ : International comparative law quarterly

id. : idem

IFLR : International financial law review

IFRS : International financial reporting standards

IFRI : Institut français des relations internationales

ILM : International legal materials

ILR : International Law Reports

Infra : ci-dessous

int. : International

IR : Informations rapides du recueil Dalloz

IS : Impôts sur les sociétés

ITR : International tax review

J

J : Jurisprudence

J : Journal du droit international (Clunet)

J.-Cl : JurisClasseur (civil, pénal...)

JDI : Journal du droit international (Clunet)

JO : Journal officiel

Juris : jurisprudence

L

L. : Loi

Leb. : Recueil des arrêts du conseil d'Etat (Lebon)

Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat

L. fin. : Loi de finances

L. fin. rect. : Loi de finances rectificative

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

Livre : Division d'un code

LPF : Livre des procédures fiscales (code général des impôts)

M

min. : Ministre

Min. publ. : Ministère public

Mon. FS : Moniteur Fiscal social

N

n. : note

Nep : Arrêt ou ordonnance non encore publié

not. : notamment

NPI : Nouveaux pays industrialisés

NRH : Nouvelle revue historique de droit français et étranger

O

Obs. : Observations, commentaires doctrinaux

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique

OEA : Organisation des états d'Amérique

OIG : Organisation internationale gouvernementale

OMC : Organisation mondiale du commerce

ONU : Organisation des nations Unies

Op. cit. : Opere citato, cité précédemment

Ord. : Ordonnance

OUA : Organisation de l'unité africaine

P

p. : page

PCG : Plan comptable général

PGD : Principes généraux du droit

PGDI : Principes généraux du droit international

PIB : produit intérieur brut

plén. : plénière

PMA : pays les moins avancés

PNB : produit national brut

PNUD : programme des Nations Unies pour le développement

préc. : précité

prop. : proposition

prot. : protocole

PVD : pays en voie de développement

R

R : Revue critique de droit international privé

rapp. : rapport (ou rapporteur)

RC : Revue critique de droit international privé

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDF : Revue de droit fiscal

RDAI : Revue de droit des affaires internationales

RDIP : Revue de droit international privé

Rec CE : Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)

Rec. CIJ : Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice

Rec. Cons. const. : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

Rec. cours La Haye : Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

règl. : règlement

Rev. fid. : Revue fiduciaire

Rev. fisc. eur. : Revue fiscale européenne

Rev. fr .dr. const. : Revue française de droit constitutionnel

RGD : Revue générale du droit

RGDIP : Revue générale de droit international public

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJC : Recueil de jurisprudence constitutionnelle

RJF : Revue de jurisprudence fiscale

RTNU : Recueil des traités des Nations unies

Sommaire	
Thèse de Doctorat / Janvier 2022	1
<i>Introduction</i>	19
<i>PREMIERE PARTIE LES PAYS EMERGENTS ET LA TRANSPOSITION DE LA FISCALITE INTERNATIONALE CLASSIQUE</i>	73
TITRE I – L’application des principes de fiscalité internationale dans le droit interne des pays émergents	81
Chapitre I Les méthodes de réception des principes de fiscalité internationale	86
Chapitre II L’adaptation des normes fiscales internationales	118
TITRE II – La transformation des pratiques fiscales internationales par les pays émergents	161
Chapitre I La pluralité des pratiques	165
Chapitre II L’instrumentalisation des pratiques	208
<i>SECONDE PARTIE LES PAYS EMERGENTS ET LA DEFINITION D’UNE NOUVELLE GRAMMAIRE FISCALE</i>	265
TITRE I – la redéfinition des revenus fiscaux	269
Chapitre I L’allocation du revenu	272
Chapitre II La répartition de la base imposable	311
TITRE II – Une gouvernance fiscale en recomposition	355
Chapitre I Disparité de la gouvernance fiscale et Pays Emergents	361
Chapitre II Un paysage fiscal international en équilibre	401
<i>Conclusion</i>	438
<i>Bibliographie</i>	444
<i>Table des matières</i>	480
<i>Index</i>	486

Introduction

1. Il peut paraître étonnant aujourd'hui d'évoquer les liens entre fiscalité internationale et pays émergents, tant ces deux objets d'étude se fondent dans le paysage fiscal international actuel. Cet étonnement peut même susciter de la perplexité alors que la fiscalité internationale façonne depuis près d'un siècle la vie des affaires, et devient omniprésente dans le droit fiscal interne des pays émergents. En toute hypothèse, elle s'impose juridiquement à eux à travers les engagements fiscaux internationaux qu'ils ont conclus. Elle est partie prenante, en droit ou en fait de la construction de leur droit fiscal. Parallèlement, la fiscalité internationale puise d'une part aux sources des modèles-types de convention fiscale qui s'inspirent des travaux collégiaux des instances internationales interétatiques. Elle s'inspire d'autre part, mais de manière marginale encore du droit fiscal interne des pays émergents. Il y a aujourd'hui comme une interdépendance dans leurs modes d'élaboration. En même temps, leur association laisse augurer une remise en cause par le droit interne des pays émergents de la supériorité juridique de la fiscalité internationale, ou suppose à tout le moins l'existence d'un rapport de force.

2. Il s'agit dans cette étude d'apprécier le niveau d'acceptabilité réciproque. Concrètement il convient d'analyser comment la fiscalité internationale intègre dans son corpus les revendications des pays émergents et comment ces derniers intègrent dans leur droit interne les dispositions fiscales internationales. Maintenir le positionnement des termes est le simple reflet d'une lecture historique.

3. L'objectif général assigné à la fiscalité internationale au cours du premier quart du XX^{ème} siècle était d'accompagner les échanges commerciaux et en aucun cas de constituer un frein à leur développement. Techniquement elle n'avait pour tâche que d'éliminer les doubles impositions. Elle a désormais la charge première de déterminer les modalités de répartition du revenu. En même temps que son champ d'investigation

s'élargissait, son rôle au sein de l'économie mondiale s'avérait incontournable, et le rapport que les pays émergents entretiennent avec elle devenait un sujet de plus en plus sensible au gré de leur croissance économique.

4. Définition de la fiscalité internationale – Cette diversité de missions interroge cependant la nature juridique de la fiscalité internationale. Il n'y a pas au sein de la doctrine de définition unanime. La question est alors de savoir s'il s'agit d'une matière ex nihilo qui dispose de sa propre autonomie d'élaboration et d'application, ou bien si elle n'est que l'extrapolation d'un droit fiscal général interne. Dans le premier cas de figure, elle a vocation à s'appliquer sui generis. Dans le second cas elle doit composer avec le droit interne des pays émergents. Elle a longtemps été le fruit de dispositions fiscales internes appliquées à des opérations transfrontalières. Aujourd'hui le débat repose sur le fait de savoir si la fiscalité internationale doit être assimilée à un droit fiscal international ou bien à du droit international fiscal¹. La dimension économique ne doit pas non plus être ignorée². C'est la raison pour laquelle, l'étude empruntera parfois au Professeur Einaudi les termes de « principes dominants », ou tout simplement celui de « fiscalité internationale ». Cette discussion théorique a encouragé la multiplication des dispositions et des outils. En un siècle, son corpus³ a évolué. La terminologie fiscale internationale s'est enrichie en même temps qu'elle s'est affinée. Le modèle plus le seul instrument des relations fiscales internationales. On rencontre aujourd'hui la fiscalité internationale dans de nombreux instruments comme des traités internationaux spécifiques ou des rapports, qui apparaissent pour les pays émergents comme autant de sources du droit.

¹ Gilbert Tixier, dans son introduction au « Que sais-je ? » de Droit Fiscal International, souligne l'importance du terme fiscal par rapport à celui d'international : « Mais l'expression « international » est moins importante que celle de « fiscal ». G. Tixier, *Que sais-je, Droit Fiscal International, Presses Universitaires de France*, 2^{ème} édition refondue, janvier 1995.

Plus récemment Andréa Kallergis dans sa thèse sur la compétence fiscale souligne que cette matière est un élément du droit fiscal général de chaque Etat au même titre que la TVA, ou encore la fiscalité des personnes morales et physiques. L'auteur distingue également l'autre dimension de la fiscalité internationale. Avec l'internationalisation du droit, la fiscalité internationale serait un domaine distinct mais à part entière du droit international. Le « droit international fiscal » puiserait son développement et son socle juridique dans les écrits des instances internationales dédiées

² A ce titre, les premiers travaux relatifs à la fiscalité internationale ont été confiés à des économistes en 1920.

³ Il est intéressant de noter que les ouvrages traitant de fiscalité internationale ne mentionnent pas spécifiquement la notion de règles ou de pratiques. Ainsi, l'ouvrage de Bruno Gouthière qui fait référence pour de nombreux praticiens de la matière évoque simplement « Les impôts dans les affaires internationales », sans consciemment préciser si ces impôts sont la conséquence de règles ou de pratiques. Il en est de même du « Précis de fiscalité internationale » de Bernard Castagnède.

5. Définition des pays émergents – A l’origine les pays émergents formaient un petit club de cinq, Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud, réunis sous l’acronyme BRICS par Jim O’Neill⁴. Historiquement, ce concept d’émergence est ancien⁵. Il ne se limite pas à un continent, mais en traverse plusieurs. Pour autant il est difficile à cerner car il « *s’impose dans l’actualité autant économique que géopolitique ou médiatique* »⁶. C’est Antoine van Agtmael, économiste néerlandais, qui évoqua le premier, dans les années 1980, ces « *pays en voie de développement offrant des opportunités pour les investisseurs* »⁷. Il distingue au sein de ces pays, des « marchés émergents », qui ont vocation à connaître une industrialisation rapide et une croissance économique forte. La dimension économique n’est cependant pas le seul élément différenciant. En sus de ce critère, le politologue Christophe Jaffrelot considère que la stabilité de l’Etat et son interventionnisme, le désir de participer aux affaires du monde, sont des paramètres inhérents aux pays émergents⁸.

6. Quinze après, le club de cinq s’est agrandi et la situation a évolué. « *Alors que les BRICS peuvent désormais être considérés comme des pays « émergés », l’émergence s’est déplacée vers de nouveaux pays présentant une croissance démographique puissante et les fondements d’une croissance économique dynamique* »⁹. Ainsi, à côté des pays BRICS, nous serons amenés à étudier les positions fiscales de pays, qui joueront peut-être un rôle, dans un avenir à plus ou moins long terme.

⁴ Jim O’Neill *Building Better Global Economic BRICs* in Global Economics Paper N°66

⁵ Alfred Sauvy parlait en 1952 de « tiers monde » pour identifier ces pays « ignorés, exploités, méprisés » et soucieux d’être quelque chose Jugée inadaptée, même par son auteur, cette expression fut remplacée par pays du sud ou pays en voie de développement. Géographiquement, l’émergence peut se concentrer autour de quelques pays, comme ce fut le cas avec les « dragons » puis les tigres d’Asie.

⁶ A. Degans, *Ces pays émergents qui font basculer le monde*, Sciences Humains, Grands Dossiers, N°24 – Septembre/Octobre/Novembre 2011

⁷ Cité par A. Degans dans « Ces pays émergents qui font basculer le monde », *Sciences Humains, Grands Dossiers*, N°24 – Septembre/ Octobre/Novembre 2011

⁸ *L’enjeu mondial. Les pays émergents*, sous la direction de Christophe Jaffrelot, Paris, *Presses de Sciences Po-L’Express*, 2008

⁹ L. Daziano, *Les pays émergents*, Ed Armand Collin. Collection U, 2014
L’auteur identifie cinq critères cumulatifs d’analyse de l’émergence : - la population qui doit représenter au moins 100 Millions d’habitants afin de constituer un marché domestique important ; - la croissance économique : un sentier de croissance selon Robert Solow, qui doit osciller aux alentours de 5% ; - une urbanisation ; - des infrastructures ; - une stabilité politique.

7. Pour Axelle Degans, ce sont les travaux de Laurence Daziano qui ont mis en évidence et popularisé « *les locomotives du deuxième cercle* »¹⁰. Celle-ci a en effet identifié un nouveau club de pays en émergence que sont le Bangladesh, l’Ethiopie, le Nigeria, l’Indonésie, le Vietnam et le Mexique et, qu’elle a réuni sous un nouvel acronyme BENVIM. Les cahiers de l’International Fiscal Association (IFA) sont également une source d’identification dans la mesure où un certain nombre de pays émergents apportent régulièrement leur contribution. Ainsi pour des raisons d’accessibilité documentaire, les dispositions de pays comme l’Argentine, l’Ethiopie, l’Indonésie, la Malaisie, le Mexique, le Nigeria, ou encore le Vietnam ont nourri ces travaux.

8. Contexte de l’étude – Les principes dominants de la fiscalité internationale ont été élaborés, au cours des années 1920 et 1930, par des pays aux intérêts convergents, mais également aux structures juridiques et fiscales similaires. A cette époque, l’opinion publique portait peu d’intérêt à ces problématiques et les gouvernants manifestaient une certaine méfiance à l’égard de principes qui pouvaient rogner leur souveraineté. Les propos tenus en 1923 par le Professeur Einaudi sonnent à l’heure actuelle comme une prophétie lorsqu’il soulignait qu’« *aujourd’hui, que les rapports internationaux se multiplient, les principes dominants de la taxation sont appelés à la barre du tribunal de l’opinion publique internationale* »¹¹. Celle-ci n’est en effet plus la même que celle de la première moitié du XX^{ème} siècle. Elle porte un regard nouveau, moins bienveillant, une exigence de résultats plutôt que de moyens, qui sonne comme un avertissement.

9. Crise de la fiscalité internationale – La divulgation de pratiques de « planification fiscale », l’imbrication de montages fiscaux légaux dénués de toute cohérence économique, sèment la suspicion sur la vie des affaires, jettent l’opprobre sur la matière, et exhortent ses rédacteurs à trouver un nouveau sens. Cette quête la contraint à se remettre en cause, et la confronte à une quadruple crise : la première est liée à « sa portée juridique », elle-même dépendante de la nature juridique des préceptes qui la composent ; la deuxième est une crise d’objectifs de la « loi fiscale internationale » ;

¹⁰ Axelle Degans, *Ces pays émergents qui font basculer le monde*, Sciences Humaines, Grands Dossiers, N°24 – Septembre/Octobre/Novembre 2011

¹¹ L. Einaudi, *La coopération fiscale des Etats*, Cours de l’Académie de Droit Internationale de La Haye, 1928, Volume 025.

la troisième est une crise de sources en raison de la multiplication des sources du droit ; enfin la quatrième est « une crise de gouvernance et de représentativité » de la « loi fiscale internationale ». A chacune de ces crises, le comportement des pays émergents démontre qu'ils prennent part à la réflexion, qu'ils participent aux débats, autrement dit qu'ils s'intéressent aux réflexions fiscales internationales.

10. Crise de portée juridique – Les mesures fiscales internationales réunissent différents vocables dont le périmètre semble parfois difficilement identifiable. Cette multiplicité permet une meilleure acceptabilité de la fiscalité internationale. Elle donne surtout la possibilité aux pays émergents de choisir le type de mesures qu'ils souhaitent intégrer mais sans pour autant leur donner la même signification juridique que ce qui était prévu à l'origine.

11. Ce corpus comprend des règles, des standards¹², des pratiques, qui ne correspondent pas exactement à une hiérarchie des normes classique. Il met en relation des termes qui ont vocation la plupart du temps à se compléter. Cette complémentarité s'explique par une forme de rationalité économique qui pénètre les processus d'élaboration de la norme fiscale. De ce fait cet ensemble de dispositifs n'est pas coercitif. Il est évalué à l'aune de son adéquation et de son adaptation à l'évolution rapide de l'économie. Il permet aux différents acteurs de la vie fiscale internationale, d'utiliser telle méthode plutôt qu'une autre, à partir du moment où l'objectif à atteindre est respecté. Cette notion d'efficacité de la règle fiscale est un critère d'adhésion et le cas échéant de transposition pour les pays émergents.

12. Mais cette nature juridique « hybride » des termes atténue la frontière entre ce qui doit être absolument respecté, et ce qui est soumis à la libre interprétation des Etats. Elle fragilise d'autant plus cette séparation, que les pratiques sont souvent utilisées pour mettre en œuvre les règles. Les remises en cause, souvent fortes et prégnantes des pays émergents laissent parfois la place à l'exercice d'une pratique des règles.

¹² Il existe de nombreux travaux traitant de la distinction entre règles et standards, notamment les travaux d'Eric A. Posner qui soulignent que les règles ont un coût d'entrée, parce qu'elles nécessitent un laps de temps relativement long pour être élaborées, et intégrées dans le corps de règles juridiques. A la différence, les standards, sont moins onéreuses, car leur objectif est d'être souple et adaptable. L'inconvénient est qu'ils peuvent être sujets à diverses interprétations et remis en cause de façon systématiques. Les contentieux ainsi générés peuvent être bien plus importants que pour celui des règles mises en œuvre. E.A. Posner, *Standards, Rules and Social Norms*, University of Chicago Law School, Journal Articles, 1997.

13. Tout ne serait que pratiques, et la fiscalité internationale deviendrait une sorte de « no man's land » juridique¹³, au sein duquel l'exercice, la manière de faire, prendrait le pas sur l'application uniforme des règles. Cette floraison lexicologique ainsi que la difficulté de mesurer la force juridique contraignante limite l'acceptabilité par les pays émergents.

14. Crise d'objectifs – A cette crise de la portée juridique, se superpose une crise d'objectifs. A l'origine, la fiscalité internationale se devait de défendre deux buts. Le premier était et reste toujours d'actualité, de lutter contre les doubles impositions. C'est le mandat, qu'avait confié la Société des Nations à différents comités d'experts dans les années 1920. Le second est la maîtrise des mouvements de capitaux.

15. Au fil du temps, sa terminologie a changé en même temps que son spectre d'intervention s'élargissait pour donner le sentiment qu'il se limite à la lutte contre l'évasion fiscale. Avec la crise financière de 2008, elle est devenue une priorité au point de supplanter la lutte contre les doubles impositions et son corollaire la meilleure répartition du revenu. Pis, elle est devenue l'axe de tout raisonnement en matière de fiscalité internationale. Elle soulève une forme d'« hystérie » collective, au point d'appréhender toute question fiscale sous l'angle de la malhonnêteté, et d'apercevoir une forme d'évasion fiscale, dans toute opération commerciale ou industrielle transfrontalière. Les pays émergents profitent de ces circonstances pour surenchérir aux dispositions classiques adoptées. La fiscalité internationale doit alors répondre à un objectif, une exigence de définitions précises et claires¹⁴.

16. Crise de sources – Concomitamment, la matière se trouve être confrontée à une crise de sources aussi bien sur le plan institutionnel, que doctrinal. Les instances internationales universelles ou régionales, les Etats, les forums, deviennent des citadelles de la fiscalité internationale, qui défendent parfois leurs propres conceptions. Et les pays émergents deviennent les premiers ambassadeurs de ces forteresses fiscales.

¹³ En extrapolant ici cet aspect, ce qui n'est pas l'objet de notre propos, on pourrait s'appuyer sur la volonté de l'OCDE de juridictionnaliser la fiscalité internationale, en mettant en œuvre un arbitrage, preuve que les pratiques supplantent les règles. La multiplication des pratiques, fait également écho à la difficulté d'établir clairement si la fiscalité internationale est un droit fiscal international ou bien un droit international fiscal.

¹⁴ Cahiers de droit fiscal international, *Interpretation of double taxation conventions*, Congrès de Florence, 1993.

17. Les normes et les pratiques fiscales ainsi que leurs objectifs respectifs figuraient jusqu'à présent dans un même texte, à savoir le modèle OCDE de convention fiscale. Or, celui-ci ne se suffit plus à lui-même, comme ont pu le souligner les divers propos introductifs au projet BEPS. Ce constat aboutit à la rédaction et à la conclusion de la convention multilatérale qui n'a pas vocation à se substituer aux conventions fiscales actuelles, mais qui modifie profondément la relation fiscale bilatérale.

18. Grâce à ces différents outils, les organisations internationales tentent indirectement de s'approprier une sorte de production normative fiscale, au point que le comité des affaires fiscales de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) apparaît pour le Professeur Guy Gest comme le « *législateur fiscal mondial* »¹⁵. Cette nouvelle source provoque des conflits de normes entre elles, mais surtout avec les Etats, qui, dans le domaine fiscal, conservent la compétence première.

19. La multiplicité des sources, et des instances chargées d'énoncer la fiscalité conduit les pays émergents à construire leur propre socle de principes fiscaux internationaux, parfois en dehors du cadre classique, pour des raisons politiques, mais également par souci de préserver leur assiette fiscale.

20. Crise de gouvernance fiscale – Enfin, cause ou conséquence de cette évolution, les institutions garantes de la bonne application « des principes dominants », doivent faire face à une crise de légitimité technique et de représentativité. Le système fiscal international dont a hérité l'OCDE a été conçu par et entre pays « *aux systèmes fiscaux identiques* »¹⁶. L'ONU n'a pas prêté une grande attention aux problématiques de fiscalité internationale au moment où elle pouvait légitimement s'en saisir. Et elle a longtemps souffert de ce retard technique.

21. Malgré l'accession à l'indépendance des pays émergents et leur poids économique croissant, la composition des comités fiscaux n'a pas changé. Le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE réunit en son sein pratiquement les mêmes pays que le comité des

¹⁵ *Revue de Droit Fiscal*, « L'ordre fiscal international », N°37, 13 Septembre 2007, 822

¹⁶ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926.

experts des années 1920, à savoir les anciennes puissances coloniales, devenus les pays développés. La force de ce comité a été de s'imposer grâce à l'élaboration d'un droit mou, que seuls les Etats membres ou non-membres ont la faculté de transformer en droit dur en l'incorporant dans leur propre droit interne. Cette faculté lui confère une légitimité fiscale universelle, et chacun reconnaît en lui un rôle moteur et effectivement de quasi législateur.

22. Cette légitimité fiscale repose sur un double maillage technique et territorial. Le premier s'appuie sur un panel d'experts fiscaux de tous pays. Le second repose sur une organisation à la fois centralisée et décentralisée avec la mise en place de forums régionaux OCDE. Cette organisation lui confère une compétence reconnue et une influence réelle sur la transformation du droit interne des Etats. Pour autant cette influence manifeste et cette légitimité reconnue n'altèrent pas la faculté des pays émergents à exercer leur compétence fiscale et à interpréter à leur façon les dispositions de l'OCDE dans la mesure où et parce qu'ils n'en sont pas membres. C'est ici que la représentativité de l'OCDE prête à discussion, et avec elle sa légitimité à imposer une vision unique de la fiscalité internationale, à des pays qui ont été, ou qui se sont marginalisés¹⁷.

23. C'est dans ce contexte que le projet Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) a été élaboré. Il a pour ambition de résoudre ces crises avant qu'elles ne deviennent, soit des menaces d'implosion, parce que les principes dominants ne satisferaient plus personne jusqu'aux pays membres fondateurs, soit des risques d'explosion, en raison des prises de position contraires des pays émergents, dont le poids au sein de la communauté fiscale internationale ne cesse de croître.

24. *G20 et fiscalité internationale* – Certains pays émergents (BRICS et BENVIM) font partie du G20. Et c'est justement cet organisme, qui contribua à remettre les principes dominants de la fiscalité internationale sur l'ouvrage. L'irruption de ces sujets, au sein de cette instance est certes nouvelle. Ce forum n'a pas été à l'origine

¹⁷ « *Ce que les dynamiques indiquent, c'est que les apports de la majorité de la population mondiale sont constamment exclus de l'impact sur les processus de définition des politiques, perpétuant ainsi les modèles historiques de domination économique et d'exploitation* » T.D. Magalhães, *What is really wrong with global tax governance and how to properly fix it*, World Tax Journal, 2018, (Volume 10), N°4, IBFD

créé pour traiter de sujets de fiscalité. Il n'avait jusqu'à la crise financière de 2008 jamais abordé les problématiques de fiscalité internationale. C'est lui qui donne mandat à l'OCDE pour mener une réflexion sur l'évolution de la fiscalité internationale, et c'est à lui qu'elle rend compte.

25. La mission qu'il confie à l'OCDE et l'élaboration du projet BEPS ne présagent pas non plus d'une « *refondation de l'ordre fiscal international* »¹⁸, comme certains auteurs l'imaginent. Tout au plus, il initie un bouleversement de l'ordre fiscal international, et à tout le moins une recomposition de celui-ci. Il suggère que l'on change de prisme et qu'avec les outils actuels, le point de vue des pays émergents soit davantage pris en considération.

26. Il met à profit sa double légitimité, géographique et économique¹⁹, pour demander à l'OCDE de repenser l'application de la fiscalité internationale de manière plus équitable et faire en sorte qu'aucun des Etats, occidentaux ou émergents ne soit lésé. C'est un peu la teneur de son communiqué de 2012, à l'issue du Sommet de Los Gabos, lorsqu'il précise « *Nous réitérons le besoin de prévenir l'érosion de la base et les transferts de bénéficiaires et nous suivront avec attention le travail en cours de l'OCDE dans ce domaine* »²⁰.

27. Les enjeux de l'étude – Le G20 dresse le constat, que le fonctionnement du système fiscal international se trouve dans une impasse. Il pose les conditions pour éviter que ne se propagent les différentes crises qui le gangrèment. L'enjeu n'est pas uniquement de revoir le fonctionnement des règles ou des standards. Implicitement, il suggère un nouveau mode de gouvernance dans la conception même de la fiscalité

¹⁸ O. Debat, J-P. Lieb, *Une refondation de l'ordre fiscal international ? (1^{ère} partie)*, Feuillet Rapide, FR 4/16 – n°6 – Fiscal, 2016 Editions Francis Lefebvre

¹⁹ L'Organisation de Coopération et de Développement Economique rassemble à date 37 pays membres, avec comme dernier venu, la Colombie. La majeure partie des économies émergentes n'a pas un statut membre de l'OCDE. Ils sont simplement observateurs, ce qui leur permet d'émettre des avis et d'être consulté le cas échéant. Il convient de préciser que désormais il n'est pas nécessaire d'être membre de l'OCDE pour pouvoir faire des commentaires au modèle de convention fiscale. Le G20 est cependant plus représentatif que l'OCDE. Il intègre en effet, d'une part des pays venus de tous les continents, représentant près des deux tiers de la population mondiale. D'autre part, son poids économique est sans aucune mesure avec d'autres instances internationales, si tant est qu'il en remplisse les caractéristiques. Mis à part l'Organisation des Nations Unies, ses membres représentent 85% du commerce mondial et 90% du PIB mondial. Surtout il concentre en son sein aussi bien des pays émergents que des pays émergés.

²⁰ Communiqué G20, Los Gabos, 12 Juin 2012.

internationale, par l'intégration directe ou indirecte des pays émergents à ce processus d'élaboration. Il augure ainsi qu'il s'agit de la seule façon de pouvoir assurer sa pérennité.

28. OCDE et pays émergents – En réaffirmant, comme premier commandement fiscal international, l'imposition des revenus au lieu de création de valeur, ce que « les pères fondateurs » de la fiscalité internationale (les économistes de 1921 et le comité des experts des années 1920) avaient formulé, l'OCDE ne répond-elle pas à une revendication des pays émergents et ne les invite-t-elle pas à venir partager l'assiette fiscale internationale tant convoitée ? Pour autant leur hésitation à s'associer à la rédaction de ces dispositions fiscales traduit une certaine suspicion lorsqu'il s'agit de les transposer dans leur droit fiscal interne. Pendant longtemps on a réduit la fiscalité internationale des pays émergents au modèle ONU de 1980. Malgré les efforts déployés par l'OCDE pour les associer, leur réticence s'est quelque peu accrue en 2014 lors de la parution des premières conclusions du projet BEPS. Le groupe de travail du G20 en charge du suivi du projet BEPS leur reprochait en effet de ne pas suffisamment prendre en considération leurs problématiques fiscales, privilégiant une action curative pour lutter contre l'érosion de la base fiscale, au lieu de promouvoir des propositions destinées à redéfinir une juste allocation des revenus pour prévenir cette érosion²¹.

29. N'est-ce pas finalement une volonté inavouée, dissimulée, de poser des conditions objectivement inacceptables, pour mieux contraindre l'autre à sortir ? Cette démarche, qu'ils ont pourtant initiée, pourraient s'avérer être un piège pour les pays émergents à voir leurs velléités étouffées.

30. BEPS, une opportunité – Mais chacun des protagonistes saisit l'importance et l'opportunité, que leur offre le projet BEPS : une opportunité d'émancipation pour les pays émergents. Trop longtemps, ils ont accepté des principes, et adopté une vision de la fiscalité internationale qui ne servaient pas forcément leurs intérêts. A l'époque, l'aide au développement venait pallier ces lacunes. Mais celle-ci diminue, soumise au dictat des finances publiques des contributeurs. Ils comprennent, par ailleurs, qu'ils

²¹ OCDE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires*, Editions OCDE, 2012

doivent être les propres acteurs de leur développement. Ainsi ils pourraient, dans le cadre de ce projet BEPS, faire valoir leurs positions.

31. Cette démarche peut se traduire de deux manières : soit en intégrant pleinement un système pour imposer leur vision de l'application des principes de fiscalité internationale, ou convaincre de son bien-fondé, à condition que leurs positions soient communes, soit, faute de reconnaissance, en sortant du cadre établi depuis maintenant près d'un siècle par les pays occidentaux, à travers la SDN et l'OCDE.

32. Leur sortie pourtant, sonnerait définitivement le glas de la légitimité fiscale universelle de l'OCDE, et mettrait encore plus à mal la cohérence du système fiscal international. C'est cette autre opportunité que revêt le projet BEPS pour le Comité des Affaires Fiscales du Palais de la Muette. En intégrant les pays émergents, il pourrait asseoir davantage sa légitimité. Pour cela, ceux-ci doivent se sentir accueillis, pas uniquement de manière formelle à travers une procédure d'adhésion, mais également au fond en accueillant leur conception de la fiscalité internationale, celle qu'ils font valoir au sein des Nations Unies.

33. Problématique de l'étude – L'analyse pourrait se borner à énumérer les sujets qui font consensus et à souligner les points d'achoppement pour finalement dresser le constat que les pays émergents s'emploient à défaire systématiquement les principes de fiscalité internationale alors que les pays développés, à travers l'OCDE, tentent de les empêcher de détricoter une construction juridique et fiscale séculaire. Cette étude se résumerait alors à poser un état des lieux des forces en présence. En réalité le sujet est plus complexe. Il s'agit davantage d'apprécier le rôle qu'entendent jouer les pays émergents dans la définition de la nouvelle grammaire fiscale internationale. Entendent-ils prendre davantage de responsabilité dans son élaboration et exercer un rôle actif ou bien préfèrent-ils se satisfaire d'une position attentiste et contestataire ? Ils oscillent entre émancipation et déférence à l'égard des principes et des pratiques classiques de fiscalité internationale. Ce comportement est intrinsèquement lié à leur histoire au sein du système fiscal international mais également au bénéfice qu'ils espèrent pouvoir en tirer. En tout état de cause, leur objectif avéré est de trouver le moyen ou le chemin juridique leur permettant de maîtriser la matière fiscale et, pas

uniquement d'attirer le produit imposable. Pour ce faire il devient indispensable de s'interroger sur la place qu'il convient de leur accorder au sein d'un système fiscal international qui s'est construit parfois à leur détriment ? Le projet BEPS conçu à l'origine comme un moyen pour lutter contre l'érosion des bases fiscales, apparaît au fil des années comme un régulateur de la fiscalité internationale qui peut profiter aux pays émergents. Jusqu'à quel point les actions BEPS constituent-elles une forme d'aide aux pays émergents en leur attribuant davantage de matière imposable ? Elles empruntent à la pratique moderne d'interprétation des traités, qui s'efforce d'éviter toute référence au droit interne des Etats pour construire des principes de fiscalité internationale autonomes qui se suffisent à eux-mêmes. Pour autant les réponses à ces questions dépendent de la réception dans le droit interne des pays émergents. Il s'agit alors de savoir quel est le niveau de concordance des critères de qualification et de classification en droit interne des principes de fiscalité internationale pour que l'interprétation soit aussi uniforme que possible entre Etats.

34. Unité du système fiscal international – En somme, la problématique posée fait écho à une double question plus directe, qui elles-mêmes posent la question de l'unité du système fiscal international. D'une part, les pays émergents souhaitent-ils continuer leur intégration au sein de l'ordre fiscal international ? Mais après avoir subi l'application de certaines dispositions fiscales, veulent-ils transposer pleinement dans leur droit interne les principes dominants de la fiscalité internationale proposés aujourd'hui ? D'autre part, les instances fiscales internationales, au premier rang desquelles l'OCDE, souhaitent-elles faire droit aux revendications des pays émergents, pour mieux les associer ?

35. La constitution le 30 juin 2016 du cadre inclusif participe toutefois de cette volonté. Au 1^{er} décembre 2021, il regroupe près de 141 pays et juridictions²². Au-delà de la recherche de solutions qui satisfassent l'ensemble des pays participants, cette démarche apparaît comme une preuve adressée par l'OCDE aux pays émergents de les associer à la réflexion engagée. En sus de la difficulté de l'exercice, les pays émergents peuvent s'interroger sur la sincérité de cette démarche. Le succès du projet BEPS concerne tous

²² OCDE, Inclusive framework on Base Erosion and Profit Shifting, www.oecd.org/tax/beps/about

ces acteurs institutionnels. Il nécessite un effort de convergence de la part de ces différents protagonistes aux intérêts divergents.

36. Les chemins pris et les réponses données ne sont pas sans risques. Ils pourraient donner l'occasion aux pays émergents, au pire d'imposer, au mieux d'infuser leur propre doctrine fiscale internationale à des pays développés, dits Etats de résidence, devenus fragiles par le bouleversement de l'économie mondiale, et exsangues en matière de finances publiques.

37. Ils conduiraient également à une « balkanisation » du système fiscal international aussi bien dans ses principes, que dans sa gouvernance. Mais le monde change, et les pays en développement des années 1980 sont devenus des pays émergents puissants. Ils occupent une place incontournable et un rôle structurant dans la recherche de rentabilité des entreprises multinationales occidentales. Sans leur participation, le système fiscal international deviendrait bancal.

A titre liminaire, il convient de mettre en perspective l'intégration progressive des pays émergents au sein du système fiscal international. Elle n'a pu se faire sans la consécration de la fiscalité internationale qui fut lente voire laborieuse (Section I) accordant avec parcimonie une place aux colonies (Section II).

Section I La difficile reconnaissance des principes de fiscalité internationale

38. L'impôt comme levier de la reconstruction – La Première Guerre Mondiale a été désastreuse, pas seulement sur le plan humain, mais également sur le plan économique. La phase de reconstruction qui suivit, aurait pu constituer une opportunité pour les vainqueurs d'asseoir davantage leur puissance. Or, les vainqueurs d'une guerre sont rarement les gagnants politiques et économiques, d'autant plus lorsqu'un monde nouveau se met en place.

39. La fin du conflit modifie davantage encore le rapport à l'impôt, aussi bien dans les activités internationales qu'au sein des entreprises multinationales émergentes. Il occupe même un rôle majeur dans les finances des Etats. Ces-dernières ne peuvent plus accompagner, comme avant, l'effort de reconstruction qu'exige la fin des hostilités, sans recourir à l'impôt. Surtout, le monde économique mondialisé en émergence, révèle leur inadaptation à apaiser les tensions économiques.

40. La dimension internationale de l'impôt s'opère en premier lieu au sein même de chaque Etat, et se matérialise dans leur droit interne (Paragraphe I). La nécessité de se doter d'instances internationales stables, après les échecs des conférences du XIX^{ème} siècle²³ crée un appel d'air pour tous les sujets. Les sujets financiers et économiques, deviennent un épineux terrain d'oppositions entre pays, alors que la problématique de la double imposition apparaît de plus en plus prégnante (Paragraphe II).

§ I L'émergence en droit interne de l'imposition des sociétés étrangères

41. L'instauration d'une imposition directe des bénéficiaires des entreprises n'est pas une idée nouvelle. Aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, certains Etats avaient songé à instaurer ce type d'impôt²⁴, alors qu'ils connaissaient une économie florissante. Il fallut attendre

²³ Le Congrès de Vienne en 1815 avait acté une vision anglo-autrichienne de l'Europe, après les révoltes qui émaillèrent différents pays, et qui amenèrent à l'abolition des monarchies. Cette vision restaurait le pouvoir monarchique au sein des pays européens, au mépris des peuples. Les révoltes de 1848, sont une des conséquences de ce refus de reconnaissance des peuples. En instaurant une Société justement des Nations, après avoir retracé les frontières internes à l'Europe, les grandes puissances internationales tentent de canaliser d'éventuels sursauts de révolte des peuples et des nations, se sentant spoliés.

²⁴ En Grande-Bretagne, Pitt et Addington ont instauré un impôt sur le revenu général à destination des entreprises. Toutefois, son rendement et sa faible part dans le budget de l'Etat, 15%, n'était guère concluant. De plus, il était essentiellement destiné à financer les guerres napoléoniennes.

qu'un faisceau de circonstances se dessine (A), pour que l'idée d'une imposition des revenus des sociétés nationales et étrangères soit acceptée et adoptée (B).

A/ Le contexte économique

42. La question de l'impôt est intrinsèquement liée à la dimension économique. La Révolution Industrielle qui s'est engagée à la fin du XIX^{ème} siècle marque une rupture dans les modes de production, de consommation, et constitue un bouleversement majeur dans la vie économique et sociale.

43. Les prémices de la globalisation – Ainsi, la combinaison de découvertes et l'utilisation de nouveaux procédés de fabrication, constituent des sources nouvelles de richesses économiques et financières. L'apparition de deux nouvelles énergies, l'électricité et le pétrole, transforme profondément certains secteurs. En plus d'éclipser le charbon et la vapeur, ces nouvelles ressources révolutionnent les transports, qui utilisent désormais le moteur électrique, ou encore les moyens de télécommunication avec le télégraphe électrique ou le téléphone de Bell en 1879.

44. A côté de la prouesse technique proprement dite, ces progrès scientifiques rénovent les outils de production. La fin du XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle font entrer le monde dans la « *civilisation du machinisme* »²⁵. L'organisation des entreprises se trouve alors chamboulée par de nouveaux procédés de fabrication. La multiplication des machines-outils améliore les cadences de production, et par la même occasion les profits des entreprises.

45. Ceux-ci deviennent d'autant plus confortables que la modernisation de l'économie s'accompagne d'une « *intégration mondiale sans cesse plus étroite* »²⁶. Tous ces développements dessinent un nouveau paysage industriel. A une atomisation des lieux

²⁵ Malet et Isaac, *L'Histoire*, Ed Marabout, Librairie Hachette, Août 1995

²⁶ S. Bernstein et P. Milza « *Le commerce international a augmenté plus vite que la production, pour laquelle il a donc constitué un véritable moteur : entre 1800 et 1913, son volume par habitant de la planète a été multiplié 25 fois, ce qui traduit une intégration commerciale sans précédent, cependant que les flux financiers se sont intensifiés parallèlement, l'investissement international connaissant pour sa part un véritable âge d'or entre 1870 et 1914* », *Histoire du XX^{ème} siècle*, Edition Hatier, Paris, Août 1993.

de production à travers des petits ateliers artisanaux, ou des entreprises familiales, se substitue une concentration industrielle d'envergure, avec l'émergence de cartels et de grandes entreprises. Ainsi « *avec la croissance, la richesse, avec le développement de l'industrie, du commerce, des banques, avec la concentration des populations dans les villes, et sous la pression de nouveaux besoins fiscaux, on vit apparaître les impôts de fabrication, les impôts industriels et commerciaux sur les revenus des capitaux mobiliers, sur les gains professionnels* »²⁷.

46. Des finances publiques exsangues – Les conséquences de l'après-guerre confirmèrent cette nécessité de mieux appréhender la matière imposable. Il est banal de souligner que la sortie d'une guerre est douloureuse tant sur le plan humain que financier. Celle-ci, cependant, est d'autant plus dévastatrice qu'elle s'opère à un moment où le monde change, où s'ouvre une nouvelle ère économique, que les Etats et les peuples n'ont pas eu le temps d'assimiler.

47. Les dettes publiques sont colossales. Pour financer cette guerre, les belligérants ont dû recourir à l'emprunt, faute de ressources fiscales suffisantes²⁸. A la dette publique intérieure s'ajoutent des emprunts extérieurs importants et une inflation galopante qui ont conduit au quadruplement des prix pendant le conflit, et fait perdre de la valeur aux monnaies nationales autrefois florissantes comme la Livre Sterling, le Franc, ou le Mark. Conséquence pernicieuse de cet après-guerre, les Etats doivent emprunter pour reconstruire, dans la mesure où les charges financières contractées durant la guerre, grèvent considérablement leur budget.

48. Dans ce marasme ambiant, les effets de la Révolution Industrielle débutée près de quarante ans auparavant, n'ont pas été annihilés. Les entreprises nationales ont continué leur expansion économique tant sur le plan technique que géographique. La reconstruction s'effectue à un rythme surprenant et permet aux économies de se redresser rapidement à la faveur d'une modernisation continue de l'appareil de

²⁷ B.Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926.

²⁸ La dette publique de la France est passée entre 1914 et 1919 de 33,5 à 219 Milliards de francs-or, en Angleterre de 17,6 à 196,6 milliards, en Allemagne de 6 à 169 milliards. Source S. Berstein et P. Milza, *Histoire du XXème siècle*, Edition Hatier, Paris, Août 1993.

production²⁹. La prospérité revient et à compter de 1924, certains pays, comme la France, enregistrent des balances commerciales excédentaires. Aussi les mesures fiscales mises en œuvre commencent à devenir rentables.

B/ Les bases de la fiscalité internationale initiée par le droit interne des puissances coloniales

49. Au cours du conflit et peu de temps après, les deux principales puissances impériales de l'époque, la France et la Grande-Bretagne, adoptent des législations nationales dont l'objectif est destiné à imposer le profit des entreprises, et dont le principe repose « *sur un système d'impôts réels perçus à la source* »³⁰.

50. Impôt cédulaire – La France développe à cette époque un système d'imposition qui taxe différemment chaque catégorie de revenu, en fonction de son origine. Cet impôt cédulaire fut créé par la loi du 31 juillet 1917. Mais ce sont surtout les différentes lois codifiées par le décret du 15 octobre 1926 qui en donnent un parfait exemple. En effet, elles comportaient un impôt cédulaire sur les traitements, indemnités et salaires, un autre sur les bénéfices industriels et commerciaux, un impôt appliqué sur les bénéfices de l'exploitation agricole, ou encore un autre sur les bénéfices des professions non commerciales. Pour compléter ce tableau la loi du 31 mai 1933 fixant le budget général pour 1933 instaurent l'article 57 du CGI tel que nous le connaissons à l'heure actuelle ou tout du moins dans son principe.

51. Les prémices de l'imposition directe des entreprises – En Grande-Bretagne, au cours de l'année 1926, diverses commissions fiscales royales furent mises en place. Les premières étaient destinées à dessiner les contours d'un impôt sur le revenu, devant s'appliquer aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Le Comité Interdépartemental relatif à l'impôt sur le revenu fut chargé en 1922, de l'étendre à tous les territoires de l'Empire britannique³¹.

²⁹ C'est le cas de l'équipement des mines de charbon du Nord de la France qui est entièrement rénové. *Source* : Georges Duby *Histoire de France*.

³⁰ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926.

³¹ Report on the Inter-Departmental Committee on Income Tax in the Colonies not possessing responsible Government, Presented to Parliament by Command of His Majesty, *Université de Californie, Los Angeles* Décembre 1922,

52. Cette distinction entre un système privilégiant le fractionnement des revenus pour les imposer et un autre s'attachant davantage à la personne qu'aux revenus, aura une influence majeure sur le traitement fiscal des activités étrangères, qu'elles soient exercées sur le territoire d'un Etat ou qu'elles dépendent d'une entreprise nationale.

53. Comme le souligne Mitchell B. Carroll, il existe des disparités structurantes dans la façon de concevoir la production du revenu. En France par exemple, l'auteur souligne que si une entreprise étrangère dispose sur son territoire d'un établissement stable, l'impôt sera appliqué sur les opérations commerciales effectuées par cet établissement.

54. Pour étayer sa démonstration l'auteur donne l'exemple d'« *une entreprise étrangère qui a, en France, un établissement chargé de procéder à des achats de matières premières, est assujettie à l'impôt, même si ces matières premières sont immédiatement exportées et utilisées ou vendues par des établissements que l'entreprise possède dans d'autres pays* »³².

55. Cette conclusion semble cependant quelque peu hâtive. En effet, la législation française en matière d'imposition des brevets et droits d'auteurs précise que les entreprises françaises et étrangères ne sont redevables de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux à raison des profits de cette nature s'ils sont réalisés par cet établissement.

56. L'imposition des revenus de source et de nature étrangère – Ainsi, même si le principe veut qu'un établissement stable d'une entreprise étrangère soit de facto passible de l'impôt, encore faut-il qu'il génère des profits. L'approche britannique diffère en ce qu'elle s'attache à rechercher la nature du revenu. La Grande-Bretagne s'intéressera au revenu effectivement réalisé par l'entité. Dans l'exemple mentionné ci-dessus, il faut qu'il y ait eu vente de marchandises ou réalisation d'un service pour que l'établissement stable soit taxé. Ainsi conclut Carroll « *une entreprise étrangère*

³² « *L'Imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéfices des entreprises travaillant dans plusieurs pays, en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et dans le Royaume-Uni* » Rapport Mitchell B. Carroll, *Archives SDN*, Genève, le 15 Février 1932, C.73.M.38.1932.II.A

peut avoir un établissement stable, sans être assujettie à l'impôt sur le revenu si l'établissement ne fabrique ni ne vend des marchandises et s'il ne rend pas à des tiers des services rémunérés »³³. Cette position permet de comprendre la loi qui veut qu'une entreprise nationale soit assujettie à l'impôt sur le revenu pour tous les revenus tirés de source étrangère, faute de pouvoir identifier et localiser chaque type de revenu.

57. Ce type de disposition est également applicable aux Etats-Unis, dont le droit interne prévoit qu'« *une personne résidant aux Etats-Unis et une société nationale, sont obligés de faire figurer dans leur revenu brut, tous les revenus de source étrangère ou de source nationale, sans tenir compte de l'endroit où ces revenus ont été perçus* »³⁴.

58. Ces systèmes témoignent de la prise de conscience particulière des Etats à appréhender la matière imposable, notamment étrangère, qu'elle soit réalisée par des entreprises étrangères sur son territoire ou bien qu'elle soit le fait d'entreprises nationales exerçant hors de ses frontières.

59. Elles mettent surtout en lumière une divergence d'approche en matière de politique fiscale, elle-même influencée par des situations économiques différentes. La dépréciation monétaire était bien plus importante en France qu'en Grande-Bretagne. Celle-ci avait mené une politique de déflation stricte lui permettant de préserver un temps sa place financière.

60. D'un point de vue fiscal, ces pays se trouvent être fortement exportateurs de capitaux par rapport aux autres, et favorisent une imposition unique des revenus au lieu de résidence. Alors que les Etats qui connaissent de lourdes difficultés financières souhaitent préserver une assiette fiscale suffisamment large en privilégiant une imposition à la source³⁵.

³³ « *L'Imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéficiaires des entreprises travaillant dans plusieurs pays, en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et dans le Royaume-Uni* » Rapport Mitchell B. Carroll, Archives SDN, Genève, le 15 Février 1932, C.73.M.38.1932.II.A

³⁴ « *L'Imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéficiaires des entreprises travaillant dans plusieurs pays, en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et dans le Royaume-Uni* » Rapport Mitchell B. Carroll, Archives SDN, Genève, le 15 Février 1932, C.73.M.38.1932.II.A Traduit par l'auteur

³⁵ C. Farquet, *Expertise et négociations fiscales à la Société des Nations (1923-1939)*, Relations internationales 2010/2 (n°142), p.5-21. DOI 10.391/ri.142.0005

61. La double imposition – Ces législations n'éliminaient pas pour autant la problématique des doubles impositions qui pouvaient surgir au gré des opérations commerciales notamment de négoce entre pays. Le sujet restait techniquement simple à aborder tant les pays concernés étaient peu nombreux. En effet, le monde, même si la Révolution Industrielle avait contribué à en faire connaître les moindres contours, était ordonnancé autour des grands empires qui avaient conquis les territoires pourvoyeurs de ressources et qui restaient sous leur domination fiscale.

62. Mais l'enjeu était d'établir une certaine cohérence entre les Etats, et d'apporter une réponse harmonieuse, afin d'éviter qu'à une guerre militaire dévastatrice ne succède une guerre économique et fiscale qui, ruine toute chance de paix. Pour ce faire, il fallait que cette problématique de double imposition figure à la table des négociations des instances internationales qui se mettaient en place.

§ II L'activité fiscale des instances internationales pendant l'entre-deux guerres

63. Le système fiscal international apparaît aujourd'hui, comme un système ordonnancé, hiérarchisé, règlementé, qui tente de s'affranchir de toute conception juridique empreinte de soft law.

64. Pourtant, au lendemain du premier conflit mondial, la place des questions de fiscalité internationale faisait débat. Devaient-elles être considérées comme un sujet majeur au même titre que les autres problématiques financières ou économiques ? Ou bien n'étaient-elles que la question secondaire d'enjeux plus globaux ? Cette problématique est finalement toujours d'actualité, et demeure la question centrale de toute organisation internationale chargée d'étudier les sujets de fiscalité internationale. Par essence, ou par construction, la fiscalité internationale fut un sujet annexe (A) avant de connaître une reconnaissance somme toute fragile (B).

A/ Un sujet annexe

65. La Chambre de Commerce Internationale³⁶ (CCI) fut la première instance internationale à œuvrer pour que les problématiques de fiscalité internationale, et plus particulièrement celles liées à la double imposition, soient prises en considération dans les discussions d'après-guerre.

66. La reconnaissance des enjeux de fiscalité internationale – L'Assemblée fondatrice qu'elle tint à Paris en Juin 1920 adopta, à cet effet, une résolution dans laquelle elle enjoignait les pays alliés vainqueurs à rédiger et adopter un accord international afin d'éliminer toute superposition d'impôts sur un même revenu dans plusieurs pays. Son Premier Congrès tenu à Londres en 1921, réaffirma cette volonté de prévenir toute double imposition.

67. Cet appel ne resta pas lettre morte. La Conférence Internationale de Bruxelles en 1920, relative aux crédits internationaux, reconnut en effet l'importance du problème. Et c'est par une double résolution de la Conférence de Gènes, celles de la Commission financière (Résolution 13) et de la Commission économique (Résolution 15), que le Comité Financier de la Société des Nations (SDN) reçut mandat pour étudier les impacts de la double imposition et de l'évasion fiscale.

68. Le rôle des experts – Ce comité, organe central et majeur, confia à des personnalités issues du monde académique, quatre économistes en l'occurrence, le soin « *d'étudier la superposition de l'impôt* »³⁷. Le représentant français à la SDN, Gabriel

³⁶ La Chambre de Commerce International a été constituée en 1919, sous la forme d'association dont le siège est à Paris. Elle rassemble des milliers d'entreprises, et a pour objectif de promouvoir des investissements, des échanges internationaux et la libre circulation des capitaux.

³⁷ Rapport au Conseil du Comité Financier, Genève le 27 Avril 1922, C.220.1922.II. Ce comité d'experts économistes est composé du Professeur L.Einaudi de l'Université de Turin ; du Professeur E.R.Seligman de l'Université de Columbia, New York ; de Sir Josiah Stamp, K.B.E.,D.Sc, de l'Université de Londres ; et du Professeur G.W.J. Bruins de Rotterdam. *Archives SDN*. Les termes du mandat restaient vastes et se concentraient autour de cinq questions : (1) Quelles sont les conséquences économiques de la superposition de l'impôt au point de vue de la distribution équitable des charges fiscales ; des relations économiques et de la libre circulation ? (2) Peut-on formuler des principes généraux comme bases d'une convention internationale pour écarter les conséquences fâcheuses de la superposition ; ou bien ces conditions doivent-elles être faites entre quelques Etats en particulier, limitées à leurs propres desiderata immédiats ; et dans cette dernière hypothèse, ces accords particuliers peuvent-ils composés de manière à pouvoir être plus tard englobés dans une convention générale ? (3) Dans quelle mesure les principes des accords existants, pour éviter la superposition des impôts entre des nations indépendantes (par exemple la Convention de Rome) ou entre les parties composant un Etat fédéral, sont-ils applicables à une nouvelle convention internationale ? (4) Peut-on, et jusqu'à quel point, trouver des remèdes par des amendements à la législation fiscale intérieure de chaque pays, en dehors d'un accord international ? (5) Dans quelle mesure les conventions sur la superposition de l'impôt

Hanotaux, insistait sur la nécessaire « *coopération par persuasion* »³⁸, dans laquelle les travaux menés devaient s'inscrire. Soucieux de ne pas donner trop de gages à une mécanique multilatérale concernant des domaines intrinsèquement soumis au consensus qui pourraient affaiblir leur souveraineté, les puissances de l'époque ont mis en place des commissions de techniciens de la fiscalité.

69. Le recours à des experts techniques s'est confirmé en 1923 avec un comité des experts, chargés de mettre en œuvre les travaux des économistes. Il dissimulait mal, toutefois, la prudence des gouvernements, qui ne souhaitaient pas s'associer officiellement aux discussions fiscales. Finalement les travaux techniques ont permis d'assurer le succès des discussions et le consensus autour des options proposées³⁹.

70. L'importance du comité financier de la SDN – La dimension organisationnelle est souvent un indicateur de l'importance que l'on accorde à un thème. La fiscalité internationale n'y échappe pas. Le comité des experts des années 1920 sera placé sous le contrôle du comité financier, qui lui-même rend compte au Conseil de la SDN.

71. Même si « *presque tous les travaux fiscaux de la SDN sont officieusement, le fruit d'une collaboration intime entre d'une part des sections techniques du Secrétariat et d'autre part les commissions techniques du Conseil* »⁴⁰, il n'en demeure pas moins que la préparation et l'exécution des décisions prises par le Conseil émanent, avant tout, du Comité financier, qui exerce une sorte de filtre.

72. Outre ces nouvelles attributions, ce comité jouait un rôle fondamental dans la mise en œuvre des emprunts publics internationaux, souscrits aux pays les pays pauvres,

doivent-elles établir un contrôle fiscal international pour éviter un contrôle fiscal international pour éviter les réclamations frauduleuses de dégrèvement ?

Rapport au Conseil de la Section financière de la Commission Economique et Financière provisoire sur sa session tenue à Londres du 23 février au 1^{er} mars 1922, Genève, *Archives SDN* le 27 avril 1922, C.220.1922.II

³⁸ Actes de l'Assemblée, Suppléments, Procès-verbal de la 2^{ème} Commission de l'Assemblée, *Archives SDN, Journal Officiel de la Société des Nations*, 23 Septembre 1921.

³⁹ Le Secrétaire du comité financier Benoît Léon-Dufour n'aura de cesse de rappeler les membres du premier comité d'experts, à leur devoir d'expertise, gage de cohésion. 1^{ère} session, procès-verbal 2 du comité des experts sur la double imposition et l'évasion fiscale de la SDN, 4 juin 1923 et 4^{ème} session, procès-verbal 3 du comité, *Archives SDN*, 21 octobre 1924.

⁴⁰ M. Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, R.C.D.A.I. 1954-II, tome 86.

sortis vaincus du conflit. Ainsi s'il consent à s'intéresser aux problématiques de fiscalité internationale, c'est pour « *garantir la bonne exécution des prêts, consentis à divers pays par d'autres Etats* »⁴¹.

73. Ce propos fait écho quelques années plus tard à celui du Professeur Maxime Chrétien lorsqu'il souligne « *Si le comité financier s'est occupé de questions fiscales, ce ne fut somme toute, que pour garantir la bonne exécution des prêts* »⁴². La figure de l'expert en fiscalité internationale semble constituer un paravent pour éviter les questions conflictuelles. La place qu'il occupe au sein même des instances accrédite ce sentiment. Malgré ce rôle confiné, sa contribution est majeure puisqu'il pose clairement les problématiques liées à la fiscalité internationale, qu'il s'agisse de double imposition, d'évasion fiscale, ou d'allocation des profits.

74. Il revient aux Etats de prendre position, aux experts fiscaux des instances internationales de se détacher des rapports de force politique, pour promouvoir des solutions qui puissent non pas convenir à tout le monde, mais à tout le moins ne léser personne. Pour cela toutes les dimensions de la fiscalité internationale doivent être abordées dans son ensemble et non pas sujet après sujet. C'est cette reconnaissance, et cette approche globale qui se sont avérées difficiles à mettre en œuvre.

B/ Une reconnaissance fragile et un sujet diffus

75. La préservation du commerce international – La clause introductive aux travaux fiscaux du comité des experts constitue l'ADN de la fiscalité internationale, et tisse un lien entre cette matière et la vie des affaires économique et financière internationale : « *La double imposition qui affecte principalement les activités des entreprises et des personnes qui exercent leur commerce ou leur profession dans plusieurs pays, ou qui tirent leur revenu de pays autre que celui dans lequel ils résident, impose à ces contribuables, des charges, qui dans nombreux cas, paraissent véritablement excessif, sinon intolérable. Cela a tendance à paralyser leur activité et à décourager toute*

⁴¹ W. Rappard, *Le nationalisme économique et la SDN*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye – Volume 61, 1937.

⁴² M. Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, R.C.D.A.I. 1954-II, tome 86.

initiative, et de ce fait constitue un obstacle sérieux au développement des relations internationales et à la production »⁴³.

76. Le rôle de la fiscalité internationale est bien d'accompagner le commerce international, et de faire en sorte que la règle fiscale ne puisse pas l'entraver. Cette volonté d'en faire un support des échanges internationaux et d'en assurer la sécurité constitue le fondement de son développement. Ce-dernier se traduit par l'élaboration de modèles de conventions, et la conviction des différentes instances que cet outil permet à la fois d'apporter des solutions à des problèmes complexes et de préserver une unicité d'application. C'est ce qui ressort du rapport du Comité fiscal de la SDN au conseil à propos d'un projet de convention relatif à la ventilation des bénéfices des entreprises internationales⁴⁴. Toutefois pour que ces modèles-types suscitent l'adhésion des pays émergents, sous statut colonial à l'époque, encore faut-il qu'ils appréhendent l'ensemble des prismes d'imposition. Deux périodes émergent, l'une marquée par une incertitude quant au principe d'imposition à adopter (1), une autre plus fondatrice marquée par la crise économique de 1929 lourde de conséquences en matière fiscale (2).

1. La reconnaissance de la fiscalité, mais l'ambivalence du principe d'imposition

77. La fonction quelque peu subalterne de la fiscalité internationale n'empêchera pas ces organes, bien au contraire, d'aborder tous les sujets, sans que pour autant ceux-ci fassent l'objet d'une reconnaissance à leur juste titre. Les travaux rendus par le comité des experts en 1927 et 1928 ont le mérite de tenter d'ordonner juridiquement l'ensemble des problématiques soulevées par les quatre économistes.

⁴³ Société des Nations Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Geneva, April 1927, *Archives SDN, League of Nations*, C.216.M.85.1927.II, *Traduit par l'auteur*

⁴⁴ Société des Nations, Rapport du Comité fiscal au Conseil sur les travaux de la cinquième session du Comité, Genève, du 12 au 17 juin 1935, *Archives SDN*, C.252.M.124.1935.II.A. : « *L'existence de telles conventions-types s'est révélée d'une utilité réelle dans des cas semblables, en facilitant la solution de nombreuses difficultés techniques qui se posent au cours des négociations. Cette méthode a le double mérite, d'une part, de créer automatiquement une uniformité dans la pratique et la législation, pour autant que le modèle sert de base aux accords bilatéraux, et, d'autre part, d'être suffisamment élastique pour s'adapter aux conditions différentes existant dans les divers pays ou groupe de pays, étant donné que ce modèle peut être modifié dans chaque accord bilatéral* ».

78. Les premiers modèles de convention fiscale internationale de 1927 et 1928 –

Les modèles de convention présentés sont des modèles fondateurs qui inspireront la trame de négociation des Etats pour éviter les doubles impositions et lutter contre l'évasion fiscale. A l'origine pourtant, l'objectif assigné était de présenter une convention multilatérale globale. Or, les circonstances politiques, comme la complexité des sujets, à quoi s'ajoutait la difficulté de les aborder dans un seul tenant, ont eu raison du projet. L'ouvrage sera remis sur le métier près d'un siècle plus tard⁴⁵. Surtout à l'époque, la problématique de la double imposition reste le sujet majeur pour les Etats.

79. Ils se subdivisent en quatre parties. La première présente un modèle de Convention pour prévenir les doubles impositions, la seconde s'attache à la prévention des doubles impositions en matière successorale, la troisième érige un modèle de convention en matière d'assistance administrative, et enfin la quatrième partie suggère une convention en matière d'assistance judiciaire pour la collecte d'impôts⁴⁶.

80. Le premier modèle de convention destiné à lutter contre les doubles impositions, distingue les impôts impersonnels des impôts personnels. Les articles 4 et 5 des modèles constituent le canevas de la lutte contre la double imposition. Ils incarnent, en

⁴⁵ Société des Nations, Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, *Archives SDN*, Geneva April 1927, C.216. M.85.1927. II. « *Le comité a longuement discuté de la question de savoir, si la Convention devait être collective, c'est-à-dire signée par le plus grand nombre possible d'États, ou si elle devait être simplement bilatérale. Il serait certainement souhaitable que les États concluent des conventions collectives ou même une convention unique reprenant toutes les autres. (...) En matière de double imposition en particulier, les systèmes fiscaux des différents pays sont si fondamentalement différents qu'il semble à l'heure actuelle pratiquement impossible de rédiger une convention collective si elle n'a pas été rédigée en termes généraux de manière à n'avoir aucune valeur pratique* ».

La première et la seule Convention fiscale collective fut signée à Rome le 13 juin 1921 entre l'Autriche, la Hongrie, la Pologne, le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes et la Roumanie. Elle entra en vigueur en 1926 entre l'Autriche et l'Italie, faute de ratification par les autres Etats.

⁴⁶ Il convient ici de rétablir une réalité historique. On a longtemps attribué à la Convention signée en 1843 entre la France et la Belgique le statut, de première convention fiscale pour lutter contre les doubles impositions. Or, cette convention est davantage une convention d'assistance administrative et n'est que la traduction des relations économiques naissantes entre Etats. Bien que les échanges commerciaux se développaient, il n'était pas encore commun pour un national d'un pays d'aller s'établir dans un autre pays. Afin de protéger la situation fiscale de leurs ressortissants établis à l'étranger, deux types de préoccupations animaient les gouvernements. D'une part, la signature de Traités Diplomatiques afin de préserver la neutralité fiscale due aux diplomates, et de les sauvegarder de toute discrimination fiscale. D'autre part, la transparence fiscale en matière de droits d'enregistrement était un autre point d'achoppement que les pays souhaitaient améliorer en formalisant les échanges d'informations entre administrations fiscales. La Convention conclue entre la France et la Belgique, signée à Lille le 12 Août 1843, en est une parfaite illustration. L'objectif de celle-ci était de clarifier entre les deux Nations, les transmissions de documents d'enregistrement de tous les actes relevant de la vie de leurs ressortissants, pouvant intéresser le Trésor Public d'un des deux pays. L'économie générale de la convention ne mentionne pas autre chose si ce n'est le souhait de « *régulariser les relations officielles qui se sont établies entre les employés de tous grades des deux Royaumes, lesquelles ont pour objet la transmission des extraits d'enregistrement d'actes, de déclarations de mutations, de relevés de propriétaires et d'états de décès* ». Pour certains auteurs, comme Adam Becker, la première convention statuant de façon empirique sur la répartition du droit d'imposer entre deux Etats fut celle signée entre la Grande-Bretagne et la Suisse en 1872.

même temps, la conception que se fait le comité des experts techniques de l'allocation des revenus.

81. Ils révèlent une certaine ambiguïté : celle de ne pas prendre clairement position entre un principe d'imposition à la source des revenus générés par une activité industrielle et commerciale et, une taxation au lieu de résidence. Cette ambivalence est portée par les deux premiers alinéas de l'article 5.

82. L'alinéa 1 semble poser le principe d'imposition au lieu de résidence. Le second énumère une liste d'installations « *Le centre réel de prise de décision, les filiales, les branches, les usines, les agences, les entrepôts, les bureaux, les dépôts doivent être regardés comme des établissements stables* »⁴⁷, que l'Etat du lieu de localisation est en droit de taxer.

83. Cette liste sème le doute sur les intentions des experts, mais laisse également entrevoir la dimension politique de la problématique, et les rapports de force qui ont pu naître au sein du comité. Le modèle de 1928 confirme cette approche, lorsqu'il supprime de la liste les « filiales » tout en y incluant les « mines et champs pétroliers » ainsi que les « ateliers ».

84. L'attachement à l'imposition au lieu de résidence – La position britannique achève de convaincre de l'existence et de la prédominance des tensions. C'est l'article 4 des modèles de convention qui est l'élément déclencheur. Il stipule en l'espèce que « *Les revenus issus de titres de sociétés ou d'intérêts doivent être taxables dans l'Etat dans lequel où se situe le centre réel de prise de décision de l'activité* ». Les commentaires de cet article excluent explicitement les sièges sociaux purement nominatifs, de la définition du centre réel de prise de décision.

85. En d'autres termes, les dividendes et les intérêts peuvent être imposés à la source, s'il est démontré que le centre opérationnel de décision est différent de l'actionnaire référent que l'on pourrait désigner aujourd'hui comme étant la holding de tête.

⁴⁷ Société des Nations, Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, *Archives SDN* Geneva, April 1927, C.216.M.85.1927 II, *Traduit par l'auteur*.

86. Cet article s'inscrit pleinement dans la logique de l'article 5 qui laisse une place à l'allocation des revenus à la source. Il suscita toutefois l'émoi outre-manche. La position de Sir Percy Thompson, représentant britannique pour les affaires fiscales pendant l'entre-deux guerres, sous l'article 4 publiée dans le rapport d'Avril 1927, est explicite et révélatrice, lorsqu'il affirme qu'« *Il n'est pas raisonnable que la charge financière liée à l'allègement de la double imposition, soit également supportée par l'Etat de résidence* ».

87. Un équilibre difficile entre source et résidence – Le comité des experts a pourtant réussi à surmonter ces divergences et à faire adopter par le Conseil de la Société des Nations l'ensemble de ses travaux et notamment les modèles conventionnels proposés comme base de négociation. La possibilité, officiellement reconnue, de pouvoir imposer les revenus d'une activité à la source en présence d'un établissement stable dont les contours pouvaient être aussi larges que possibles, constituait une opportunité future pour les colonies de l'époque de profiter des activités exercées par des entreprises étrangères sur leur territoire.

2. *La crise de 1929 et la consécration du principe de l'imposition au lieu de résidence*

88. Crise économique et colonialisme – La crise boursière de 1929 plongea le monde capitalistique dans une spirale crépusculaire. Le fameux krach du « jeudi noir », provoqua une crise économique structurelle, conduisant à un effondrement sans précédent de la production mondiale, de la valeur des échanges commerciaux internationaux⁴⁸. En même temps cette crise a exacerbé les égoïsmes nationaux au sein même des empires, au point de leur imposer l'obligation de choisir, entre poursuivre les investissements dans les colonies, ou les concentrer vers de nouveaux secteurs. Ce choix était cornélien, car comme le rappelle Jacques Marseille « *à partir des années 1930 (...) le marché mondial en assurant la survie de branches désormais déclinantes, semble entraver l'émergence de nouveaux secteurs* »⁴⁹.

⁴⁸ P. Milza, S. Bernstein, *Histoire du XXème siècle, tome 1 « La fin du monde européen »*, Ed Initial, Hatier, Paris, Août 1993. Les auteurs démontrent que la baisse de la production mondiale de 42%, déclenche un phénomène de déflation, conduisant « *le commerce mondial dans une spirale implacable qui divise par trois la valeur des échanges internationaux entre 1929 et 1933. Le nombre de faillites n'a jamais été aussi important, gonflant le chômage de façon vertigineuse pour atteindre selon les pays 15% à 20% de la population active* ».

⁴⁹ J.Marseille, *Empire colonial et capitalisme français, Histoire d'un divorce*, Paris, Albin Michel, collection « L'aventure humaine », 19

89. Deux conceptions s'affrontent pour définir le positionnement des empires à l'égard de leurs colonies. La première est menée par les industriels. Elle est imprégnée de protectionnisme et propose des mesures destinées à assurer une augmentation du niveau de vie des colonies afin que ces-dernières continuent de jouer leur rôle d'absorption des produits manufacturés. La seconde, qualifiée « d'anticipatrice », défendue par Paul Bernard, administrateur de la Société financière française et coloniale, prônait en revanche l'industrialisation des colonies. Le débat fit rage dans la classe politique et face à la crainte de révoltes sociales dans les hexagones, c'est la première conception qui fut privilégiée.

90. Révolution de palais de la fiscalité internationale – C'est dans ce contexte que le Comité Financier de la SDN connut une révolution en son sein, qui allait figer pour longtemps la place des colonies au sein du système fiscal international. En effet, le Comité des Experts Techniques mis en place en 1923, souhaitait s'émanciper de la tutelle du Comité Financier.

91. A partir de 1927, il n'eut de cesse dans ses rapports de demander l'instauration d'un Comité Fiscal permanent indépendant du Comité Financier. Pendant longtemps, ce dernier résista à ces vellétés d'indépendance, qu'il ne goûtait guère, comme le rappelle le Professeur Maxime Chrétien. La crise économique et politique de 1930, eut cependant raison de ses réticences. C'est ainsi que les Etats membres de la SDN et du premier comité, décidèrent la création d'un Comité Fiscal permanent. Celui-ci est la marque d'« *un démembrement partiel du Comité financier auquel il est rattaché dans une certaine mesure. L'un et l'autre dépendent de l'Assemblée et du Conseil* »⁵⁰.

92. Au-delà de cette révolution de palais, ce nouveau comité fiscal s'avère être plus politique, composé de représentants officiels des Etats, de diplomates, qui envisageaient la matière fiscale et les normes fiscales comme un simple outil géopolitique stricto sensu. Cette position est d'autant plus assumée que le comité fiscal invite à sa table de discussions des représentants du monde économique issus du comité

⁵⁰ M.Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, 1954-II, tome 86.

financier ou de la CCI. Cette collaboration complète l'analyse technique fiscale et permet d'accroître le champ des investigations.

93. C'est en effet, par cette entremise, que la fondation Rockefeller octroie un don pour que des travaux soient menés afin d'analyser les systèmes fiscaux des pays et leur système d'allocation de profits⁵¹. En même temps qu'elle enrichit la connaissance académique, elle légitime la mainmise du politique et neutralise toute avancée en matière de répartition des revenus ou de lutte contre la fraude fiscale.

94. Surtout le Comité fiscal qui se met en place à compter de 1930, prend le contrepied du Comité des Experts des années 1920. Tout du moins, il prend clairement le parti d'une imposition des revenus des entreprises au lieu de résidence, alors que son prédécesseur tentait de rassembler les deux approches et privilégiait plutôt une imposition à la source. Le modèle de convention fiscale de Mexico de 1943, n'est que la réponse des économies en développement de l'époque, aux travaux, ou pour le moins, à la philosophie promue par le Comité Fiscal des années 1930. En privilégiant clairement l'imposition à la source, ce modèle prend date, et les pays émergents de l'époque tiennent à marquer leurs différences.

95. L'affirmation de ces différences fut balbutiante, en raison de la faible place que les pays occidentaux leur accordaient. Elle est aussi la manifestation prémonitoire du peu d'enthousiasme des pays émergents à saisir l'opportunité qui leur était offerte au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale.

⁵¹ Ce don fut obtenu grâce à l'initiative de l'expert américain, Thomas Adams, Professeur de l'Université de Yale . Le premier don s'élève à 90 000 dollars en 1930, suivi d'une nouvelle donation en 1933 de 50 000 dollars.

1^{ère} session procès-verbal 3, Rapport au Conseil sur les travaux de la 4^{ème} session du Comité fiscal, *Archives SDN*, Genève 15 au 26 juin 1933. Ce mécénat permit l'élaboration et la parution du Rapport de Mitchell B. Carroll, collaborateur d'Adams, « L'Imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéfices des entreprises travaillant dans plusieurs pays, en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et dans le Royaume-Uni » Rapport Mitchell B. Carroll, *Archives SDN* , Genève, le 15 Février 1932, C.73.M.38.1932.II.A

Section II La place des pays émergents au sein des instances fiscales internationales

96. Des comportements ambivalents – Entre intégration sur fond d’assimilation, crainte d’une participation trop encombrante, timidité voire indifférence de la part des pays émergents à s’intégrer, leur place au sein du système fiscal international n’était pas clairement tranchée. Elle est le fruit de deux logiques. La première, l’assimilation est promue par les Français. Elle s’inspire ou apparaît comme la transposition juridique du droit dur. L’imposition à la source ne pose pas véritablement de problème, d’une part parce que ce principe est inscrit dans la loi depuis 1926, d’autre part parce que le territoire de la République est un et indivisible et qu’a fortiori les espaces colonisés font partie du même territoire fiscal sans que cela puisse être discuté. La seconde approche, d’intégration est privilégiée par les Anglais. Il s’agit ici, d’une manifestation très anglo-saxonne du droit, à savoir d’un droit mou. C’est la raison pour laquelle elle a élaboré un guide spécifique de répartition des rôles et de la compétence fiscale entre Londres et les colonies.

97. Toutefois, les principales puissances économiques ont dû faire preuve de pragmatisme. Les colonies représentaient une manne financière relativement structurante pour leurs économies. A ce titre, elles ont été contraintes de les ménager. Ce souci trahissait cependant une volonté de ne pas les associer à la réflexion et à l’évolution de la fiscalité internationale (Paragraphe I).

98. Le comportement équivoque, par ailleurs, des pays émergents pouvait laisser suggérer leur peu d’engouement pour la matière et laissait la place au maintien d’un certain « impérialisme fiscal » des pays développés, « impérialisme » qui à certains égards était consenti (Paragraphe II).

§ I La faible intégration des colonies dans le système fiscal international

99. Les colonies ont bénéficié d’une place de choix dans l’expansion économique de leurs empires respectifs. A ce titre, leurs métropoles ont œuvré pour les intégrer dans

le système fiscal international tout en refrenant toutes vellétés d'émancipation. Ainsi d'une reconnaissance fiscale par procuration (A), les colonies sont devenues des instruments fiscaux au service de leurs empires (B).

A/ Une reconnaissance fiscale par procuration

100. Sur un plan commercial et industriel, les colonies constituaient un enjeu majeur aussi bien pour les finances de l'Etat que pour les entreprises nationales des empires. Cette importance se traduisait par une assimilation commerciale complète (1). D'un point de vue fiscal, la notion d'établissement stable leur permettait de bénéficier d'une certaine visibilité (2).

1. Une assimilation commerciale complète

101. L'importance économique des colonies – A la veille de la Première Guerre Mondiale, les colonies françaises étaient le troisième partenaire commercial de la France juste derrière l'Allemagne⁵². Le capital investi permettait aux colonies d'améliorer leurs infrastructures. A titre d'exemple, le Royaume-Uni a investi près de 14 Milliards de Livres de l'époque, dont la majeure partie était destinée à la production de minerais et de matières premières⁵³.

102. En même temps, comme le souligne le Professeur Piciotto, ces investissements directs à l'étranger ont permis l'émergence d'entreprises multinationales nées à la faveur des progrès de la Deuxième Révolution Industrielle, que le premier conflit mondial n'a pas ralenti.

103. Les Maisons Bordelaises trouvèrent en Afrique de nombreux débouchés d'exportation et de distribution de leurs produits. Organisées en holding, elles pouvaient contrôler plusieurs activités économiques dans plusieurs pays, comme la manutention en Afrique, les salines de Sine-Saloum, ou encore les eaux et l'électricité de l'Ouest Africain. Ce système leur permettait par ailleurs de disposer de

⁵² J. Marseille, *Colonisation, décolonisation et capitalisme (1880-1960)*, Vingtième Siècle, revue d'histoire, N°4, octobre 1984.

⁵³ S. Piciotto, *International Business Taxation*, University of Lancaster, Ed: Cambridge University Press, 1992.

ramifications, qui prenaient la forme de comptoirs, ou d'agences, destinés eux, à la distribution de leurs produits.

104. Mais la recherche de matières premières constituait un autre élément majeur de pénétration économique et commerciale. L'exploitation des ressources naturelles, les débouchés et opportunités coloniaux, favorisèrent les premières vagues de concentration des entreprises. C'est ainsi qu'en 1920, les frères Lever, spécialistes dans la fabrication de savons, faisaient l'acquisition de la Compagnie du Niger, afin d'exploiter les huiles végétales et la société Margarine Unie. L'ensemble formera quelques années plus tard l'entreprise Unilever. Celle-ci rachètera la société franco-néerlandaise Calvé-Delft, qui disposait d'implantations aussi bien en Europe que dans les colonies françaises ou bataves. La société Cadbury s'implante là où sont recensées les exploitations de cacao d'Afrique. Dunlop se développe au cours de cette période de l'entre-deux guerres en Asie, pour exploiter les plantations d'hévéa, ressource indispensable à la fabrication du caoutchouc, tout comme Michelin, qui acheta en 1925 deux plantations d'hévéa au Vietnam. L'entreprise familiale clermontoise participa, par ailleurs, à la construction d'autorail aux Pays-Bas en 1932, mais également en Indochine, ou dans les colonies françaises. L'Imperial Chemical Industries, fondée en 1926 produisait aussi bien des explosifs, que des produits fertilisants, très consommateurs de matières premières localisées dans les colonies de l'Empire britannique.

105. L'investissement réalisé par ces entreprises multinationales joue un rôle important dans l'essor des territoires coloniaux. Ces capitaux privés bénéficient d'aménagements fiscaux attractifs aussi bien pour ces entreprises que pour leurs Etats de résidence. Dans la mesure où ce cycle se perpétue dans le cadre d'une même souveraineté fiscale, cette expansion économique des colonies, bien que réelle, a tendance à les maintenir sous tutelle économique. La fiscalité leur octroie une certaine visibilité, et pose les prémices de leur intégration au système fiscal international.

2. L'instrumentalisation fiscale des colonies

106. L'établissement stable, vecteur d'intégration – La présence commerciale et industrielle légitime la reconnaissance des colonies sur la scène internationale. Elle se

traduit par la création de la notion d'établissement stable. Ce concept s'avèrera être l'outil d'intégration des colonies, selon que les politiques coloniales privilégient l'assimilation ou l'intégration.

107. Mais, à l'époque, il n'a pas la même connotation que celle qu'il a aujourd'hui. Les rédacteurs des modèles de convention fiscale proposées en 1927 et 1928⁵⁴ par la Société des Nations, qualifient toute structure d'établissement stable et ne distinguent pas selon la forme juridique, là où aujourd'hui, nous ne saurions confondre, une entreprise avec une agence ou assimiler les deux à un établissement stable.

108. L'article 5 de ces modèles conjugue à la fois une approche anglo-saxonne et civil law pour la perception des revenus d'activités économiques. L'alinéa 1 stipule « *Les revenus provenant de toute entreprise industrielle, commerciale ou agricole et de tout autre métier ou profession sont imposables dans l'État dans lequel les personnes contrôlant l'entreprise ou exerçant une activité professionnelle possèdent des établissements permanents* ».

109. Toutefois, l'alinéa 2 vient tempérer cette disposition en essayant de donner une assise plus tangible à la notion d'installation fixe : « *Les véritables centres de gestion, les sociétés affiliées, les succursales, les usines, les agences, les entrepôts, les bureaux, les dépôts, sont considérés comme des établissements permanents* »⁵⁵.

110. L'article 5 du modèle de 1928 supprimera de cette liste, les sociétés affiliées, mais ajoutera les mines et les champs pétroliers. Cet article est repris dans la majeure partie des conventions fiscales signées à l'époque. L'utilisation de cette notion fait néanmoins l'objet de quelques variantes, reflétant ainsi la philosophie fiscale d'un certain nombre de pays et met en lumière les inspirations teintées de civil law et celles de common law.

⁵⁴ Société des Nations, Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, *Archives SDN*, Geneva, April 1927, C.216.M.85.1927 II; Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Geneva, *October* 1928, C.562.M.178.1928 II, Draft Convention N°Ia.

⁵⁵ Société des Nations, Comité d'experts techniques sur la double imposition et l'évasion fiscale, *Archives SDN* Genève, avril 1927, C. 216. M. 85.1927 II Traduit par l'auteur

111. C'est ainsi qu'apparaît la notion de « *business establishment* », notamment dans la Convention conclue entre la Suède et le Danemark en 1932⁵⁶. Malgré ces différences lexicales, l'établissement stable apparaît comme un vecteur de reconnaissance internationale pour les colonies, sans pour autant être pleinement un vecteur d'intégration.

112. L'étude commencée par le Professeur Adams, et conclue par Mitchell B. Carroll, en matière d'imposition des filiales étrangères d'entreprises résidentes, nous permet justement d'apprécier la manière dont les métropoles souhaitaient intégrer leurs propres colonies.

113. Une première catégorie de pays exonère les bénéfices attribués aux établissements situés dans les pays étrangers, soit totalement lorsque ces derniers ne revêtent pas la forme de sociétés, soit sous forme de dégrèvement ou de déduction, en réservant une partie des bénéfices pour le pays d'origine. Parmi les pays ayant adopté ces régimes, on comptait la France, les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne ou encore les Etats-Unis. En revanche, certains Etats, à l'instar du Royaume-Uni, imposent la totalité des bénéfices tout en octroyant d'importantes déductions ou compensations aux contribuables, à raison des bénéfices imposés dans certaines autres juridictions.

114. L'évolution économique internationale bouleverse la volonté, si elle existait, d'intégrer les colonies au sein du système fiscal international. Elle conforte davantage encore la volonté des puissances coloniales, à les maintenir dans un certain ostracisme pour en faire des instruments fiscaux.

115. **Les colonies territoriales oubliées des conventions fiscales** – Une lecture brève, des conventions fiscales signées est instructive. La définition de territoire était complètement éludée, et implicitement renvoyée aux règles internes. Les territoires d'outre-mer n'avaient donc aucun droit, tout du moins la pratique ne leur conférait pas le pouvoir de contracter des conventions fiscales destinées à lutter contre les doubles

⁵⁶ Société des Nations, Comité Fiscal, *Archives SDN*, Volume 5, C.618.M.291

impositions ou l'évasion fiscale. Elles étaient signées par l'Etat central pour des raisons d'unicité du territoire fiscal, et occultait la référence aux colonies.

116. Les conventions fiscales signées par la France ne faisaient pas référence à ses possessions, elles faisaient partie du territoire de la République. Seule la convention fiscale signée par l'Empire britannique avec les Pays-Bas, le 6 juin 1935, relative à l'exonération réciproque des plus-values, faisait référence à Sa Majesté le Roi de Grande-Bretagne, d'Irlande et des Dominions à travers les mers, Empereur d'Inde⁵⁷.

117. Mais ces cas, sans pour autant garantir quel que droit que ce soit, restaient des exceptions. Ainsi, les colonies dites « blanches » et les colonies « de rang secondaire » restaient sur un même plan d'égalité. A une nuance près, puisque le droit de signer des conventions fiscales liées à des thèmes et sujets spécifiques, était uniquement reconnu aux premières.

118. Le Statut de Westminster signé en 1931 traduit cette politique. Il consacre le « British Commonwealth of Nations », mais ne laisse guère de place et ne reconnaît pas les Etats qui ne sont pas Dominions⁵⁸. Seules des raisons pragmatiques et économiques pouvaient leur permettre de conclure des conventions spécifiques. C'est ainsi que l'Union Africaine, dominion britannique conclut un accord fiscal avec la Rhodésie le 21 Avril 1932, afin de régler les problématiques fiscales liées aux droits d'enregistrement : la proximité géographique devait certainement être une des raisons de cet octroi de liberté. Comme le précise le Professeur Moresco, « *il paraît difficile de trouver une place dans ce commonwealth pour les peuples asiatiques et africains. (...). Le Commonwealth alors devient une partie de l'Empire* »⁵⁹.

⁵⁷ Société des Nations, Collection of International Agreements and Internal Legal Provisions for the prevention of Double Taxation and Fiscal Evasion, *Archives SDN*, 1936, Volume 6, C-118-M-57-1936-II-A

⁵⁸ La Conférence Impériale du 11 décembre 1931 qui donne effets aux vœux formulés par les Conférences impériales de 1926 et de 1930, institue le Statut de Westminster, qui mentionne en préambule les noms des Dominions que sont le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'Etat libre d'Irlande et de Terre-Neuve.

⁵⁹ E. Moresco, *Les Rapports de droit public entre la métropole et les colonies, dominions et autres territoires d'outre-mer*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 55, 1936

B/ Le statut fiscal des colonies

119. Le statut juridique et fiscal octroyé aux colonies (1), et les mécanismes de perception de l'impôt (2) traduisent cette volonté de maintenir les colonies dans un certain ostracisme, et d'en faire des instruments de leurs stratégies fiscales plutôt que de leur accorder un avenir, ou mieux de les associer au nouvel ordonnancement de la fiscalité internationale.

1. Un statut fiscal sous contrôle

120. L'Histoire montre que le fondement juridique permettant aux colonies de jouir d'un statut fiscal propre dépend de la philosophie, des principes politiques qui animent les capitales des empires. Plusieurs de ces courants conduisent à définir le rôle fiscal qui leur sera accordé. Ils renvoient principalement aux logiques évoquées précédemment.

121. Les Pays-Bas mettaient sur un même pied d'égalité leurs différents territoires⁶⁰. Les deux autres principaux empires établissaient une différence de traitement, entre la métropole et leurs territoires voire entre les territoires entre eux. Cette distinction plus ou moins grande selon la politique coloniale prônée, rejaillissait inéluctablement sur le statut fiscal octroyé à leurs colonies.

122. Une absence assumée d'autonomie fiscale – La France de la Troisième République prônait une politique d'assimilation, dont la philosophie consistait à l'absorption complète des territoires dans un ensemble unique et indivisible. A ce titre, ils exigent l'adhésion à un système et un régime commun. Sur un plan fiscal, cela se traduit par la transposition des règles et des principes fiscaux, accompagnée d'un maillage territorial et d'une répartition claire de ce que chacun devait percevoir.

123. Les différents textes législatifs et réglementaires portent la marque de cette politique d'assimilation. Ainsi, la loi autorisait les colonies à percevoir les patentes, et

⁶⁰ La Constitution néerlandaise estimait que le Royaume des Pays-Bas occupait quatre territoires distincts « Nederland, Nederlandsch-Indië, Suriname, et Curaçao ».

celle du 21 Avril 1810, renforcée par plusieurs lois de 1921, 1926, ou 1928, établissait une redevance proportionnelle des mines. Celle-ci frappait les bénéfices générés par l'exploitation des mines en France. *« Elle est établie en faisant abstraction de la nationalité et du domicile des concessionnaires. Les particuliers domiciliés ou les sociétés ayant leur siège en France ne sont donc pas soumis à la redevance proportionnelle pour les profits qu'ils retirent de mines sises à l'étranger. Cependant, la redevance est applicable aux entreprises étrangères qui exploitent des mines situées en France »*⁶¹.

124. Pour compléter cette panoplie d'assimilation fiscale des colonies, le décret du 15 octobre 1926, et les lois de mars et décembre 1928, portant création de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux consacrent le principe de territorialité, et n'établissent de ce fait aucune distinction entre les territoires métropolitains et outre-mer de la République. Ainsi l'impôt n'est dû qu'à raison des bénéfices réalisés dans les entreprises industrielles et commerciales exploitées en France.

125. Une autonomie partielle et strictement encadrée – La Grande-Bretagne était davantage partisane d'une politique d'insertion-intégration, fondée sur une certaine reconnaissance officielle de ses territoires. Toutefois, tous n'étaient pas sur le même pied d'égalité. Une distinction apparaissait entre les colonies, dites « blanches » et celles de « rang secondaire », les Dominions faisant partie de la première catégorie. Le Finance Act de 1916 matérialisa fiscalement cette dichotomie. A ce titre il instaura une exonération pouvant aller jusqu'à 7,5% des revenus perçus dans les Dominions, par les entreprises ayant leur siège à Londres.

126. Cependant, la Commission Royale de 1920 jugea ce système trop dispendieux, surtout lorsque les problématiques liées à la double imposition transfrontalière s'y agrégeaient. Elle évaluait le coût pour le budget de La Couronne à près de 6 Millions de Livres Sterling de l'époque. Elle proposa alors la mise en place d'un mécanisme de

⁶¹ Société des Nations, « L'Imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéfices des entreprises travaillant dans plusieurs pays, en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et dans le Royaume-Uni » Rapport Mitchell B. Carroll, Volume III, *Archives SDN*, Genève, le 15 Février 1932, C.73.M.38.1932.II.A

crédit d'impôt général avec un taux différent, selon que l'impôt ait été prélevé dans les Dominions ou dans les pays étrangers⁶².

127. Il convient de souligner que le Finance Act de 1920 n'identifie pas clairement les pays devant être considérés comme étrangers. Toutefois, à l'instar de ce qui prévalait dans l'Indian Act, il est à supposer que les colonies hors Dominions ne furent pas concernées, puisque la *lex rei sitae*, lieu de localisation matérielle, gouvernait le principe de perception des impôts par les colonies⁶³.

128. Malgré la volonté d'insertion affichée, le gouvernement britannique eut quelques scrupules à accorder, ne serait-ce que dans le principe, trop d'autonomie fiscale aux territoires dont il avait la tutelle. C'est la raison pour laquelle, le comité interdépartemental sur l'impôt sur le revenu de 1922, eut pour objectif d'imposer le modèle fiscal britannique aux colonies. A ce titre, certaines recommandations furent émises, en matière notamment de calcul de l'impôt, toutes inspirées du système applicable au Royaume-Uni. Le comité prend même certaines colonies, comme contre-exemple de ce qu'il faut faire. C'est ce que souligne le paragraphe intitulé « *Taxation of persons resident outside the Colony* », dans lequel il relate à la section 24 du Trinidad Ordinance N°8, 1922, les mesures qui ne sauraient être tolérées fiscalement sur le territoire de la Grande-Bretagne.

129. Cette politique n'est pas étonnante. Elle révèle une certaine méfiance à l'égard du civisme fiscal de ses propres entreprises mais également de la part des autorités locales chargées de faire respecter les lois de l'Empire. Elle s'inscrit surtout dans la droite ligne jurisprudentielle de la Cour de l'Echiquier, qui dans les affaires *Cesena Sulphur Co* et *Egyptian Delta Land*⁶⁴, privilégiaient davantage une taxation au lieu de résidence,

⁶² Cette disposition s'inspirait de celle suggérée aux Etats-Unis par le National Tax Association de 1917.

⁶³ L'article 20 du Finance Act de 1894 prévoit dans le cadre des successions, que les autorités fiscales du Royaume Uni puissent déduire de l'impôt payable, l'impôt payé sur les biens situés dans la colonie britannique, la somme que la succession devrait payer comme droits de mutation dans la colonie.

⁶⁴ Il convient de préciser que cette position britannique n'est pas nouvelle. Elle remonte comme le souligne le Professeur Sol Piciotto au XIXème siècle. Au cours du dernier quart de siècle, l'Empire britannique est confronté à la problématique de l'assujettissement à l'impôt des compagnies anglaises dont les activités se prolongent et se développent à l'étranger, notamment dans les colonies. Ce sont les juridictions anglaises qui trancheront la question de l'imposition des sociétés hors de leur juridiction d'origine. Ainsi en 1876, la Cour de l'Echiquier est amenée à se prononcer dans deux affaires « *Cesena Sulphur Co, Ltd vs. Nicholson* » et « *Calcutta Jute Mills vs. Nicholson* ». Dans les deux cas, les sociétés avaient leurs sièges sociaux

tout du moins au lieu de direction du management, au détriment du lieu de production ou d'exploitation.

130. Cependant, les métropoles ne pouvaient pas non plus étouffer toute autonomie même fiscale de leurs colonies. Elles devenaient une manne financière de plus en plus importante pour deux raisons : d'une part la multiplication des relations commerciales avec la métropole et d'autre part le relais de croissance qu'elles incarnaient pour leurs entreprises. Cette ambivalence, plus délicate pour la Grande-Bretagne que pour la France, mettait simplement en lumière l'assimilation commerciale des colonies au développement des Empires.

2. La perception de l'impôt

131. La collecte de l'impôt constitue un élément structurant pour toute construction étatique. Sur la scène internationale, il légitime la compétence fiscale de chaque Etat à établir des règles fiscales et à en percevoir le fruit. Les colonies en faisaient un enjeu de la reconnaissance de leur souveraineté. Conscients des conséquences que pouvaient revêtir l'accession à cette revendication, les principaux empires ne donnèrent pas de suites aux demandes de leurs territoires d'outre-mer.

132. L'organisation et le contrôle de la perception de l'impôt – Le paragraphe 3 de la Section 10 de l'Indian Act de 1919 délimite très clairement le champ de compétence de la législature locale. Ainsi peut-on lire « *La législation locale d'une province ne peut, sans l'approbation préalable du Gouverneur général, adopter ou prendre en considération une loi dans le but : a) d'imposer ou autoriser l'imposition d'une nouvelle taxe à moins que la taxe ne soit une taxe, ou une taxe telle qu'elle est*

et leurs sièges de direction en Angleterre. Elles réalisaient cependant des opérations commerciales en Italie pour la première et en Inde pour la seconde. Chacune disposait de directeurs exécutifs dans ces pays, mais la majorité du comité de direction se situait à Londres. La Cour reconnut que bien que la majorité des activités commerciales étaient réalisées à l'étranger, il n'en demeure pas moins vrai que ces opérations étaient effectuées sous le contrôle et l'impulsion de personnes établies en Angleterre. En conséquence les profits réalisés devaient être taxés en Grande Bretagne. La cour établit un des grands principes de la fiscalité anglaise qui est que les sociétés enregistrées comme britanniques ne peuvent éviter que leurs profits soient soumis à l'impôt en Angleterre, sauf si l'ensemble de leurs activités, ainsi que tous leurs organes de direction et de contrôle, se trouvent à l'étranger. Cette position sera confirmée par la Cour en 1929, dans l'affaire « **Egyptian Delta Land and Investment Co, Ltd vs. Todd.**

exemptée, conformément à cette disposition, par des règles établies en vertu de la loi principale »⁶⁵.

133. Le comité des relations financières reprend les conclusions du Rapport Montagu-Chelmsford qui proposaient que *« les services de l'échiquier central devraient recevoir l'intégralité de l'impôt sur le revenu et les recettes des timbres généraux ; et que les provinces devraient conserver l'intégralité des recettes provenant du revenu foncier, de l'irrigation, de l'accise et des timbres judiciaires ».*

134. Le comité poursuit *« Nous doutons qu'il soit possible d'exclure définitivement les gouvernements locaux d'une certaine forme de taxation directe sur les revenus industriels et commerciaux de leur population (...). Mais, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu, nous ne voyons aucune raison de modifier le régime du rapport ».*

135. Le comité interdépartemental britannique de 1922 relatif à l'impôt sur le revenu précise *« L'ensemble de l'impôt pourrait, comme il a été suggéré, être versé dans le lieu de résidence ou de contrôle, et par la suite répartis entre les gouvernements respectifs sur une base convenue »⁶⁶.* L'esprit de la loi ne souffre pas d'ambiguïté possible, le gouvernement anglais est le seul à pouvoir disposer de la perception des impôts. A cette fin, il proposa d'instituer un agent « commissioner » chargé de vérifier les déclarations faites par les entreprises et chargés de collecter l'impôt.

136. En ce sens, il expliquait clairement *« Nous recommandons la nomination d'un résident officiel au Royaume-Uni, en tant qu'agent reconnu de chaque colonie, qui applique l'impôt sur le revenu. Il nous semble évident que cet agent sera dans une meilleure position que le fonctionnaire local pour enquêter et vérifier les retours des résidents dans ce pays, et de discuter avec les personnes concernées, de leurs diverses difficultés »⁶⁷.*

⁶⁵The Government of Indian Act 1919, Ed H.N.MITRA,MA,BL, *Annual Register Office*, Sibpur Calcuta, 1921

⁶⁶ Interdepartmental Committee on Income Tax in the Colonies not possessing responsible government Report, 1922. *Traduit part l'auteur*

⁶⁷ Interdepartmental Committee on Income Tax in the Colonies not possessing responsible government Report, 1922. *Traduit par l'auteur*

137. Ce rapport se veut être un guide pour les colonies britanniques, pour la mise en œuvre de l'impôt sur le revenu sur leur territoire. Il apparaît cependant davantage comme un code à appliquer de manière stricte et littérale.

138. De son côté, la France n'avait pas à s'embarrasser de ce type de règle, dans la mesure où l'organisation administrative française permettait à la France de disposer d'un maillage territorial sur l'ensemble de l'Empire. L'ensemble des administrations étaient représentées dans les colonies. Ainsi le système déclaratif et la collecte étaient directement contrôlés par des agents de l'Etat. Les statuts ou mécanismes mis en place par la France permettaient d'accorder à leurs colonies, une reconnaissance fiscale, puisqu'on leur octroyait le droit de percevoir certains impôts, ou de servir de base taxable aux profits générés sur leur territoire. Toutefois, cette reconnaissance demeurait toute relative.

§ II Le maintien d'un « impérialisme fiscal »

139. La fin du colonialisme – Comme en 1918 le système économique et financier mondial de 1945 apparaît désorganisé. Les grandes puissances des années 1920 et 1930 sont sinistrées sur le plan économique, et leur hégémonie, auprès des territoires qu'elles avaient conquis est sérieusement battue en brèche. La Seconde Guerre Mondiale aurait pu enterrer tout débat concernant les problématiques de fiscalité internationale, ou tout du moins en ajourner *sine die* les discussions. Et pourtant c'est une nouvelle fois au lendemain d'un conflit mondial et à travers un projet de reconstruction économique et financier que les travaux portant sur la fiscalité internationale sont remis sur l'ouvrage. Le Plan Marshall permettra aux Etats européens de retrouver lentement leur puissance économique. Mais cela ne les aidera jamais à reconquérir l'adhésion de peuples, qui se sont engagés depuis déjà un peu plus de vingt-cinq ans, sur les chemins qui mèneront à leur autonomie dans un premier temps pour certains, avant d'accéder à l'indépendance. Entre 1947 et 1950, l'édifice colonial britannique s'écroule. En 1947 l'Inde acquiert son indépendance ainsi que le reste de l'Asie du Sud Est britannique comme la Birmanie. Partout les présences européennes sont remises en cause, en

Indonésie, en Indochine ou en Afrique. Ces mouvements aboutiront à la reconnaissance de nombreux Etats dans les années 1960.

140. Cette accession aura été permise par la nouvelle Organisation des Nations Unies, sensible aux mouvements de libération, et qui deviendra la caisse de résonance des revendications des pays émergents. Cette indépendance ne bannira pas pour autant la prédominance qu'exerceront les Etats occidentaux sur ces nouvelles Nations. Ces derniers organiseront le maintien de ces liens, soit de manière formelle avec le Commonwealth pour l'ancien Empire Britannique, soit de manière informelle pour l'Empire Français qui conserva des liens étroits avec les pays de l'Afrique Occidentale Française (AOF), et ceux de l'Afrique Equatoriale Française (AEF).

141. Le poids des entreprises multinationales – Cette influence s'exerce également de manière économique. Emancipés de toute tutelle politique, les pays émergents restent en effet sous emprise économique des pays développés. Aujourd'hui leur croissance dépend de la présence de ces groupes mondiaux. La CNUCED souligne, dans son rapport de 2014, que « *Près du tiers des échanges mondiaux se fait entre filiales d'un même groupe implantées dans des pays différents* ». ⁶⁸ En 2012, elle recensait 82 000 entreprises multinationales alors qu'elles n'étaient que 7000 en 1970. Ces 82 000 entreprises étaient constituées de 810 000 filiales, qui représentaient 30% à 60% du commerce international. Ainsi, 5000 à 10 000 milliards de dollars étaient issus de flux intragroupe, générant potentiellement 2500 à 3000 milliards de dollars de bénéfice taxable annuellement ⁶⁹. En 2015, la CNUCED estime à 730 Milliards de Dollars par an la contribution des filiales étrangères d'entreprises multinationales au budget national des pays en développement. Ce montant représente en moyenne 23% des contributions totales des entreprises et 10% des recettes publiques totales ⁷⁰.

142. Malgré leur accession à l'indépendance, et la création d'instances internationales sensibles à leurs problématiques, ils ne prennent pas part à la consolidation du système

⁶⁸ Rapport CNUCED 2014

⁶⁹ Lemoine, Madiès, *Les grandes questions d'économie et de finance internationale*, Ed De Boeck, Forbes. 2012

⁷⁰ Rapport CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, Réformer la Gouvernance de l'Investissement international*

fiscal international, d'une part parce que les puissances occidentales avaient verrouillé un système qui les sert (A), d'autre part en raison du peu d'enthousiasme manifesté par les pays émergents de se saisir de ces sujets (B)

A/ Des prérogatives fiscales internationales confisquées par les pays développés.

143. Même si aux sorties de la seconde guerre mondiale la plupart des pays émergents actuels ne jouissaient pas d'une pleine souveraineté, l'importance des mouvements d'indépendance de l'entre-deux guerres pouvaient leur laisser espérer une certaine reconnaissance dans des domaines techniques comme la fiscalité internationale. Les dispositions de certains modèles élaborés dans les années 1920 ont pu entretenir ces espoirs. Elles les dispensaient de revendiquer un droit qui semblait être inscrit dans des modèles-types de convention (1). Mais les événements des années 1930, et la crainte de leurs puissances tutélaires de leur accorder trop d'importance et le cas échéant d'ouvrir la voie à l'indépendance, dissipèrent ces espoirs. Les pays émergents s'engagèrent alors dans un processus d'émancipation (2).

1. Espoirs de reconnaissance des colonies sur la scène fiscale internationale

144. Le modèle de convention fiscale Ia de 1928 précisait que « *Les revenus, non référencés à l'article 7, qui proviennent de toute activité industrielle, commerciale, ou agricole, sont imposables dans l'Etat où sont situés les établissements stables. Sont considérés comme étant des établissements stables, les centres réels de management, les branches, les agences, les mines et champs de pétrole, les usines, les ateliers, les agences, les entrepôts, les bureaux, les dépôts* »⁷¹. Cette disposition pouvait apparaître comme un gage de reconnaissance des colonies, à tout le moins une ouverture pour les empires de l'époque d'adopter le mode d'imposition qu'il souhaitait, et le fondement sur lequel pourraient s'appuyer de nouveaux Etats. L'article 5 des modèles conventionnels de 1927 et 1928 traduit l'ambiguïté dans laquelle se situe le comité des experts des années 1920, de ne pas fermer la porte à toute alternative fiscale, qui pourrait satisfaire les intérêts de l'ensemble des protagonistes et préserver leur

⁷¹ Société des Nations, *Double Taxation and Fiscal Evasion, General Meeting of Government Experts, Archives SDN*, Geneva, October 1928, C.495.M.147. 1928 II

souveraineté. Il met surtout un voile sur les divergences d'approche d'association des colonies au système fiscal international.

145. Certains pays développés prirent la mesure de l'enjeu. Parmi eux, comme nous l'avons évoqué plus avant, les Britanniques furent les plus virulents. Leur position apparaît néanmoins bien plus régaliennne que celles des autres puissances, comme en atteste les discussions lors de la réunion des experts douaniers tenue en Mai 1923⁷². Alors que furent conviés à la table des discussions, tous les pays membres et non membres de la Société des Nations, comme les Protectorats français du Maroc et de la Tunisie, l'interdiction, prônée par l'article 5 de l'accord, « *de toute discrimination injuste, dirigée contre le commerce d'un Etat contractant* » fut interprétée par le Japon, le Brésil, le Chili, ou encore l'Uruguay, comme empêchant également toutes faveurs entre Membres d'un même Empire. La Grande-Bretagne précisa alors que « *les questions politiques qui se rapportent aux relations financières de la métropole avec les Dominion's sont complètement en dehors du programme de la Conférence* »⁷³.

146. La rédaction de l'article 5, notamment celle de 1928, constituait déjà une concession relativement importante, dont ils pouvaient s'accommoder eu égard à leurs propres mécanismes internes. Outre les réactions de Sir Percy Thompson concernant l'article 4 et ses réticences à faire supporter à l'Etat de résidence les conséquences des doubles impositions, les observations laconiques de la Grande-Bretagne concernant l'évolution des modèles, confirmèrent ces réserves. « *Cela représente une tentative sérieuse de résoudre le problème* »⁷⁴ dit le représentant britannique sans enthousiasme.

147. La position britannique allait contaminer les autres grandes puissances, impactées par les évènements économiques et financiers mondiaux de la fin des années 1920. Ceux-ci contribuèrent à restreindre l'intégration des colonies dans le système fiscal international. Le travail de recensement des conventions réalisé par la S.D.N. démontre

⁷² W. Rappard, *Le nationalisme économique et la SDN*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye – Volume 61, 1937.

⁷³ Sir Hubert Llewellyn, représentant britannique à la conférence réunissant les experts douaniers.

⁷⁴ Société des Nations, Double Taxation and Fiscal Evasion, General Meeting of Government Experts, *Archives SDN*, Geneva, October 1928, C.495.M.147. 1928 II

s'il en était besoin, le refus assumé d'intégrer les colonies dans le système fiscal international.

2. Tentative d'émancipation

148. Les premières divergences fiscales – La période l'entre-deux guerres a permis de poser les principes fiscaux internationaux. Ainsi, contrairement à 1920, la communauté internationale ne part pas d'une feuille blanche. Certains pays émergents utilisèrent la possibilité que leur offraient les statuts du Comité Fiscal d'organiser géographiquement des réunions. Le Comité Fiscal assigna à cette conférence la préparation d'un modèle de convention fiscale. Depuis les modèles-types de 1927 et 1928, aucun autre n'avait été publié par les instances fiscales de la SDN. Ce vide démontre l'ambiguïté et le manque d'adhésion des Etats aux systèmes d'imposition proposés par les experts des années 1920, qui ne consacraient pas clairement le principe d'imposition des bénéficiaires industriels et commerciaux au lieu de résidence des entreprises. C'est ainsi que la première conférence fiscale régionale se déroula en Juin 1940 à Mexico⁷⁵. En 1943, la seconde conférence fiscale régionale s'y attela. Elle reprendra l'esprit des propositions faites par le Comité des Experts Techniques en 1927 et privilégiera l'imposition à la source.

149. Modèle de Mexico et de Londres et l'influence du modèle de 1928 – Le modèle de Mexico était trop favorable aux pays émergents. Celui de Londres en 1946 laisse clairement apparaître les premières divergences d'interprétation entre pays développés et pays émergents. Cette convention vient contredire sur certains aspects les principes posés par le modèle de Mexico en 1943.

150. Le modèle de convention proposé à Londres en 1946, s'inscrit dans les pas de celui de Mexico, mais diverge quant à l'allocation des revenus de redevances, de propriété intellectuelle, de revenus de capital mobilier ou encore de la qualification de l'établissement stable. Il jette les bases de la discorde⁷⁶. L'article IV du modèle de

⁷⁵ Participèrent à cette conférence : le Canada, les Etats-Unis, le Mexique, la Bolivie, le Venezuela, l'Argentine, l'Equateur, le Chili, l'Uruguay, auquel il faut ajouter un représentant de l'Union Pan-Américaine.

⁷⁶ L'allocation des revenus issus du capital mobilier : Le principal sujet de différenciation concerne l'imposition de toute forme de capital mobilier (movable capital). A ce titre, le modèle de Londres fait explicitement référence aux dividendes et intérêts,

convention de Mexico stipule que l'imposition des revenus industriels et commerciaux soit appliquée au lieu d'exercice de l'activité, « *Les revenus provenant de toute entreprise industrielle, commerciale ou agricole et de toute autre activité lucrative ne sont imposables que dans l'Etat où l'entreprise ou les activités sont exercées* »⁷⁷.

151. A l'instar du modèle conventionnel de 1928, le modèle de Londres atténue la portée de ce principe en disposant « *Si une entreprise ou un particulier dans l'un des Etats contractants étend ses activités à l'autre Etat, par des opérations isolées ou occasionnelles, sans détenir dans cet Etat un établissement stable, le revenu tiré de ces activités n'est imposable que dans le premier Etat* »⁷⁸. A partir de là, les pays occidentaux auront à cœur de réduire la liste et les critères des potentiels établissements stables. On objectera toutefois à la conférence de Mexico qu'elle n'était pas représentative, bien que les Etats-Unis y aient siégé.

B/ Un « impérialisme fiscal » consenti

152. L'impérialisme fiscal exercé par des pays développés sur leurs anciennes colonies s'inscrit sans aucun doute dans un contexte général géopolitique et économique. Il est surtout la conséquence d'une divergence de priorités des protagonistes. D'un côté les pays émergents n'ont pas clairement investi ce champ de compétence fiscale que leur

et stipule que seul l'Etat de résidence a le droit d'imposer. L'article VIII (dividendes) précise « Les dividendes et autres produits provenant d'actions d'une société et d'actions de bénéficiaires revenant à des associés de sociétés à responsabilité limitée, ne sont imposables que dans l'Etat contractant où la société ou bien la compagnie à responsabilité limitée, ont leur domicile ». L'article IX du modèle de Mexico de son côté ne fait pas de distinction entre intérêts et dividendes et précise « Les revenus tirés de capitaux mobiliers ne sont imposables que dans l'Etat contractant où ce capital est investi ». L'allocation des revenus issus des redevances : L'allocation des revenus de redevances qui font leur apparition dans les modèles sont également sujet de divergences. Le modèle de Mexico privilégie l'imposition au lieu où les droits issus des redevances liées à l'exploitation d'un droit, sont exploités. Alors que le modèle de Londres favorise la taxation au lieu de résidence de l'entreprise notamment dans son alinéa 2 « Les redevances provenant de l'un des Etats contractants par un particulier, une société ou une autre entité de l'autre Etat contractant en contrepartie du droit d'utiliser un brevet, d'un procédé ou d'une formule secrète, d'une marque de commerce ou d'un autre droit analogue, ne sont pas imposables dans l'ancien Etat ».

La qualification des revenus de propriété intellectuelle : Dans le cadre de l'imposition des revenus liés à l'exploitation des droits de propriété intellectuelle, les pays développés s'attachent à la notion de propriété juridique, pour justifier le fondement de leur imposition, alors que les pays émergents cherchent à élargir le champ d'application de l'article 12 du modèle OCDE qui a trait aux redevances.

La qualification d'établissement stable : Les pays émergents privilégieront une approche pragmatique liée à l'entreprise, l'« undertaking » au sens de faire du commerce, alors que les pays développés de toute culture juridique, adoptent une position très civil law, en identifiant l'établissement stable à l'existence d'une installation propre. Certes certains principes généraux posés par ces modèles se rejoignent comme le souligne le Professeur Chrétien, mais ce qui est fondamental ici, ce sont les contours de l'établissement stable qui feront débat à l'avenir.

⁷⁷ SDN, League Of Nations, Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, Commentary and Text, *Archives SDN, Geneva*, November 1946, C.88.M.88.1946.II.A.

⁷⁸ SDN, League Of Nations, Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, Commentary and Text, *Archives SDN, Geneva*, November 1946, C.88.M.88.1946.II.A.

nouveau statut de pays indépendant légalisait. D'un autre côté pour ne pas abdiquer une souveraineté fiscale, qu'ils exerçaient encore cinq ou dix ans auparavant, les pays occidentaux ont mis en place sous l'égide de l'ONU une politique d'aide au développement.

153. Pour accompagner cette politique de nombreuses institutions indépendantes ou affiliées à l'ONU ont vu le jour, comme le Fonds Monétaire International ou la Banque Mondiale. Leur objectif conjugué avec les Accords Internationaux comme celui de Bretton Woods, est d'aider les pays émergents afin de tenter de les mettre sur un même pied d'égalité avec les pays développés.

154. Sur un plan fiscal, il semble que les enjeux posés tout au long de l'entre-deux guerres ont été résolus, et qu'il ne soit plus nécessaire de s'y attarder alors que le nombre de pays indépendants s'est accru, alors que leurs intérêts divergent de ceux des pays développés. En effet aucune disposition, aucune résolution à l'instar de celle de la Conférence de Gènes ne remet le sujet au cœur des problématiques financières.

155. Pire, les pays émergents ne mesurent ni l'enjeu ni l'opportunité qui leur est offerte de prolonger les travaux de la Conférence régionale de Mexico en 1940. Ceux-ci pouvaient constituer une base de négociation. Tétanisés, ou sidérés par leur situation nouvelle, ils demeurent plus soucieux de considérations politiques ou géopolitiques. Ils se mettent eux-mêmes au ban du système fiscal international. Cette attitude produira des effets sur le long terme, car la création de l'OCDE quelques années plus tard, conduira au même schéma de fonctionnement que celui qui officiait pendant les années 1930, à savoir un comité fiscal composé de pays aux intérêts convergents. La conduite des pays émergents apparaît, à certains égards, marquée par un conflit de loyauté (1), alors que le rôle fiscal de l'ONU reste faible (2). Tous ces ingrédients concourent également à l'épanouissement de cet « impérialisme fiscal »

1. Le conflit de loyauté des pays émergents

156. Les règles fiscales internes dictées par les pays développés – L'accession à l'indépendance permet en droit aux nouvelles nations de pouvoir exercer leur souveraineté dans de nombreux domaines. Force est de constater que la fiscalité y

échappe. Le système fiscal des pays émergents a été formaté par les pays développés. En effet, ces derniers n'ont pas hésité avant l'accession à l'indépendance de certaines de leurs colonies à négocier un certain nombre de conventions fiscales bilatérales qui allaient les engager pour l'avenir. C'est le cas du Ghana, qui en 1970, était partie à huit Conventions Fiscales, négociées par le Royaume-Uni avant qu'il ne recouvre sa pleine souveraineté.

157. Les anciennes métropoles déployèrent une attention toute particulière à contrôler tous traitements transfrontaliers qui pouvaient contrevenir à leurs propres intérêts. Dès 1951, le Royaume-Uni avait conclu cinq traités bilatéraux avec les dominions, et trente-six avec d'anciennes possessions. Il encouragea la négociation de conventions fiscales entre ses anciens territoires, le Ghana et le Nigeria, ou encore l'Inde et le Pakistan. Influencé par la Commission Radcliff, l'administration fiscale britannique inséra dans ses conventions fiscales conclues avec ses anciennes possessions, un crédit d'impôt fictif, permettant à leurs entreprises multinationales de pouvoir investir davantage et de bénéficier par la même occasion d'avantages fiscaux significatifs. L'absence de remise en cause de ces conventions, alors que le droit international les y autorisait, dénote, comme le souligne le Professeur Sol Picciotto, le peu d'engouement et la faible implication, des anciennes colonies, dans la conduite du système fiscal international⁷⁹.

158. Cet héritage se double en droit interne par l'adoption de régimes fiscaux identiques à ceux de leurs anciennes métropoles. Ainsi, en matière de reports déficitaires, le Ghana, ou encore l'Inde, appliquent les mêmes règles de reports déficitaires que le Royaume-Uni, en distinguant entre les déficits liés au capital et ceux liés aux revenus d'activité⁸⁰. Ces deux pays accordent par ailleurs beaucoup d'attention à l'évolution jurisprudentielle du Royaume-Uni. La plupart des pays francophones ont transposé de leur côté, en grande majorité règles fiscales françaises, comme les patentes ou ont transposé le système de TVA, ou encore la mise en œuvre d'une taxe sur les salaires.

⁷⁹ S.Picciotto, *International Business Taxation, a study in the Internationalization of Business Regulation*, Ed Cambridge University Press, 1992

⁸⁰ Il convient de préciser que le Royaume-Uni a abandonné récemment cette distinction.

2. *Le rôle fiscal de l'ONU*

159. Héritiers de la SDN et de ses différents comités, les organes de l'ONU bénéficient a priori d'une crédibilité à laquelle s'ajoute une légitimité politique plus marquée que ses prédécesseurs dans la mesure où ils intègrent les pays émergents parmi leurs organes délibérants. A cet égard, les travaux des instances fiscales onusiennes suscitent une certaine attente pour les pays émergents, alors que ceux du comité fiscal des années 1930 étaient davantage attentifs aux préoccupations des pays développés. La controverse des modèles conventionnels de Mexico et de Londres pouvait laisser supposer que l'ONU joue un rôle d'arbitre, voire porte de façon plus marquée la parole fiscale des pays émergents. Ces espoirs seront rapidement déçus tant le rôle institutionnel de l'ONU que ses propositions fiscales apparaîtront timorées.

160. La recherche d'un comité fiscal onusien – La nouvelle organisation des Nations Unies accorde une place de facto à la fiscalité internationale. Elle ressemble quelque peu à celle de la SDN des années 1920. Contrairement aux années 1930 le Comité financier exerçait explicitement une sorte de contrôle et de filtre sur le comité des experts et seul celui-ci rendait compte au Conseil de la Société des Nations. Ce n'est qu'en 1930 que le Comité Fiscal recouvrait une certaine indépendance. Au lendemain de la création de l'ONU, deux résolutions, l'une du 1^{er} octobre 1946⁸¹ émanant du dernier rapport du Comité fiscal de la SDN, et une autre du 12 Août 1947⁸² issue de la Commission Economique et Sociale (ECSOC), instituèrent une commission fiscale, dont la traduction en français et en anglais posait quelques difficultés⁸³. La première résolution donne le cadre de son intervention en précisant qu'elle devait « *donner, après étude, des avis au Conseil dans le domaine des finances publiques, notamment en ce qui concerne les aspects juridiques, administratifs et techniques* »⁸⁴. Sept ans seulement après sa création, en 1954, la Commission fiscale de l'ONU et son comité

⁸¹ Société des Nations, *Archives SDN*, 25 Avril 1946, C.37.M.37.1946.II.A

⁸² ONU, Résolutions du Conseil économique et social pendant sa 5^{ème} session (Juillet-Août 1947), E/573, pp92 et s, *Archives ONU*

⁸³ En français, une des deux langues officielles des Nations Unies, elle était dénommée « Commission des Finances Publiques », alors qu'en anglais elle était désignée comme la « Fiscal Commission ».

⁸⁴ ONU, Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, *Archives ONU, Département des affaires économiques et sociales*, ST/ESA/PAD/SER.E/21

des relations fiscales internationales cessèrent leur activité. Il fallut attendre une décennie, au milieu des années 1960, précisément au moment où l'OCDE publiait son premier modèle de convention, pour que l'ONU manifesta un regain d'intérêt, et décida la création d'un groupe d'experts dédié à la fiscalité internationale. Mais c'est à l'échelon régional et sous-régional, que les pays émergents apportèrent une impulsion significative. Ainsi un groupe d'experts de l'Association latino-américaine de libre-échange (AELE) adoptait en 1976 certains critères visant à éviter les doubles impositions entre les pays membres de l'Association et les pays situés hors de la région. Au niveau sous-régional, la commission de l'accord de Carthagène élaborait en novembre 1971 le Modèle de Convention tendant à éviter les doubles impositions entre les pays membres et d'autres pays situés hors de la sous-région des Andes, ainsi que la Convention tendant à éviter les doubles impositions dans le Groupe andin.

161. C'est dans ce contexte qu'une résolution de la Commission Economique et Sociale des Nations Unies du 4 Août 1967 installa un groupe d'experts ad hoc chargé d'examiner les problématiques conventionnelles entre les pays développés et pays en développement. Avec la publication de près de sept rapports entre 1967 et 1978 et dans le droit fil de ses compétences, l'ECOSOC institutionnalisa son travail en rebaptisant le groupe d'experts précédemment nommé comme tel, en « Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale ». Mais le mandat accordé au groupe était trop large pour que ses positions soient réellement entendues ou respectées. Par ailleurs, sa pérennité pouvait être sujette à caution. La résolution le qualifiait effectivement de group Ad Hoc, limité dans le temps, « Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in the Tax Matters ». Après la publication d'un nouveau modèle en 2001, la Commission Economique et Sociale de l'ONU remettait sur les rails le 11 novembre 2004 un comité fiscal permanent et non plus ad hoc qui officiait depuis 1967⁸⁵, soit 37 ans après la publication du premier modèle de convention fiscale de l'OCDE.

⁸⁵ ONU, Conseil Economique et Social, *Archives ONU*, 43^{ème} Session, 11 Juillet – 4 Août 1967

162. Ce nouveau comité d'experts en charge de la coopération internationale en matière fiscale s'inscrit dans la démarche initiée par le consensus de Monterrey en 2002⁸⁶, et a pour mission en sus de celle dévolue au comité ad hoc, de préparer, d'élaborer des recommandations, des commentaires en matière de coopération fiscale internationale. Autrement dit, il a vocation à porter, de façon plus forte, la position des pays en développement en matière d'interprétation des normes fiscales.

163. Le groupe d'experts fut transformé en comité fiscal, composé de 25 membres concrétisant une demande vieille de 1973. Il organisa différentes sessions. Chacune d'entre elles, abordait chacune un thème spécifique. C'est ainsi que la deuxième devait traiter la question du Treaty Shopping, la troisième était chargée d'apporter des propositions d'amendements à l'article 5 du modèle de convention des Nations Unies, la quatrième devait s'approprier les problématiques liées à la notion d'établissement stable, ou encore la sixième qui revisitait le traitement fiscal des services. Ces sessions participèrent à la rédaction des rapports mentionnés infra.

164. Des propositions fiscales timides – Malgré l'importance des groupes fiscaux successifs sur la scène fiscale internationale, leur rôle fiscal ne dérogeait pas au cadre établi par la résolution de 1951. Celui-ci devait se cantonner à élaborer des objectifs fiscaux généraux et rendre des services de conseil et d'assistance aux pays émergents. Ses travaux aboutirent dans un premier temps à la publication en 1974, d'un premier guide explicatif des conventions fiscales conclues entre pays développés et pays émergents. En 1978, le Conseil Economique et Social tenta une incursion dans la rédaction d'un modèle conventionnel. Il estimait que « *l'élaboration d'une convention bilatérale type qui pourrait être utilisée par les pays développés et les pays en développement constituerait la suite logique de la formulation de directives par le groupe d'experts* »⁸⁷. C'est en 1980 que l'ONU publiât le premier modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement. Cette parution fut précédée en 1979 par celle du « Manuel de négociation des conventions fiscales bilatérales entre pays développés et

⁸⁶ Consensus élaboré dans le cadre du financement des pays en développement.

⁸⁷ ONU, Conseil Economique et Social, *Archives ONU*, 1^{ère} session ordinaire, 1978, rapport sur les travaux de la 7^{ème} édition, E/1978/36 par 15

pays en développement ». A l'instar du modèle de convention OCDE, il fut amendé de manière successive, la première fois en 1999 et ensuite en 2001.

165. Mais autant le modèle de 1980 privilégie le principe d'imposition à la source, autant ceux de 1999 et de 2001 constituent un compromis entre ce principe d'imposition à la source et le principe de la résidence. En effet, « *le modèle est fondé sur le postulat que le pays de la source admet ; a/que l'imposition du revenu du capital étranger doit tenir compte des dépenses engagées pour l'obtenir et doit donc porter sur le revenu net ; b/ que les impôts ne doivent pas être si élevés qu'ils découragent l'investissement ; et c/ que la validité du principe de partage des recettes fiscales avec les pays fournissant le capital doit être pris en considération* »⁸⁸. Ce postulat sonne comme un garde-fou pour les pays développés, empêchant les pays émergents d'exercer leur pleine souveraineté fiscale. Ces dispositions ne militèrent pas pour l'adoption par les pays émergents de ce modèle.

166. Ces dispositions préalables démontraient que l'ONU ne préservait pas réellement les intérêts fiscaux des pays émergents. Surtout elles contribuèrent à ériger le modèle OCDE comme le modèle de référence au point que Pascal Saint Amans affirmait en 2007, que celui-ci avait « *un peu phagocyté l'autre modèle existant qui était celui des Nations Unies* »⁸⁹. Force est de constater que les faits lui donnent raison. Parmi les quelques 5000 conventions fiscales qui ont été conclues entre les pays, pratiquement toutes s'appuient sur le modèle élaboré par le Comité des affaires fiscales du Palais de la Muette. Surtout les pays émergents ont tendance à davantage utiliser ce modèle dans les conventions qu'ils concluent entre eux plutôt que celui de l'ONU.

167. C'est grâce au projet BEPS que l'ONU retrouve un rôle sur la scène fiscale internationale. Il en a même été un peu le précurseur puisque les thèmes appréhendés par le comité fiscal onusien annonçaient les travaux BEPS, menés par l'OCDE à

⁸⁸ ONU, Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, *Archives ONU, Département des affaires économiques et sociales, ST/ESA/PAD/SER.E/21*
ONU, Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, Révision 2011, *Archives ONU, Département des affaires économiques et sociales, 2015*

⁸⁹ P. Saint Amans, *L'ordre fiscal international*, Revue de Droit Fiscal, n°37, 13 septembre 2007, 822

compter de 2013. C'est peut-être ce rôle d'influenceur qu'adopte aujourd'hui les Nations Unies, faute de pouvoir entrer en concurrence directe avec l'OCDE.

168. Mais l'enjeu est tout autre. Il y a une sorte de préséance qui se joue ici entre les deux institutions. L'ONU apparaît plus que jamais, dans le domaine fiscal, comme la chambre d'expertise fiscale des pays émergents. Pour autant, le pouvoir et la production normative ne se situent pas dans son enceinte. C'est bien ce que les pays émergents ont compris, d'une part en acceptant que le G20⁹⁰ se saisisse du débat sur les enjeux de la fiscalité internationale et mandate l'OCDE à créer un cadre normatif à travers les actions BEPS, d'autre part en cautionnant le rôle de régulateur de ces deux institutions, informelle pour l'une et, formelle pour l'autre. La mise en place de cadres inclusifs, destinés à aborder la façon dont la convention multilatérale pourrait être appliquée, ou encore la mise en œuvre du projet BEPS, leur permet de faire entendre leurs voix, et leurs options. Mais à notre avis, l'objectif inavoué du cadre inclusif est d'exercer une influence réelle sur le droit interne des pays émergents.

169. Finalement le mutisme ou tout du moins la discrétion des commissions fiscales onusiennes, en même temps qu'elles étaient salvatrices pour la pérennité de l'ordre fiscal international, en évitant une concurrence destructrice et déstabilisatrice, ont certainement permis aux pays émergents de s'approprier les préceptes de fiscalité internationale conçus par l'OCDE. La configuration économique nouvelle, décuple les effets de cette stratégie, si tant est que l'on puisse considérer qu'il s'agisse bien d'une stratégie. Surtout, cette double conjonction oblige les acteurs classiques à prendre en considération leurs positions parfois divergentes.

170. Plan – Les pays émergents se sont accommodés au fil du temps de la vision et des principes de fiscalité internationale qui leur étaient suggérés, voire imposés. Ils les ont

⁹⁰ Le G20 a été créé en 1999 à l'initiative du G8. Mais comme le rappelle Lucie Delabie, « les origines de cette structure informelle dite « structure G » remontent aux années soixante ». Il réunit les chefs d'Etat et de gouvernement ainsi que les ministres des finances des principaux pays développés et émergents. Il est un lieu de dialogue et de coopération, et a pour tâche de préserver la stabilité économique et financière mondiale. Historiquement, la création de ce « groupe » est apparue à la suite de la crise financière asiatique de 1997/1998. De façon plus prosaïque, le G8 souffrait d'un manque de représentativité, et devait faire face à la multiplication de ce type de groupes informels comme le G24, G15 ou encore le G33 qui réunissaient des pays émergents. La portée juridique des actes du G20, réside dans ses communiqués, et déclarations, qui apparaissent comme des instruments quasi-juridiques. L. Delabie, *Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels*, In : *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009, pp 629-663 ;
Doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2009.4089>–https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4089

transposés parfois in extenso, s'en sont inspirés souvent, les transforment quelques fois, rendant leur transposition dans leur droit interne quelque peu aléatoire (Partie I).

Mais force est de constater que les bouleversements, économiques, financiers, voire même moraux, auxquels sont confrontés les principes dominants de la fiscalité internationale, placent les pays émergents au cœur d'une nouvelle grammaire fiscale internationale qui se dessine (Partie II).

PREMIERE PARTIE

LES PAYS EMERGENTS ET LA TRANSPOSITION DE LA FISCALITE INTERNATIONALE CLASSIQUE

171. La primauté des engagements fiscaux internationaux – Il est assez commun de reconnaître que l’application d’un droit international dans le corpus juridique interne d’un Etat passe nécessairement et avant toute chose par la conclusion et la ratification de traités internationaux. Dans le domaine fiscal les instances internationales ont souvent lié la nécessité d’adopter des conventions fiscales à l’expansion économique dont pouvaient bénéficier les pays émergents à travers elles. La Conférence de Paris de 1963/1964 relative à la coopération économique internationale remarquait effectivement leur rôle complémentaire de sécurité juridique indispensable aux mouvements de capitaux et aux investissements privés étrangers dans le processus de développement économique des pays émergents. L’OCDE rappelait en 1963 que « depuis les travaux de la SDN, l’utilité de tels modèles de convention a été universellement reconnue non seulement par les administrations nationales, mais également par les contribuables eux-mêmes »⁹¹. Les conventions fiscales bilatérales sécurisent donc les positions à la fois des administrations et des contribuables permettant par la même occasion d’attirer les fonds indispensables à la croissance des pays émergents. C’est dans cet esprit que l’ONU suggérait et même espérait que la multiplication de traités fiscaux bilatéraux sur une base commune pourrait normaliser certaines dispositions ce qui « équivaldrait en fait à un accord fiscal international »⁹².

172. L’utilisation de la codification fiscale internationale par les entreprises multinationales implantées sur le territoire des pays émergents, l’intégration de plus en

⁹¹ OCDE, « Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune », *Rapport du Comité de l’OCDE*, Paris, 1963

⁹² ONU, « Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales », E.74.II.A.5

plus forte de ces derniers au système économique international favorisent l'application de la fiscalité internationale. Un raisonnement à chaud corrobore la pensée onusienne et invite à penser que l'application de la fiscalité internationale se fait naturellement eu égard à la multiplication des conventions fiscales internationales bilatérales conclues par les pays émergents.

173. Toutefois une analyse à froid nous enseigne que cette application ne s'impose pas d'elle-même. La première explication serait historique. Relégués pendant de nombreuses années à un rôle passif dans l'élaboration de ces principes, ils ont fini par les subir et ce consentement affiché peut exprimer une simple nécessité politique. Dès lors ils exerceraient une sorte de chantage juridique à les contourner ou bien à les amender, dans le but de faire reconnaître et respecter leur place de plus en plus importante dans la vie économique du monde. La seconde explication réside dans ce qu'il faut entendre par application de la fiscalité internationale classique. Il n'existe pas de doctrine spécifique sur l'application des conventions fiscales. Le Congrès de l'IFA de Londres de 1998 soulignait que « *Le modèle de convention fiscale de l'OCDE ne s'intéresse qu'au compromis entre les législations de base entre les Etats. (...) il ne s'occupe pas de la manière dont chacun des Etats donne effet aux obligations d'une convention* »⁹³. Ainsi il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'application de la fiscalité internationale par les pays émergents nécessite une correspondance systématique des principes dans leur droit interne ou bien si elle doit se limiter à une simple lecture de ceux-ci afin de savoir quel Etat a le droit d'imposer. Pour autant les conventions fiscales engagent les pays émergents dans la mesure où elles ont a priori une valeur juridique supérieure à leur droit interne. Le consentement constitue le fondement de l'application des règles de droit dans une relation interétatique. Il est d'autant plus nécessaire que le système fiscal international ne contraint pas directement. Il ne fait qu'indiquer la règle à suivre et l'interprétation à appliquer.

174. Cet exercice est d'autant plus difficile que l'Organisation de Coopération et de Développement Economique, garante du modèle de convention universellement accepté, ne dispose pas en tant que tel de compétence pour intervenir dans le domaine

⁹³ Cahiers de droit fiscal international, IFA Congrès de Londres, 1998

fiscal⁹⁴. Le pouvoir fiscal normatif qu'elle s'est arrogée ne puise son fondement, que par le truchement des compétences que les Etats membres fondateurs lui permettent d'exercer. Ce pouvoir, même si aucun Etat aujourd'hui ne le remet en cause, ne lui est donc pas clairement dévolu⁹⁵. Cette difficulté est encore plus ténue lorsque ces prérogatives ont vocation à s'imposer à des pays non-membres de son institution. Toutefois la souveraineté fiscale des pays émergents n'est pas mise à mal dans la mesure où la conclusion de conventions fiscales est l'expression même de cette souveraineté et rien juridiquement ne les y contraint. Seuls les commentaires et les interprétations adressées par l'OCDE au modèle-type pourraient entraver l'exercice de leur compétence fiscale. C'est ici que réside le point d'achoppement entre la volonté et le consentement des pays émergents car comme le soulignait le Professeur Cartou : *« sur le territoire du souverain fiscal, le pouvoir des autorités nationales est exclusif »*⁹⁶.

⁹⁴ En effet, contrairement au comité des experts des années 1920, qui avait reçu un mandat express de l'Assemblée Générale de la Société des Nations pour trouver des solutions aux problématiques de double imposition, la Convention fondatrice du Palais de La Muette du 14 décembre 1960 ne lui confère aucune prérogative fiscale. Son article 1^{er} stipule « *L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques a pour objectif de promouvoir des politiques visant : a) à réaliser la plus forte expansion possible de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi que développement de l'économie mondiale ; b) à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que non membres, en voie de développement économique ; c) à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales* »⁹⁴. L'article 2 semble toutefois asseoir la compétence de l'organisation, en ce sens qu'il dispose « *En vue d'atteindre ces objectifs (ceux de l'article 1^{er}), les Membres conviennent, tant individuellement que conjointement : (...) c) de suivre des politiques conçues pour assurer la croissance économique et la stabilité financière interne et externe, et d'éviter que ne se développent des situations qui pourraient mettre en danger leur économie ou celle d'autres pays ; e) de contribuer au développement économique des pays Membres et non Membres en voie de développement économique par des moyens appropriés et, en particulier, par l'apport à ces pays de capitaux, en tenant en outre compte de l'importance que présentent pour leur économie la fourniture d'assistance technique et l'élargissement des débouchés offerts à leurs produits d'exportation.* » Convention de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique du 14 juillet 1960, Archives OCDE

⁹⁵ A ce titre le Professeur Ridruejo lie la difficulté d'avoir des principes clairs et dénués d'ambiguïté avec l'absence de pouvoir normatif : « *Sur le plan normatif, (...), force est de constater qu'il n'existe pas actuellement dans la communauté internationale un pouvoir comparable à celui qu'exerce, à l'intérieur des Etats, le pouvoir législatif. Il est vrai que depuis 1945 nous trouvons dans la société internationale une institution universelle exerçant des fonctions politiques générales, l'Organisation des Nations Unies et que l'organe plénier et délibérant de cette organisation, l'Assemblée générale adopte des résolutions comportant des prises de position juridiques sur la conduite des Etats. Ces résolutions indiquent comment les Etats devraient se comporter dans leurs relations mutuelles. Il est vrai également que, (...), ces résolutions ont une influence considérable tant sur la formation que sur l'évolution du droit international contemporain. Cependant, lesdites résolutions ne sont pas per se obligatoires pour les Etats, qu'ils soient membres ou non de l'Organisation, et elles ne sont point comparables aux lois promulguées dans le cadre des systèmes juridiques internes. S'il existe à l'intérieur des Etats un organe normatif centralisé, le parlement, le pouvoir normatif de la société internationale est essentiellement décentralisé, non institutionnalisé. Il est incontestable qu'il n'existe pas un parlement mondial digne d'un tel nom* »

P. Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs : Cours général de droit international public*, Cours à l'Académie de droit de La Haye, 1998, volume 274.

⁹⁶ L. Cartou, *Droit Fiscal International et Européen*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1986

175. Sans contraindre, la relation fiscale bilatérale est engageante parce qu'elle encadre cette relation et fige les interprétations des pays, tout en limitant ainsi leur éventuel pouvoir de modification. En toute hypothèse, les conventions fiscales devraient être interprétées en dehors de toutes références ou influence du droit interne. Toutefois comme le souligne le rapporteur général de l'IFA au Congrès de Florence⁹⁷, les conventions fiscales renvoient souvent au droit interne des Etats pour définir les termes. Ce renvoi exige une concordance de classification et d'interprétation des principes de fiscalité internationale entre les pays émergents et les dispositions de l'OCDE. L'incertitude d'interprétation, de qualification ou de classification est susceptible de créer une insécurité juridique, lorsqu'une disposition d'une convention fiscale bilatérale entre en conflit avec une clause de la convention multilatérale. La Convention de Vienne relative aux Traités Internationaux à laquelle l'ensemble des pays émergents a adhéré apporte une grille de lecture juridique. Elle précise que c'est la dernière convention signée qui prime. En l'espèce il s'agirait donc de la convention multilatérale. C'est à travers ce prisme que l'on pourrait être amené à penser qu'elle a vocation à se substituer aux conventions fiscales bilatérales. Il est alors aisé de comprendre la réticence des pays émergents à appliquer les principes de fiscalité internationale in extenso⁹⁸. Ce consentement est d'autant plus nécessaire que la nature juridique des principes et règles fiscales, ne leur confère aucune force juridique obligatoire, si ce n'est celle que les Etats veulent bien leur accorder.

176. Sauf à considérer que la fiscalité internationale soit devenue un marché, dans lequel s'épanouit une concurrence fiscale et où s'exprime un nomadisme fiscal que rien ne peut freiner⁹⁹ et qui forcément influence les pays, ou à estimer que l'application des principes de fiscalité internationale s'inscrit dans la transcription de la théorie du

⁹⁷ Cahiers de droit fiscal international, IFA, Congrès de Florence, 1993

⁹⁸ Il y a une dimension « extra-territoriale » liée à l'application de la convention multilatérale qui tend à limiter indirectement la compétence fiscale des Etats, en attribuant à travers la définition de concepts le droit exclusif de tel Etat à imposer tel type d'activité. Il n'est plus possible d'affirmer comme Nicolas Melot que « *si le corollaire de la compétence exclusive est l'incompétence en la matière des autres Etats, ces derniers ayant l'interdiction de se reconnaître « compétence » pour émettre une norme ou une décision sur une question relevant de la compétence exclusive d'un autre Etat, le droit international vient limiter spatialement cette compétence* » (Nicolas Melot, « Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine » Editions Dalloz, 2004).

⁹⁹ D. Gutmann dans « *L'impôt* » Archives de Philosophie du droit, Tome 46, Dalloz avril 2002.

dilemme du prisonnier¹⁰⁰, les principes qu'elle charrie jusqu'à présent, indiquent aux pays comment éviter les cas de doubles impositions, et le cas échéant comment appréhender sur leur territoire l'exercice d'activités potentiellement taxables.

177. En cela, la matière fiscale dans sa dimension internationale est pour le moment, une des rares matières qui n'interdit pas aux Etats. Elle ne limite pas explicitement la compétence de l'Etat, contrairement par exemple au droit de la guerre, qui pose comme principe l'interdiction de la guerre d'agression. Les modèles de convention fiscale ne contiennent aucun article d'interdiction. Cela n'empêche pas les Etats, dans le cadre de leurs relations bilatérales de s'astreindre à certaines interdictions, mais elles ne sont qu'intuitu personae.

178. Concrètement, le modèle de convention fiscale OCDE invite les Etats à ne pas créer des situations de double imposition. Il propose les mécanismes d'élimination et limite les taux de retenues à la source à seulement trois dispositions que sont les articles 10, 11, et 12¹⁰¹.

179. La maîtrise des règles de fiscalité internationale – Ainsi l'obligation que font naître les dispositions d'une convention, au-delà du principe *pacta sunt servanda*, n'est pas pleinement assurée, ou tout du moins reste aléatoire. Cet aléa est accentué par les différentes dynamiques qui traversent l'application des principes de fiscalité internationale. La première est l'internationalisation du droit, dans un contexte où tout devient global. Ce mouvement ouvre la porte à un second, qui est la volonté d'uniformiser les principes à partir du moment où ceux-ci deviennent une référence internationale.

¹⁰⁰ P. Weil, *Droit International en quête de son identité*, R.C.D.A.I., volume 237, 1992. « *L'intérêt bien compris pèse davantage dans la balance que les considérations d'éthique ou le souci de la rule of law. Dans une conjoncture donnée, un gouvernement pèsera les avantages que peut lui valoir le respect du droit en comparaison du prix que pourrait lui éviter la violation du droit. Le coût de la violation du droit n'est pas nécessairement dans le risque d'une sanction ou d'une condamnation. Le prix à payer pourra être un prix politique, fait de discrédit et de mauvaise réputation* ».

¹⁰¹ L'article 10 concerne l'imposition des intérêts, l'article 11 les dividendes, et l'article 12 les redevances. La trame de ces articles est de préciser « *Les intérêts, dividendes ou redevances payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des dividendes est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder (...)* ». Modèle de Convention OCDE, 2010.

180. Mais faute d'un système juridique pleinement assumé, et centralisé, et en raison de la latitude laissée aux Etats, ces deux dynamiques se heurtent à une troisième dynamique dont dépend finalement la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale, à savoir la nationalisation du droit. L'article 3 paragraphe 2 du modèle de convention OCDE semble militer en ce sens. Il stipule en effet « *Pour l'application de la Convention à un moment donné par un Etat contractant, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet Etat concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet Etat prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet Etat* »¹⁰². Cela signifie que les pays émergents peuvent user de cet article à partir du moment où ils estiment que les termes de la convention ne sont pas définis voire clairement définis. La dimension contextuelle mentionnée par l'article décuple aujourd'hui l'importance qu'il représente pour eux. Le renvoi d'interprétation au droit interne peut s'avérer être systématique et constituer une stratégie fiscale alors que les définitions posées par la fiscalité internationale ont évolué au fil des années.

181. De manière générale les Etats veulent se réapproprier des principes qui ont des incidences non négligeables sur l'exercice de leur souveraineté. Cette volonté est d'autant plus forte au sein des pays émergents, que leur essor économique est jusqu'à présent intrinsèquement lié aux pays développés. Devenus désormais incontournables, ils souhaitent également participer à l'allocation des ressources fiscales. Acteurs majeurs, ils contribuent à la pérennité du système juridique et fiscal international.

182. Ces principes de fiscalité internationale sont devenus une marque d'adhésion à une architecture juridique et fiscale, marquée par des exigences internationales de plus en plus prégnantes. Ils constituent également une variable d'ajustement, leur permettant d'accroître leur assiette fiscale et de prendre part à une meilleure allocation fiscale en contournant, voire en détournant le sens premier des principes et pratiques de fiscalité internationale.

¹⁰² Modèle de Convention Fiscale concernant le revenu et la fortune, OCDE, 2010

183. Or, le respect de l'objectif de la « loi » fiscale et la bonne application de celle-ci, assurent une sécurité juridique pour l'ensemble des acteurs de la vie des affaires. Ils permettent, en effet, de garantir les droits des acteurs privés, aussi bien ceux des entreprises non-résidentes multinationales, qui s'implantent et investissent sur leur territoire, que de leurs entreprises nationales qui souhaitent s'implanter à l'étranger.

184. Par le biais du principe de réciprocité, ils préservent les implantations étrangères de leurs propres entreprises, qui pourraient subir les décisions fiscales unilatérales et ciblées des pays d'implantations. Ils démontrent également aux autres Etats leur volonté de participer à un système fiscal international, leur adhésion à un canevas fiscal. Cela crédibilise leurs positions, donne davantage d'écho à leurs interprétations, et permet de comprendre leur positionnement. Enfin, ils contribuent à pérenniser le système fiscal international.

185. Pour autant l'absence a priori de force juridique contraignante rend aléatoire l'application des principes de fiscalité internationale dans le droit interne de pays, qui comme nous l'avons précédemment analysé, n'ont pas été conviés à la table des négociations (Titre I). Surtout elle met ces principes, à la merci d'une instrumentalisation destinée à servir leurs propres intérêts, et à défendre la vision de la fiscalité internationale qu'ils portent (Titre II).

TITRE I – L’APPLICATION DES PRINCIPES DE FISCALITE INTERNATIONALE DANS LE DROIT INTERNE DES PAYS EMERGENTS

186. Un double enjeu se pose aux pays émergents mais également à l’Organisation de Coopération et de Développement Economique. Pour les premiers, il s’agit de savoir quelle place ils entendent accorder à la fiscalité internationale dans leur droit interne et de ce fait comment ils font vivre ces dispositions fiscales avec leurs propres règles tout en ne créant pas de situations d’insécurité juridique. Pour l’OCDE, l’enjeu est de savoir comment un droit mou¹⁰³, dit de « soft law », peut devenir un droit dur dit de « hard law » et pénétrer en profondeur et durablement le droit interne des pays émergents. Cette question est importante à double titre. Sur un plan politique, elle est au cœur de la crédibilité de ces deux acteurs au sein du système fiscal international. Sur un plan technique, elle est majeure parce qu’« *Aujourd’hui à l’OCDE on est un peu à la croisée des chemins sur la nature du modèle et son évolution la convention fiscale OCDE* »¹⁰⁴.

187. Le modèle est en effet le seul outil juridique de transcription des principes. Jusqu’à présent, son objet était de lutter contre les doubles impositions. Or, il ne semble plus adapté aux questions nouvelles d’allocation des revenus, et de détermination de la base imposable. Sa nature bilatérale envisagée comme un pis-aller, a été perçu comme un moyen de pénétrer les règles fiscales internes des pays émergents mais semble être aujourd’hui un frein à l’universalité des principes.

188. La juridicité des principes de fiscalité internationale – Surtout la question fondamentale de la juridicité des principes fiscaux devient de plus en plus prégnante. L’élaboration et la portée de la convention multilatérale donnent la teneur de cet enjeu. Il est en effet nécessaire d’associer le maximum de protagonistes pour en assurer la

¹⁰³ Le Professeur Chinkin a identifié 6 critères d’identification de « soft law » ou droit mou : 1- Ils ont été articulés sous une forme non contraignante conformément aux modèles traditionnels d’élaboration de la loi; 2- Ils contiennent des termes vagues et imprécis; 3- Ils émanent d’organismes dépourvus de pouvoir législatif international ; 4- Ils visent des actions non étatiques dont la pratique ne peut constituer le droit international coutumier; 5- Ils n’ont aucune théorie de la responsabilité; 6- Ils reposent sur adhésion volontaire ou sur des moyens d’exécution non judiciaires;
C.M. Chinkin « Normative development in the international legal system » in *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, Edition Oxford University, Press New-York 2000.

¹⁰⁴ P. Saint-Amans, *L’ordre fiscal international*, Revue de Droit Fiscal, n°37, 13 Septembre 2007, 822

portée. C'est en substance l'objectif du cadre inclusif. Dans un monde mouvant où règnent approximation et relativité des concepts fiscaux, il peut alors paraître paradoxal et en même temps nécessaire de convoquer la dimension rassurante de la juridicité.

189. Pour conjuguer ces deux évolutions, l'OCDE a tenté de contourner le canevas juridique de son statut. D'une part elle a laissé une place prépondérante aux commentaires des Etats et particulièrement aux pays émergents. D'autre part, elle a fortement incité, lors de son conseil du 23 octobre 1997, les administrations fiscales de ses Etats membres à suivre les commentaires au modèle de convention¹⁰⁵. A ce titre la Haute Cour et la Cour d'Appel Malaisiennes ont estimé que les autorités fiscales devaient prendre en considération les commentaires de l'OCDE et s'y référer lorsqu'elle était amenée à interpréter des dispositions conventionnelles, rejetant par la même occasion l'argument de l'administration qui opposait le fait que la Malaisie n'était pas membre de l'OCDE¹⁰⁶.

190. Cette volonté fait écho aux publications des premiers modèles de 1963 et de 1977¹⁰⁷. Mais faire place à ces commentaires ne signifie pas pour autant faire droit, encore faut-il qu'ils soient invoqués en interne par les autorités fiscales que ce soit le juge ou les administrations fiscales. La recherche de la juridicité¹⁰⁸, et avec elle de

¹⁰⁵ The Legal Status of the OECD Commentaries : « *leurs administrations fiscales doivent suivre les commentaires sur les articles du modèle de convention, comme modifiée au fil du temps, quand les Etats doivent appliquer et interpréter les dispositions de leur propres conventions fiscales bilatérales* » IBFD

¹⁰⁶ *Ketua Pengarah Hasil Dalam negeri v. Damco Logistics Malaysia Sdn bhd*, Civil Appeal N° W-01-424-11. La décision de la Haute Cour est reportée à (2011) MSTC 30-033. Cahiers de droit fiscal international, Congrès Mumbai, 2014.

¹⁰⁷ K. Vogel, *On Double Taxation Conventions, A commentary to the OECD-UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation of income and capital*, Kuwer Law and Taxation Publishers, 2nd edition, 1990

¹⁰⁸ La juridicité du modèle de convention fiscale et des commentaires a fait l'objet d'une littérature abondante, et d'un débat doctrinal soutenu.

De nombreux auteurs ont cru trouver dans le **principe d'acquiescement**, un fondement juridique à leur application en droit interne. C'est le cas de « *L'absence d'observations des deux pays membres peut être considérée comme ayant « acquiescée » aux commentaires lors des négociations de la convention fiscale et sont ainsi devenus liés par le droit international en raison du principe de bonne foi d'interpréter et d'appliquer la convention fiscale* » (Davies Ward, Philips and Vineberg, « *Is there an obligation in international law of OECD member countries to follow the Commentaries on the Model?* » IBFD). Ce principe prendrait sa source dans le système même d'adoption des recommandations puisque le vote négatif d'un seul Etat Membre conduit à rejeter toute recommandation comme le souligne le Professeur James Lorimer « *La nature juridique des recommandations du Conseil n'est pas définie dans la Convention de l'OCDE, mais il est généralement admis que les recommandations du Conseil sont définies de manière négative, comme c'est généralement le cas dans les organisations internationales. Si un membre vote contre, il n'y a pas de recommandation. un membre s'abstient, il existe une recommandation, mais celle-ci ne sera pas applicable aux abstentionnistes, mais uniquement aux membres qui ont voté pour* » (James Lorimer, « *International organization belong to all members and to none* » *The Institutes of the Law of Nations*, volume II/1884).

D'autres voient dans le **principe de l'estoppel**, le fondement de la force juridique des modèles et des recommandations de l'O.C.D.E. ; ou encore certains s'appuient sur l'article 31 de la Convention de Vienne de 1980 relative aux Traités

l'application de règles étrangères, prend les traits d'une quête. Elle peut paraître inaccessible quand celles-ci ont vocation à intégrer un système juridique interne pré existant depuis de nombreuses décennies, conçu avec sa propre logique, sa propre culture, et sa propre conception du droit.

191. Aucune norme ou précepte international n'échappe à ce dilemme, surtout lorsqu'il s'attaque à un pan de la souveraineté nationale. Il est certes banal de l'écrire, mais il est encore plus manifeste de le constater dans un monde où le comportement des uns n'échappe pas au conditionnement du plus grand nombre. Cette ambition s'avère être d'autant plus complexe et difficile, qu'il s'agit de faire adopter, et de faire reconnaître à des Etats, absents de l'élaboration de ce corpus de règles et de pratiques, des droits et obligations issus d'un droit mou, qui par définition même n'obligent pas et a fortiori ne sanctionnent pas¹⁰⁹.

192. Faudrait-il alors qu'une simple « *reconnaissance réciproque* », puisse constituer une source du droit pour les pays émergents ? C'est la seconde alternative qui permettrait une transposition fluide des principes dominants de fiscalité internationale. Sous ce prisme ceux-ci peuvent-ils être considérés comme une source du droit interne des pays émergents simplement parce qu'ils ont conclu des conventions fiscales bilatérales sur la base du modèle OCDE ? C'est ici que l'approche de Kelsen de la définition du mot « source » prend tout son sens. Il s'agirait de pouvoir « *désigner par ce mot « source », toutes les méthodes de créations du droit, ou bien toute norme supérieure dans son rapport avec la norme inférieure* »¹¹⁰. Il ne fait pas de doute que ces principes constituent une source de droit, d'une part pour l'institution internationale qui les a élaborés, l'OCDE, et d'autre part pour la plupart des pays. Et si certains Etats membres restent réticents, notamment au sein de l'Union Européenne à leur reconnaître

Internationaux pour établir la juridicité des modèles de convention fiscale (Friedl Weiss, « Interpretation of Tax Treaties in accordance with the commentaries on the OECD Model Tax Convention under the Vienna Convention on the Law of Treaties » in *The Legal Status of the OECD Commentaries, Conflict of Norms, in International Tax Law Series, Volume 1, IBFD 2008*)

¹⁰⁹ P. Weil, « *ce n'est pas dans l'existence de sanctions de substitution à la sanction judiciaire que réside la véritable preuve de la juridicité du système judiciaire. Où se situe alors cette preuve demandera-t-on ? La réponse est d'une grande simplicité : elle se trouve dans la reconnaissance réciproque par les Etats de droits et d'obligations les uns envers les autres* » *Droit International en quête de son identité*, R.C.D.A.I., volume 237, 1992.

¹¹⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Edition Dalloz, Paris 1962

une quelconque force juridique, l'Union Européenne se charge de transformer ce droit mou en droit dur¹¹¹.

193. Pour les pays émergents, il en est autrement. Ils pourraient opposer qu'ils ne sont pas destinataires de ces principes puisqu'ils s'adressent aux seuls membres de l'institution qui les a élaborés. Mais cette position souffrirait de deux écueils. En premier lieu, ils ont négocié des conventions fiscales sur la base du modèle de convention fiscale établi par l'OCDE. Ces principes trouvent donc une légitimité juridique à leurs yeux. En sus, ils leur confèrent, selon les dispositions constitutionnelles de chaque pays, une valeur supérieure à leurs règles de droit interne et une potentielle opposabilité. En second lieu, les pays émergents risquent de se mettre dans une situation juridique inconfortable vis-à-vis des acteurs économiques implantés sur leur territoire. Les entreprises multinationales ont en effet intégré ces règles et pratiques de fiscalité internationale dans leur stratégie.

194. La clarification terminologique des principes un enjeu de transposition pour les pays émergents – Ceux-ci régissent en grande partie la vie des affaires des pays émergents. Pour autant la terminologie employée semble équivoque et pose une sorte de hiérarchie entre principes, règles, pratiques, standards. Elle répond à des exigences et surtout à une souplesse constitutionnelle interne. Cette hésitation lexicologique n'est cependant pas sans conséquence. Elle constitue pour les pays émergents une opportunité dans le cadre d'une transposition en droit interne. Ils ont tendance à s'approprier la position de certains auteurs en les qualifiant de standards. A ce titre, ces principes ne sauraient être « *une source du droit, car le standard ne fait qu'inspirer la règle de droit, le standard est compris dans l'énoncé de la règle de droit. En revanche, le standard serait une norme juridique en ce sens qu'une « norme » impose une règle de conduite à ses destinataires qui décideront de la suivre ou non malgré la volonté de l'auteur de la norme qui a estimé qu'ils devraient la suivre* »¹¹². Cette ambiguïté

¹¹¹ L'Union Européenne est le seul espace géographique au sein duquel, un droit mou devient un droit dur. Celle-ci a, en effet, adopté pour la plupart les principes dominants de la fiscalité internationale. Elle en a même renforcé la portée ou la force pour certains. Juridiquement, elle a transposé ces règles et même ces pratiques, par le biais de directives ou de règlements. Ces outils juridiques contraignent clairement les 27 pays membres de l'Union Européenne qui sont obligés de les transposer dans leur droit interne. Ainsi l'Union Européenne s'avère être l'exemple parfait de la transformation d'un droit mou en droit dur. Il est même le seul. Cette configuration est cependant intrinsèquement liée au système juridique de l'Union Européenne.

¹¹² A. Lagelle, *Les standards en droit international économique. Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Thèse soutenue en 2012 à l'Université de Nice, Logiques juridiques, Edition L'Harmattan, Mai 2014.

pourrait laisser entrevoir les lacunes de ce droit mou. Mais n'est-ce pas justement l'objectif de l'OCDE d'avoir élaboré des principes, des pratiques suffisamment généraux et de maintenir un voile sur leur terminologie juridique¹¹³ pour pouvoir adapter la qualification juridique à des situations nouvelles ? Cela permet aux pays émergents d'ajuster leur interprétation au gré de ces évolutions, et de défendre une vision holistique de l'application de la fiscalité internationale. Cela se traduit par un choix parfois peu traditionnel des méthodes de réception des principes (Chapitre I), ainsi que par une volonté d'adapter les normes fiscales internationales à leur propre interprétation (Chapitre II).

¹¹³ Portalis déclarait que la « *loi ne peut tout prévoir, et ne le doit pas sous peine de figer l'évolution des règles* » Discours préliminaire au Code Civil. François Gény va plus loin lorsqu'il affirme que le législateur devrait « laisser des blancs » dans ses dispositions, F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^{ème} éd, Paris, 1954.

Chapitre I Les méthodes de réception des principes de fiscalité internationale

195. L'usage par les pays émergents, de manière constante mais sans adhésion manifeste, des principes de fiscalité internationale pour réguler les activités industrielles et commerciales étrangères sur leur territoire, est révélateur de leur volonté de participer au système fiscal international. Les méthodes de transposition d'un droit étranger dans un droit interne illustrent non seulement la place qu'ils accordent à ces principes mais aussi la manière dont ils souhaitent qu'ils se conjuguent avec leur propre règle de droit interne. Cela ne préjuge pas pour autant de leur bonne réception dans leur droit interne.

196. La nature même de ces principes leur permet, néanmoins, en apparence de bénéficier d'une certaine liberté de transposition. Toutefois, le chemin qu'ils auront choisi les oblige, car la transformation d'un droit mou en droit dur, produit de l'ordre. Celui-ci est le fruit d'une histoire juridique, institutionnelle, d'une volonté politique. Quelle que soit la méthode de transposition, l'objet premier de tout ordre juridique, dans un cadre international, est de créer une certaine harmonie entre ces principes et les règles internes déjà existantes, mais également entre pays d'une même communauté. Il doit poser les conditions, d'une unité afin d'éviter un entassement de principes et de normes, qui pourraient s'avérer contradictoires les unes par rapport aux autres ou pire encore être une source de lacunes.

197. Pour le Professeur Frison-Roche, ces défauts ne sont que « *des défaillances de la gouvernance* ». Un ordre juridique ne nécessite pas une organisation hiérarchique. Pourtant cette articulation hiérarchique des principes juridiques est l'apanage de tout Etat de droit, et constitue une sécurité juridique pour les contribuables mais aussi pour les pays concernés. Selon elle, il faudrait faire confiance au pragmatisme qui doit prévaloir en matière d'application d'une règle juridique. Elle conclut en soulignant que « *la légitimité du droit ne repose pas sur la légitimité de sa source mais sur l'efficacité de son application au regard des intérêts convenus en balance et en équilibre* ».

198. En matière fiscale, cette efficacité des principes est envisagée de manière globale, d'après Michael Graetz. Il trace les contours d'un système juridique et fiscal uniforme, dans lequel le champ d'investigation des Etats et l'exercice de leur compétence fiscale sont limités. Cette perception est d'autant plus vive pour des pays dépendants économiques comme les pays émergents. L'enjeu pour eux est d'adapter leur droit interne à ce modèle juridique dominant de plus en plus précis, laissant peu de marges de manœuvre, tout en conciliant leurs prérogatives fiscales.

C'est en cela que l'analyse des modes de transposition de ces principes fiscaux internationaux dans leurs droits internes, s'avère être fondamentale pour envisager la façon dont ils conçoivent leur application concrète. Elle révèle une réalité certaine et concrète de la portée juridique de la fiscalité internationale sur leur ordre juridique interne (Section I). Mais le jeu institutionnel, leur propre mécanisme juridique en limitent la portée (Section II).

Section I La portée juridique des principes

199. L'« effectivité » de la fiscalité internationale – En droit international, la notion d'effectivité n'est pas simple à définir. Comme le rappelle Florian Couveinhes dans sa thèse¹¹⁴, la doctrine juridique a souvent oscillé entre « ambiguïté ou incertitude » pour la circonscrire. Ce sont ces postures qui laissent à penser pour certains auteurs comme Battifol qu'il s'agit d'une « *notion équivoque* ». Pourtant cette même doctrine s'accorde à souligner qu'elle représente « *la nature de ce qui existe en fait, de ce qui existe concrètement, réellement ; elle s'oppose à ce qui est fictif, imaginaire ou purement verbal* »¹¹⁵. Pour Couveinhes les faits ne sont pas déconnectés du droit. La qualification en droit est liée aux faits et ne se justifie pas par elle-même. L'auteur montre que même si cette notion n'est pas utilisée comme un principe général, elle a

¹¹⁴ F. Couveinhes, *L'effectivité en droit international*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris2 Panthéon-Assas, 2011

¹¹⁵ J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964

pour fonction en droit de convaincre, de suggérer, de prendre en compte les faits. Cette démarche a pour conséquence ou objectif de faire évoluer la règle de droit.

200. Ce principe imprègne la fiscalité internationale dans sa pratique et son fonctionnement. A la différence d'autres branches du droit, elle n'est pas sous influence idéologique. Dès son origine le rapport des économistes en 1923 pose les fondements à partir de la réalité économique, commerciale, et plus encore des mécanismes d'échanges. C'est à travers ce prisme qu'ils construisent les principes juridiques applicables, dont la vocation est de régler de manière concrète des situations présentes et futures qui touchent directement les finances de l'Etat ou celles des contribuables. Leur objectif premier n'est pas de contraindre directement le système juridique interne des pays émergents, ou d'imposer des règles et pratiques contraires à leurs propres dispositions, mais plutôt de leur faire reconnaître l'existence de faits, pour qu'ils puissent par la suite modifier leur ordonnancement juridique.

201. La fiscalité internationale se prête aisément à cette reconnaissance. L'exercice d'une activité aussi discrète soit-elle sur le territoire d'un pays émergent a des incidences fiscales. Cette dimension est d'autant plus accentuée dans le cadre de la globalisation des échanges. Avec elle, les principes dominants de la fiscalité internationale exercent un rôle de plus en plus prégnant dans la vie des affaires des pays émergents au point que les entreprises multinationales les ont assimilés et intégrés dans leur stratégie à mesure que la présence humaine, socle des relations commerciales, critère reconnu et incontestable jusqu'à présent de la compétence fiscale des Etats, n'est plus indispensable. Ces évolutions ont inéluctablement une incidence juridique et ne peuvent être ignorées par leur système juridique (Paragraphe I). Pour autant les mécanismes de réception dans leur droit interne ralentissent la pleine effectivité de la fiscalité internationale (Paragraphe II).

§ I La portée pratique

202. L'influence des principes de fiscalité internationale au sein des pays émergents peut être évaluée de deux manières. Tout d'abord elle s'apprécie à travers les faits et

peut se quantifier par la présence importante des capitaux étrangers sur leur territoire (A). Elle se traduit ensuite par le niveau de perception des recettes fiscales potentielles générées par l'application de ces principes dans leur droit interne. Pour ce faire, les mécanismes juridiques internes doivent définir clairement les modes de réception afin de ne pas obérer la lecture des principes de fiscalité internationale (B).

A/ L'impact sur la vie des affaires

203. L'affirmation des pays émergents sur la scène économique – En 2013, l'Organisation Mondiale du Commerce a mis en exergue trois évolutions, révélatrices de la place, de plus en plus incontournable, conquise par les pays émergents, au sein de l'organisation économique mondiale, et par ricochet du système fiscal international. En premier lieu, les investissements directs à l'étranger entre pays émergents ont dépassé le commerce entre pays développés et pays émergents. A titre d'exemple les exportations chinoises à destination des autres pays émergents représentaient 20 % du commerce entre pays en développement.

204. En second lieu elle estime, que, d'ici 2020, les trois principaux pays émergents que sont le Brésil, la Chine, et l'Inde représenteront autant de débouchés que la France, le Canada, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni, et les Etats-Unis réunis. Enfin, les exportations issues des pays industrialisés ont augmenté lentement avec une tendance de 1,5 %, alors que celles des pays émergents connaissent une croissance de 3.3 %. En matière d'importations cette tendance s'accroît. Les premiers enregistrent une baisse de 0,2 % alors que les seconds font un bond de 4,4 %¹¹⁶.

205. Cet engouement se traduit par la multiplication sur leurs territoires, de structures juridiques, de filiales de compagnies non-résidentes. Ces véhicules juridiques contribuent, pour une large part aux budgets des Etats, davantage encore pour ceux des pays émergents. C'est ce que souligne la CNUCED dans son rapport de 2015, lorsqu'il précise que « *Le budget des pays africains dépend des versements des entreprises étrangères à hauteur de 14 %, en moyenne* »¹¹⁷. En 2010, il apparaissait que 17 % des

¹¹⁶ Source : Organisation Mondiale du Commerce, 2014

¹¹⁷ Rapport CNUCED 2015

revenus des cent plus grandes entreprises des pays développés, étaient issus des pays émergents.

206. Cette évolution s'accompagne également d'une autre tendance. Les pays émergents ne sont plus uniquement les usines du monde, où les territoires de délocalisation d'unités de production. Ils accueillent des lieux de siège d'entreprises multinationales. En 2016, le classement « Global Fortune 500 » des plus grandes entreprises mondiales recensait, que 119 d'entre elles avaient leur siège dans les pays BRICS et 153 dans les pays en développement, contre respectivement 39 et 70 en 2014.

207. Elargir la base fiscale – L'ouverture commerciale croissante des pays émergents a cependant un effet pervers. Elle conduit en effet, à un abaissement des droits de douane. A cela s'ajoute le fait que la dimension fiscale est devenue un élément stratégique pris en compte par les contribuables résidents et non-résidents. Les conventions fiscales conclues par leurs pays d'origine et les pays d'implantation leur donne la possibilité d'invoquer et d'opposer aux pays émergents ces dispositions fiscales internationales avec lesquelles ils ne sont parfois pas en accord. Cette double conjoncture conduit à une diminution des recettes fiscales. Aussi pour pallier cette réduction, une alternative s'offre aux pays émergents, soit intensifier les échanges, soit trouver d'autres sources de taxation afin d'accroître le niveau d'impôts prélevés.

208. Le premier choix les contraint à rester dépendants des pays développés et les soumet à une pression commerciale accrue, qu'ils ne maîtrisent pas. Le second choix s'avère être une option de plus en plus privilégiée, dans la mesure où il leur permet de conserver la maîtrise de leurs recettes, de préserver leur souveraineté et leur compétence fiscale. De nombreuses études démontrent à travers l'amélioration de leurs performances fiscales¹¹⁸, la combinaison de ces deux options. Il va sans dire que les qualifications d'établissement stable, les rémunérations de redevances, de prestations, ou encore l'utilisation des méthodes de prix de transfert ont des conséquences sur la façon dont les entreprises multinationales construisent leurs activités. A titre d'exemple afin d'éviter la reconnaissance d'un établissement stable, celles-ci préfèrent opérer à

¹¹⁸ Bsi-economics.org

distance en évitant de mandater du personnel sur place ou d'utiliser toute forme d'intermédiation. Elles modifient également la nature des prestations qu'elles facturent pour empêcher qu'elles ne soient qualifiées de redevances. Ces contournements obligent les pays émergents à incorporer dans leur droit ces principes dominants de la fiscalité internationale pour ne pas être trop dépendant de l'interprétation que leur donne des parties tierces. C'est la raison pour laquelle ils intègrent parfois dans leur droit interne des thèmes pour mieux développer leurs propres interprétations. C'est le cas de la notion de redevance qui diverge, comme on le verra infra de celle du modèle OCDE. Ce recours constitue certes une garantie pour ces acteurs. Mais il ne garantit pas une lecture claire et précise ou tout du moins conforme aux recommandations du Palais de La Muette.

B/ La place des principes de fiscalité internationale dans les systèmes juridiques nationaux

209. La place de ces principes est dépendante des mécanismes de réception adoptés par les pays émergents. Elle est conditionnée par les dispositions constitutionnelles que ceux-ci leur réservent. Quel que soit le mode d'incorporation adopté et mis en place, l'objectif est de faire coïncider des règles et pratiques internationales avec un ordre juridique interne, afin que les deux ne se contredisent pas.

210. Approche moniste et dualiste – En matière de droit international public, la doctrine juridique se partage entre deux conceptions. Les tenants de la première, à savoir l'approche « moniste » estiment que les mesures juridiques internationales auxquelles l'Etat a souscrit, font partie directement de son droit interne. Celui-ci insère ces règles et pratiques sans passer par un processus de validation et d'intégration. Le Traité International est de facto supérieur au droit interne. Ainsi toutes ces dispositions sont opposables non seulement aux contribuables, mais aussi à l'ensemble des autorités administratives et judiciaires, conformément au principe de légalité. Les tenants de la seconde méthode, « dualiste »¹¹⁹, privilégient un mode de transposition, et de réception,

¹¹⁹ J. Combacau et S. Sur, *Droit International Public*, Précis Domat, 12^{ème} édition LGDJ, Lextenso Editions « *La construction dualiste a été particulièrement développée à la fin du XIX^{ème} siècle et durant la première moitié du XX^{ème} siècle. Elle a été notamment défendue par des auteurs allemands (Laband, Triepel) ou italiens (Anzilotti). Il n'est pas sans intérêt de noter qu'ils provenaient d'Etats récemment unifiés et à ce titre désireux de participer à la vie juridique internationale, mais aussi très attachés à la souveraineté de l'Etat comme à l'autonomie du droit interne* »

qui nécessite un système d'intégration spécifique dans leur ordre juridique interne. La réglementation fiscale internationale ne s'applique donc pas a priori par elle-même. Deux cas de figure peuvent néanmoins se présenter. L'Etat peut leur donner une primauté sur leur droit interne. Dans ce cas de figure, seules les règles de droit interne sont modifiées. Un autre cas plus fréquent parmi les pays émergents, conduit à modifier les principes fiscaux internationaux pour qu'ils puissent s'adapter aux règles de droit interne. La primauté est donc donnée à l'ordre juridique interne.

211. Ces mécanismes de réception ne sont pas de simples méthodes d'articulation juridiques. Ils traduisent une certaine philosophie de la hiérarchie des normes. Dans le cadre d'une conception moniste, le droit international prime en quelque sorte par définition sur le droit interne dans la mesure où le droit international et le droit interne constituent un seul et même ordre. Il en va différemment pour l'approche dualiste puisqu'il est convenu que les deux systèmes juridiques sont égaux, indépendants et séparés. La fiscalité internationale se prête difficilement aujourd'hui à cette philosophie et il est difficilement envisageable de continuer de penser que ces systèmes puissent indépendants et séparés en tous points.

212. La primauté du droit interne – Peu de pays émergents consacrent le droit international et les principes de fiscalité internationale dans leur constitution. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils s'affranchissent de toute mention au droit international dans leur ordre juridique interne. Cette référence emprunte toutefois des chemins divers. Certains l'inscrivent dans leur constitution comme le Brésil ou le Vietnam. Mais ils leur donnent une portée différente. En effet, l'article 5§2 de la Constitution brésilienne stipule que les traités internationaux sont une source du droit comme une autre. Le Vietnam de son côté évoque les usages internationaux¹²⁰, ce qui suppose le cas échéant une très grande latitude d'application des principes de fiscalité internationale. D'autres pays limitent leur reconnaissance à un processus spécifique de ratification soit par le Congrès comme le prévoit l'article 75 point 22 de la Constitution

¹²⁰ Article 25 de la Constitution de la République socialiste du Vietnam de 1992 stipule : « *L'Etat encourage les personnes morales et physiques étrangères à investir des capitaux et des technologies au Vietnam conformément à la loi vietnamienne et au droit et aux usages internationaux* ».

argentine, soit par le Président comme en Indonésie¹²¹. Quelques pays comme l’Afrique du Sud incorpore directement dans la loi fiscale, par le biais d’un acte législatif les dispositions qu’ils estiment être pertinentes. A ce stade il est possible de conclure que ces pays accordent a priori une supériorité des traités internationaux sur leur droit interne, mais n’accordent pas pour autant un effet direct aux dispositions fiscales.

213. La dimension historique est souvent un élément d’explication de ces positions juridiques. C’est le cas de la Chine, qui a toujours refusé toute influence extérieure, de peur d’être considérée comme une semi-colonie à l’égard des puissances extérieures. L’influence du maoïsme n’est pas négligeable. Cette doctrine considère le droit international comme « un droit bourgeois »¹²², qui fragilise la notion d’Etat de droit. C’est une des raisons qui explique le rejet et permet de comprendre aujourd’hui la méfiance à l’égard de la transposition in extenso des principes dominants de fiscalité internationale.

214. Ainsi la Constitution chinoise ne consacre aucun article au droit international. Cependant, le développement des rapports économiques extérieurs tend à modifier le cadre légal chinois. Ainsi de manière pratique, « *Le développement du droit international privé en Chine confirme la théorie générale concernant l’évolution de conflits de lois, à savoir un certain développement dans les relations et les échanges internationaux* »¹²³.

215. Juridiquement, l’article 142 du chapitre VIII des « principes généraux du droit civil de la République Populaire de Chine » confère une supériorité des traités internationaux « *dans l’hypothèse où un traité international auquel la République*

¹²¹ Article 11 de la Constitution indonésienne stipule « *alinéa 1 Le Président, avec l’accord de la Chambre des représentants du peuple, déclare la guerre, signe la paix et conclut les traités avec les autres Etats. Alinéa 2 : Le Président doit obtenir l’accord de la Chambre des représentants du peuple pour conclure les autres accords internationaux qui ont des conséquences importantes et sérieuses sur la vie de la population, qui entraînent une charge financière pour l’Etat ou qui exigent la modification ou la promulgation d’une loi ; alinéa 3 : Les autres dispositions relatives aux accords internationaux sont fixées par la loi* ». Article 32A de la loi N°.7/1983, amendée par la loi N°.36/2008 stipule que le gouvernement indonésien a le pouvoir de conclure des accords avec d’autres pays, qui ont pour objet d’éliminer tout double imposition et prévenir toute évasion fiscale.

¹²² De manière général Mao initie en 1957, un vaste mouvement d’éradication du droit, que la Révolution Culturelle amplifia. C’est à cette époque que le droit et plus particulièrement le droit international, est considéré comme un « droit bourgeois ».

¹²³ P. André, *La notion d’Etat dans la pensée politique chinoise et ses conséquences sur la scène internationale*, Université Paris-Est Thèse soutenue en 2009.

Populaire de Chine a adhéré en tant que pays signataire ou pays participant comporte des dispositions différentes du droit civil de la République Populaire de Chine, les dispositions dudit traité seront applicables, sauf celles sur lesquelles la République Populaire de Chine aurait fait des réserves »¹²⁴. Ces dispositions démontrent la relativité de la supériorité des principes de fiscalité internationale même lorsqu'une convention fiscale bilatérale a été conclue et ratifiée. Elles freinent d'autant plus la portée pratique de ces principes quand un pays adopte des règlements d'application pour toutes réclamations effectuées sur la base d'une convention fiscale internationale : c'est le cas de l'Indonésie depuis 1993 afin de limiter l'utilisation « abusive » des conventions fiscales, mais dont les procédures s'avèrent être onéreuses.

216. Cet attachement est plus compliqué pour l'Inde. Le poids de l'histoire est une nouvelle fois présent, comme en atteste l'article 372 de la Constitution indienne. Celui-ci insiste sur la continuité des décisions et principes britanniques, même après l'accession à l'indépendance et son entrée en vigueur¹²⁵. Ainsi à l'instar des pays de common law, le système juridique indien oblige la transformation dans son droit national de tout acte de droit international. Le droit constitutionnel ne lui donne pas de fondement légal. Il est dépendant d'un processus législatif qui lui permet d'acquérir le même rang qu'une loi interne. Cela signifie que même si l'Inde multiplie la signature de conventions fiscales bilatérales, les dispositions, à savoir les clauses conventionnelles et les interprétations qu'elles charrient doivent être transformées en loi pour qu'elles puissent avoir un plein effet. Surtout, ce système n'exige pas que la transformation reflète l'exactitude des termes. Le législateur peut donc transformer en droit les principes d'une convention fiscale internationale sans pour autant en donner la même interprétation que le modèle. Concrètement en l'absence de cette

¹²⁴ P. André, *La notion d'Etat dans la pensée politique chinoise et ses conséquences sur la scène internationale*, Université Paris-Est Thèse soutenue en 2009.

« Le droit chinois reconnaît trois types de propriété : la propriété d'Etat (guojia suoyou), la propriété collective (jiti suoyou) et la propriété privée (geren suoyou). Avec le désengagement de l'Etat dans la sphère économique et le développement de l'économie de marché, les différents régimes de propriété ont dû être définis de manière plus précise. Le droit des obligations est l'autre branche du droit civil qui a été profondément modifiée par les réformes économiques et l'ouverture du pays. Les « Principes généraux du droit civil » s'attachent principalement aux obligations contractuelles. (...) Ce sont ces principes qui tracent le cadre général de l'application des lois pour les relations civiles avec l'étranger ».

¹²⁵ Article 372 de la Constitution indienne stipule « Nonobstant l'abrogation par la présente Constitution des textes mentionnés à l'article 395, mais sous réserve des autres dispositions de la présente Constitution, toute la loi vigueur sur le territoire indien immédiatement avant le début de la présente Constitution reste en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée, abrogée par une législature compétente ou une autre autorité compétente »

transformation, ou bien dans le cas d'une transformation incomplète ou tronquée il est difficile pour un contribuable non-résident d'invoquer une mesure de fiscalité internationale qui n'a pas de fondement en droit interne. Il revient alors aux juges de tenter d'atténuer cette problématique en utilisant les accords internationaux dans l'interprétation du droit indien.

217. Cette difficulté à reconnaître la supériorité de toute norme internationale, et à lui consentir une place pleine et entière au sein de son système juridique interne ne leur permet pas d'apporter une lecture précise de l'application des principes fiscaux internationaux. Surtout elle n'est pas en cohérence avec la vision occidentale et ne garantit pas une sécurité juridique aux acteurs de la vie économique internationale. Leur application reste donc aléatoire. Cette ambiguïté permet aux pays émergents d'en maîtriser le caractère subsidiaire.

§ II Les mécanismes de réception en droit interne sous contrôle.

218. Juridiquement, le principe de subsidiarité signifie qu'une disposition extérieure émanant d'un organe compétent qui fait autorité au sein d'une même communauté pallie les insuffisances ou renforce les mesures de droit interne d'un pays afin de satisfaire un objectif commun. Ce mécanisme n'a pas vocation première à créer purement et simplement du droit. Il a pour fonction de le renforcer et de le compléter. Il part d'un prérequis à savoir l'existence des règles de droit interne. Il permet d'« harmoniser les spécificités nationales et les standards internationaux »¹²⁶.

219. En fiscalité internationale, le travail a été engagé par la Société des Nations, premier promoteur de la subsidiarité à travers notamment les modèles de conventions fiscales, qui ont permis de diffuser ces principes. Ce rôle a été maintenu par les comités fiscaux successifs et s'est consolidé à mesure que la vie économique et les échanges commerciaux et industriels se complexifiaient. D'une certaine manière les principes dominants de fiscalité internationale apparaissent aussi bien dans leur élaboration que

¹²⁶ D. Johel, *Le principe de subsidiarité en droit international des droits de l'Homme*, Thèse soutenue en septembre 2020, Université Paris 2.

dans leur mise en œuvre, comme une des premières manifestations de ce principe en droit international.

220. Cette construction juridique est naturelle pour les pays développés, car leur droit fiscal interne est préexistant à la définition des principes de fiscalité internationale, à laquelle ils ont participé. En revanche elle résonne différemment pour les pays émergents. Leur système fiscal interne est récent, et peut sembler incomplet au regard des canons occidentaux de la fiscalité internationale. Ainsi pour eux « *le principe de subsidiarité souffre d'une imprécision qui le fait vaciller entre complémentarité et concurrence dans son sens, entre activisme et autolimitation dans son application. Dès lors que la préséance des autorités nationales est actée, l'instance internationale apparaît comme un accident de parcours (...). Ce qui ne diminue guère sa fonction d'appoint, qui devient de plus en plus militante, au risque de s'écarter du caractère second de son apport subsidiaire* »¹²⁷.

221. L'importance du choix du mode de réception – Ce caractère « militant » se traduit par la précision des dispositifs qui laissent peu de marge de manœuvre aux pays émergents. Celle-ci se concilie parfois difficilement avec leurs règles fiscales internes, et les dispositions fiscales internationales ont tendance à vouloir s'y substituer. C'est alors que la transposition législative de ces principes prend tout sens, et toute son importance. Elle revêt différentes formes, mais poursuit un même objectif, celui de légitimer une norme étrangère. Ainsi plus ces mesures fiscales internationales interviennent dans un domaine sensible, ou plus elles sont précises, plus les modifications dans l'ordre juridique interne des pays émergents seront effectuées à minima. C'est la raison pour laquelle ils adaptent leur mode de réception eu égard à la proportionnalité de la précision de la mesure.

222. Même si les principes dominants de la fiscalité internationale n'ont pas pour objet en l'état « *de substituer aux dispositifs fiscaux nationaux un quelconque système fiscal supranational* »¹²⁸, force est de constater qu'ils s'imposent dans les faits aux pays

¹²⁷ D. Johel, *Le principe de subsidiarité en droit international des droits de l'Homme*, Thèse soutenue en septembre 2020, Université Paris 2.

¹²⁸ B. Castagnède, *Précis de fiscalité internationale*, Presse Universitaire de France, édition 2002.

émergents. C'est en filigrane le sentiment qui peut prédominer à la lecture de la convention multilatérale. Celle-ci n'a certes pas vocation à modifier le cadre bilatéral. Pour autant, elle oblige les pays signataires à revoir certaines de leurs interprétations. L'objectif avoué et assumé de la convention multilatérale, est de faire adopter dans le droit interne des pays et plus particulièrement de ceux qui ne sont pas membres de l'OCDE, les règles et pratiques qu'elle a définies.

223. Dans le cas des pays émergents, l'effet des traités fiscaux internationaux se traduit non par une reconnaissance de supériorité mais le respect de l'application des traités conclus. Ainsi, il n'est pas assuré que les principes compris dans une convention fiscale internationale s'appliquent in extenso. Pour avoir confirmation du plein effet juridique d'un principe, il est nécessaire de s'aventurer dans le droit interne. Alors si le méthode de réception ne garantit pas de l'application des principes, il convient de s'interroger sur la nature de la disposition. En somme, il s'agit de savoir si la technique d'accueil dans le droit interne concerne une norme ou une pratique. Dans le premier cas de figure il apparaît qu'un certain nombre de pays émergents privilégient une approche dualiste (A), alors qu'ils auraient tendance à privilégier une vision moniste des pratiques (B).

A/ L'approche dualiste des normes

224. La précision des dispositions fiscales internationales conduit les pays émergents à adopter un mode de transposition dualiste. Cette méthode leur permet de conserver la maîtrise des concepts et d'en limiter les conséquences sur leur système fiscal interne.

225. Le cas de l'établissement stable est significatif en l'espèce. Le modèle de convention fiscale de l'OCDE ainsi que celui de l'ONU le définissent comme étant la poursuite par une entreprise étrangère de son activité sur le territoire d'un autre Etat sous une forme différente qu'une société. Pour étayer ce principe, les multiples modèles dont le premier élaboré en 1927, fournissent un certain nombre d'exemples qui sont devenus au fil des années des règles qui s'imposent.

226. La définition de l'établissement stable ne laisse pas tellement de place à l'interprétation des Etats. En effet la liste d'exemples détaillée par l'article 9 du modèle de convention fiscal OCDE limite le pouvoir d'appréciation des pays. Bien que les pays

émergents transposent dans leur droit interne cette règle, ils ne l'adoptent pas in extenso. Le mécanisme de transposition dans leur droit interne utilisés certains pays émergents modifient parfois à la marge, parfois de manière plus sensible cette notion d'établissement stable à l'instar de l'Indonésie¹²⁹ ou de la Russie. A l'article 247 de son code fiscal cette dernière emprunte la notion d'établissement stable à celle qui est donnée par l'OCDE, mais tout en ajoutant au texte un certain nombre d'éléments, qui peuvent être considérés comme étant des établissements stables.

227. C'est bien le paradoxe. Malgré la voie moniste choisie par les pays émergents, qui veut que la règle internationale s'applique sans que le législateur n'ait à intervenir ou à la modifier, ils redéfinissent par ricochet le principe en l'illustrant de nouveaux exemples. De ce fait ils donnent une interprétation différente de la notion et interprètent même les exemples utilisés.

228. D'autres exemples illustrent ce paradoxe et la particularité du mode de réception dans leur droit interne. Les pays émergents tirent en effet un produit fiscal issu des rémunérations de redevances versées aux sociétés mères par leurs filiales implantées sur leur territoire. C'est en toute hypothèse le droit que leur octroie le modèle de convention fiscale OCDE dans le cadre de l'interprétation qui est donné. Toutefois la complexité contemporaine de la distinction entre prestations de services et redevances, ainsi que les stratégies opérées par les entreprises multinationales ne leur permettent pas de considérer un revenu pérenne en matière de redevances. Ainsi depuis l'ouverture du modèle OCDE aux commentaires des pays non-membres, les pays émergents ont régulièrement émis des réserves à la notion de redevance afin de pouvoir tracer et traquer toutes sortes de services qui pourraient être assimilés à un transfert de savoir-faire. De ce fait ils ont clairement affirmé leurs divergences, en dérogeant à l'interprétation classique soit par le biais de protocoles additionnels aux conventions, soit la plupart du temps dans le cadre de leurs propres législations. Leurs dispositions législatives donnent une perspective plus large à la notion de redevances. L'ensemble des pays qu'ils soient « émergés » ou en émergence, ou bien même membre de l'OCDE, comme le Mexique assume cette démarche et revendique même quelquefois une

¹²⁹ En Indonésie, Regulation PER-43/PJ/2011 of 28 December 2011

position différente de celle retenue dans le modèle conventionnel. Ce mouvement de réinterprétation ne se limite pas à la frontière entre une prestation de services à caractère technique et redevance.

229. L'accélération des échanges amplifie cette mutation de la nature des flux de refacturations de la part des sociétés mères vers leurs filiales implantées dans les pays émergents. Désormais les rémunérations ont tendance à être assimilés à des prestations de services qu'elles correspondent à l'utilisation de droits détenus par les sociétés mères, résidentes des pays développés, ou à des services de support rendus par ces dernières à leurs filiales établies dans les pays émergents. Dans ce contexte les redevances sont de moins en moins importantes, et les services s'y substituent.

230. D'autres concepts sont concernés par ce mouvement de requalification. La notion de bénéficiaire effectif, à titre d'exemple, a fait les frais de divers aménagements. C'est le cas de l'Indonésie qui par l'article 26 d'une loi de 2008 a introduit cette notion dans son corpus juridique interne, afin d'en préciser le sens qu'elle lui accorde. En 2017¹³⁰, une loi est venue modifier celle de 2008, afin d'asseoir davantage encore sa propre conception de la notion de bénéficiaire effectif. Cette volonté de réappropriation de cette notion mal ou pas définie selon les opinions a conduit la Malaisie à modifier les sections 140 et 141 de son code fiscal pour mieux définir les concepts de résident et de non-résident afin de mieux cibler les cas de bénéficiaire effectif fictif¹³¹. Mais de manière générale aucun pays émergents ne définit clairement la notion au point que certains Etats comme le Brésil estiment qu'il s'agit d'une conception virtuelle de peur peut-être qu'une partie tierce lui impose de nouvelles taxes ou éléments d'imposition.

231. Juridiquement cependant, cette approche n'est pas satisfaisante. Elle sème le doute, l'ambivalence voire même l'imprécision. Quelle valeur, quelle portée accorder alors aux conventions fiscales internationales conclues, si ce qu'elles contiennent s'appliquent de manière aléatoire ? L'invocabilité des principes conventionnels par les

¹³⁰ DGT Regulations PER-10/PJ/2017 (PER-10) of 19 June 2017, which was effective from 1 August 2017 and replaced PER-61/PJ/2009 (amended by PER-24/PJ/2010), and PER-62/PJ/2009 (amended by PER-25/PJ/2010),

¹³¹ C'est à la suite d'un arrêt de 1998 qu'ont eu lieu ces changements : High Court case Director General of Inland Revenue v. Teo tuhn Kwee, Cahiers de droit fiscal international, Congrès de Kyoto, Rapport Malaisie, 2007

contribuables, dont la supériorité juridique sur toutes autres dispositions est reconnue à travers les dispositions constitutionnelles, n'est donc pas garantie. Cette situation est d'autant plus ambiguë lorsque la valeur des traités n'est pas reconnue par la Constitution et que de surcroît les principes n'ont pas été intégrés dans la législation interne. Mais la méthode dualiste de transposition des actes de droit international utilisé par les pays émergents, même s'il contrevient à l'esprit de leurs règles constitutionnelles, a l'avantage cependant d'apporter une grille de lecture pour le contribuable qui aura tendance à aller s'intéresser au droit interne avant de prendre toute décision. Celui-ci lui permettra de mieux appréhender ces notions et de savoir quels outils juridiques utilisés pour pouvoir s'implanter dans ces pays.

B/ Une lecture moniste des pratiques

232. Les pratiques de fiscalité internationale laissent par définition, aux pays émergents, une marge d'appréciation, ou de mise en œuvre plus importante que celle des normes. Leur objet n'est pas de figer des règles précises et immuables. Il consiste à fixer des objectifs. L'avantage est la possibilité d'adapter les pratiques pour pouvoir atteindre le but assigné. Les règles au contraire nécessite un processus législatif lourd pour qu'elles puissent être modifiées et satisfaire l'interprétation que ces Etats peuvent avoir¹³².

233. Cette approche n'est pas sans conséquence sur la lecture constitutionnelle qu'ont les pays émergents des pratiques de fiscalité internationale dans leur droit interne. A titre d'exemple, les prix de transfert et les règles anti-abus sont des domaines qui font consensus au sein de la communauté fiscale internationale. Les pays émergents s'accordent à penser que les relations commerciales et financières entre entreprises liées et filiales doivent être justes et refléter une certaine réalité des pratiques économiques.

234. Cette dimension oblige les entreprises multinationales, à adopter le prix le plus juste et à ne pas mettre en place des pratiques dont le seul but est d'échapper à l'impôt.

¹³² L. Kaplow, *Rules versus Standards: an economic analysis*, Program in law and economics, Harvard Law School, Cambridge MA 02138 ; Eric A. Posner, « Standards, Rules, and Social Norms » University of Chicago law School, 1997.

Pour atteindre cet objectif, qui peut évoluer au gré de l'ouverture économique des pays, l'OCDE a élaboré en 1995, un certain nombre de méthodes, dits de prix de transfert.

235. Toutefois, comme le souligne ce rapport de 1995 « *la fixation des prix de transfert n'est pas une science exacte et nécessite une appréciation personnelle de la part de l'administration fiscale comme du contribuable* »¹³³. A ce titre, l'OCDE a présenté un panel de cinq méthodes¹³⁴. Juridiquement, le législateur de la plupart des pays émergents a considéré que ces dispositions, qui relèvent davantage de pratiques, pouvaient être d'effet direct. Surtout, elles ne contredisent pas leurs propres règles et leur permet de disposer d'outils juridiques opposables.

236. L'approche moniste se satisfera donc d'une autorisation de ratification pour les intégrer dans son propre droit interne. Cela permit au Nigeria, à l'Indonésie ou encore à la Malaisie, de reprendre dans leur propre législation, le principe de pleine concurrence et les méthodes définies par l'OCDE¹³⁵. Même les pays émergents de conception dualiste, voire opposés à toute influence étrangère dans leurs propres systèmes juridiques, ont intégré ces pratiques dans leurs sources juridiques internes¹³⁶.

¹³³ L'OCDE avait publié en 1979 un premier rapport concernant « Les prix de transfert et entreprises multinationales », qui fut complété par une étude en 1984. Le rapport de 1995 intitulé « Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales » (Paris, OCDE, 1995, approuvé par le Comité des affaires fiscales du 27 juin 1995 et par le Conseil de l'OCDE le 13 juillet 1995), constitue la référence en la matière.

¹³⁴ Le rapport OCDE de 1995, part du postulat que les entités locales d'un groupe international, doivent être imposées « en partant de l'idée qu'ils opèrent en pleine concurrence dans leurs transactions internes au groupe ». Cinq méthodes sont proposées comme suit :

- Méthode du prix comparable sur le marché libre (comparable uncontrolled price ou CUP) : dans ce cas de figure, l'entreprise doit déterminer quel serait le prix pratiqué pour des transactions comparables entre entreprises indépendantes ;
- Méthode du prix de revente (resale less, ou resale minus) : elle consiste à partir du prix de vente final, et remonter la chaîne de fabrication ou de commercialisation, pour savoir à quel prix le premier maillon de la chaîne à savoir le vendeur initial aurait dû vendre lui-même, pour dégager une marge. Cette méthode est souvent conseillée dans les activités d'achat/revente et de distribution ;
- Méthode du prix de revient majoré (cost plus) : il s'agit ici de déterminer le prix de revient d'un bien ou d'un service auquel on ajoute un niveau de marge qui lui-même doit être apprécié selon les pratiques du marché pour un même bien ou service ;
- Méthode du partage des bénéfices (profit split) : il s'agit pour certaines transactions transfrontalières de déterminer le bénéfice global réalisé par les entités du groupe prenant part à cette transaction, et à partager ensuite entre elles, le bénéfice constaté, en appliquant une clé de répartition déterminée selon une analyse fonctionnelle.
- Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM) : elle consiste à identifier le niveau de marge approprié, eu égard aux coûts supportés par l'entreprise, au prix de vente, et aux actifs détenus par l'entreprise. Comme le souligne Bruno Gouthière, à la différence des précédentes, elle ne permet pas de calculer un prix mais une marge.

¹³⁵ Décret indonésien PER-43, 2011 ; The Malaysian Transfer Pricing Rules 2012 paragraph 5 et The Malaysian Transfer Pricing Guidelines 2012 paragraph 11

¹³⁶ Loi de Finances indienne de 2012, article 10AB de son code fiscal a transposé le principe de pleine concurrence et l'esprit dans la mise en œuvre des méthodes. Une circulaire chinoise 2005 Guo Shui Han N°239 en a fait de même.

237. La transposition des règles anti-abus est bien plus ancienne, et prend racine dans le premier rapport publié par l'OCDE dans ce domaine en 1998¹³⁷. L'Afrique du Sud fut le premier pays émergent à appliquer les dispositions préconisées par ce rapport, en les codifiant à la section 80A-M de son code fiscal. La Chine suivit également ce mouvement, mais en adaptant ce principe. Bien que l'article 120 du code fiscal chinois diffère en effet des mesures spécifiques du rapport, il n'en demeure pas moins qu'il en retranscrit le principe, tout comme le Brésil en 2001 (article 116 code fédéral).

238. Sécurité juridique – L'adaptation de leur système juridique aux dispositions fiscales internationales constitue un enjeu majeur pour les pays émergents. Même si pour certains, les dispositions constitutionnelles leur laissent toute la latitude pour les intégrer ou les amender, la réalité de la vie des affaires, la nécessité de garantir une sécurité juridique aussi bien pour les contribuables résidents sur leur territoire, mais également pour eux, les contraignent à appliquer ces principes de fiscalité internationale.

239. Ce cadre juridique constitue, pour les entreprises, un guide permettant de déterminer de la manière la plus juste possible le prix à facturer entre entreprises appartenant à un groupe multinational. Il apporte par ailleurs aux administrations fiscales, une certaine souplesse d'appréciation et d'interprétation. Leurs méthodes diffèrent selon une frontière bien délimitée, la distinction entre normes et pratiques. Mais même si les méthodes sont différentes, la volonté de maîtriser le processus de réception de ces principes et d'en faire des sources de droit interne leur est commune. A ce titre, ils adoptent un processus de « nationalisation » ou de transformation des principes dominants de fiscalité internationale en norme interne.

240. Quelle que soit la technique utilisée, ou encore la lecture adoptée, dualiste ou moniste, leur réception s'inspire d'une approche anglo-saxonne, qui laisse la place aux autorités législatives, judiciaires ou administratives d'interpréter la règle. Bien que ces principes de fiscalité internationale deviennent des sources du droit, cette liberté d'interprétation, et l'absence de cadre constitutionnel clair, limitent leur intégration in extenso.

¹³⁷ Rapport OCDE, Paris, 1998, *La concurrence fiscale dommageable, un problème mondial*

241. Juridiquement, l'application des principes de fiscalité internationale ne se résume pas à l'adoption d'une méthode plus qu'une autre, mais davantage à une attitude juridique. Celle-ci peut varier selon que ces principes s'apparentent à des pratiques ou à des normes. En tout état de cause, cette démarche ne permet pas de garantir une harmonisation fiscale internationale.

Section II Les incertitudes de l'intégration

242. Les méthodes de réception des principes dominants de fiscalité internationale par les pays émergents, ne sont pas clairement établies. Leur intégration totale ou partielle au sein des systèmes juridiques internes semble dépendre du degré d'incidence qu'ils peuvent avoir sur leur compétence fiscale. Toutefois à l'instar de tout système juridique, les mécanismes de validité de la fiscalité internationale reposent « *sur la combinaison adéquate des différentes productions de trois sources du droit : loi, jurisprudence, coutume* »¹³⁸. La validité de la fiscalité internationale est confrontée à la lenteur du processus législatif et constitutionnel. La transposition dans le droit interne des pays émergents se déroule de manière générale dans le silence de ces dispositions ou en tous les cas dans un cadre juridique peu clair et peu précis.

243. Ces imprécisions laissent une place importante à l'interprétation du juge. Il devient de ce fait une clé de voûte de l'application des principes de fiscalité internationale et de leur validité. Son rôle devient alors incontournable, car il se substitue aux autorités politiques et administratives, pour garantir l'invocabilité de principes auxquels leurs Etats ont consentis (Paragraphe I). L'action du juge peut s'avérer d'autant plus importante que les autorités politiques s'engagent, la plupart du temps, dans un processus législatif et constitutionnel de nationalisation et de réappropriation des principes fiscaux internationaux. Ces phénomènes accentuent le

¹³⁸ P. Lascoumes, E. Serverin, *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, In : *Droit et société*, n°2, 1986, pp. 101-124 ; doi : <https://doi.org/10.3406/dreso.1986.902> ; https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1986_num2_1_902

décalage temporel notamment celui entre l'adoption par l'OCDE des mesures et leur transposition dans le droit interne des pays émergents (Paragraphe II).

§ I L'intégration complétée par le juge

244. En France, la décision de principe du Conseil d'Etat Schneider, a posé la méthode d'interprétation que le juge devait suivre lorsqu'il doit apprécier la portée des dispositions d'une convention fiscale invoquée par le contribuable. Ainsi, le juge de l'impôt doit d'abord se placer sur le terrain du droit interne pour connaître de la validité de l'imposition effectuée. Dans une seconde étape, il doit rechercher si les dispositions conventionnelles invoquées font obstacle à cette imposition. Cette méthode n'est pas uniquement destinée aux juges. Elle guide également les contribuables dans leurs choix et leurs stratégies. A certains égards les juges des pays émergents l'ont adoptée dans la mesure où elle se réfère en premier lieu au droit interne du pays pour ensuite rechercher le cas échéant les dispositions conventionnelles.

245. Se faisant, en l'absence de supériorité des traités, si ce n'est pour certains pays c'est au juge qu'il revient de garantir l'invocabilité par les contribuables des principes fiscaux internationaux, et de préserver aux yeux des autres Etats une sécurité juridique (A). Mais pour certains leur attitude s'arrête à la première étape (B).

A/ Le juge garant de la bonne application des normes fiscales internationales

246. Un juge indépendant – Il existe peu de publicité des décisions jurisprudentielles dans les pays émergents ; c'est la raison pour laquelle, un seul pays sera pris en exemple ici, l'Inde. Il est assez remarquable parmi les pays émergents, de constater la volonté du juge indien, notamment de la Cour Suprême, de faire respecter les engagements fiscaux internationaux adoptés par ses autorités. Ce rôle du juge s'explique par son indépendance constante par rapport au pouvoir exécutif. La plus Haute Juridiction indienne a en effet forgé son pouvoir en luttant contre le pouvoir exécutif. La question était de savoir quelles étaient les limites du pouvoir constituant à réviser la Constitution. Après un débat doctrinal soutenu, autour de la portée de l'article 368 de

la Constitution et une évolution jurisprudentielle, la Cour pose les fondements de la doctrine « basic structure ». Celle-ci précise qu'un certain nombre de principes ou de valeurs forment le cœur de la Constitution¹³⁹. « *Porter atteinte à ces principes détruirait l'identité de la Constitution et reviendrait, non pas à une simple révision, mais à un changement de Constitution* »¹⁴⁰. Cette doctrine ne dresse cependant pas de listes énonçant les éléments qui devraient figurer dans cette basic structure.

247. Elle permet donc aux juges d'examiner au cas par cas si une révision constitutionnelle porte atteinte à la « basic structure ». Cette volonté du juge de marquer son autonomie par rapport au pouvoir exécutif, certes en matière constitutionnelle, permet de comprendre l'indépendance qu'il manifeste à l'égard des interprétations législatives ou administratives en matière fiscale.

248. La décision la plus frappante dans ce domaine est sans conteste la décision Vodafone. Sans entrer pleinement dans cette affaire, que nous aurons l'occasion d'examiner ultérieurement, rappelons qu'en l'espèce l'entreprise Vodafone située aux Pays-Bas, souhaitait transférer les titres d'une société indienne qu'elle détenait, à une autre de ses filiales, établie dans un autre pays.

249. L'administration fiscale indienne a considéré que l'entreprise était redevable de l'impôt en Inde conformément aux dispositions de l'article 9 du code fiscal indien. Le juge suprême a donné raison au contribuable en adoptant un raisonnement similaire à celui suggéré par le Conseil d'Etat français. Après avoir considéré que les dispositions fiscales indiennes s'appliquaient, il a considéré que celles-ci n'étaient pas conformes aux règles posées par la convention fiscale conclue entre l'Inde et les Pays-Bas.

¹³⁹ La question était de savoir si l'article 368, article unique du Titre XX de la Constitution indienne, qui traite des révisions de la Constitution, permettait au pouvoir constituant de réviser les valeurs, et les garantis accordés aux citoyens comme il l'entendait. « Jusqu'en 1967, la Cour suprême indienne refuse de contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelles en se fondant sur l'idée que l'exercice du pouvoir de révision relève du pouvoir constituant et ne peut donc faire l'objet d'un contrôle par la Cour ». C'est en substance ce que soulèvent deux décisions **Shankari Prasad Singh Deo v. Union of India and State of Bihar en 1952 (SCR 89)** et **Sajjan Singh v. State of Rajasthan en 1965 (ISCR 933)**. C'est en 1967 que la Cour opère un revirement de jurisprudence dans sa décision **Golaknath v. State of Punjab (2SCR 762)**. Elle considère désormais que les révisions constitutionnelles sont soumises au contrôle de constitutionnalité et par conséquent ne peuvent modifier les droits fondamentaux.

¹⁴⁰ M. Saint-Hubert, *La Cour Suprême de l'Inde, garantie de la structure fondamentale de la Constitution*, Revue Internationale de droit comparé, vol 52 N°3, Juillet-Septembre 2000.

250. En substance, la Cour Suprême indienne est venue rappeler aux autorités fiscales leur devoir de respecter les engagements internationaux qu'elles avaient contractés. Plus récemment, elle a remis en cause l'interprétation de l'administration fiscale en matière de dépenses de marketing engagées par une filiale indienne d'un groupe étranger. Les autorités fiscales considéraient qu'elles devaient être soumises à l'imposition en Inde. La Cour Suprême est allée plus loin dans son raisonnement. Elle a considéré qu'aucune disposition fiscale interne ne permettait cette imposition. Cette démarche contraint le pouvoir législatif à être plus précis. C'est ainsi qu'elle obligea le pouvoir à modifier la loi, afin qu'il puisse disposer des fondements légaux pour taxer ce type d'opération.

251. En palliant le silence implicite des textes constitutionnels, la Cour Suprême garantit aux contribuables l'invocabilité des principes dominants de fiscalité internationale et assure l'intégration de ces derniers dans le corpus juridique interne. Pour autant, elle se garde bien de faire figurer les engagements fiscaux internationaux dans la liste « basic structure ». Cette garantie et cette transposition jurisprudentielle des règles et pratiques fiscales internationales n'est pas forcément la ligne qu'empruntent d'autres juges dans d'autres pays émergents.

B/ Un juge au service des autorités fiscales

252. A contrario, certaines cours suprêmes préservent davantage les compétences fiscales de leurs Etats au détriment parfois, du respect du droit international et conventionnel. Leurs réticences à faire droit aux dispositions internationales et aux accords fiscaux conclus s'expliquent à la fois par l'attitude des autorités mais également par des dispositions constitutionnelles qui maintiennent la supériorité du droit interne. A cela s'ajoute les règles juridiques propres à chaque système.

253. En Chine, le droit international et les principes dominants de fiscalité internationale ne sont pas reconnus en tant que tels. Surtout le fonctionnement du système juridictionnel laisse peu de place à l'application des principes fiscaux internationaux telle que l'OCDE l'a conçue ou encore tel que la majeure partie des pays et des contribuables peuvent la concevoir. Chaque tribunal ou cour est libre de mettre en œuvre les dispositions juridiques eu égard à sa propre conception.

254. L'interprétation des Cours Suprêmes – En matière d'harmonisation juridictionnelle, en revanche, la Cour Suprême chinoise dispose d'un pouvoir d'interprétation judiciaire lui permettant de coordonner les décisions juridictionnelles locales¹⁴¹. Toutefois ce pouvoir va bien au-delà de la mise en cohérence des décisions des différentes cours et tribunaux. Ce pouvoir, ou tout du moins les interprétations fournies par la Cour, ont une force obligatoire et sont de portée générale. Elles s'imposent donc à l'ensemble du système juridictionnel chinois. Mais au-delà, il confère à la Cour Suprême une sorte de rôle législatif, car l'interprétation qu'elle donne de la loi ou des dispositions fiscales internationales transposées en droit interne, sont souvent à la base de l'adoption de décrets d'application élaborés par l'administration fiscale.

255. C'est ce qui ressort d'une analyse délivrée par le Conseil Constitutionnel français dans ses nouveaux cahiers, lorsqu'il précise : « *Aux termes de l'article 23 de la loi organique sur les cours populaires, la Cour Suprême donne son interprétation sur les questions relatives à l'application concrète de la loi qui se posent au cours d'une procédure juridictionnelle. Or, dans la pratique, il ne s'agit pas de l'interprétation effectuée par elle à l'occasion du jugement d'une affaire déterminée, (...) mais des interprétations rédigées indépendamment d'une procédure juridictionnelle ou des réponses qu'elle donne aux questions relatives à l'application de la loi posées par les cours populaire inférieures. (...). Les interprétations de la Cour Suprême deviennent des règlements d'applications des lois et cette dernière se comporte parfois en véritable législateur* »¹⁴².

256. Ainsi les « *guo shui* » régulièrement publiées en matière fiscale sont des textes juridictionnels de portée administrative, qui s'imposent aussi bien aux autorités fiscales locales, qu'aux juridictions. Cette confusion entre le pouvoir législatif, réglementaire

¹⁴¹ J. Banggui, *La Cour Suprême de Chine*, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel N°51 – Avril 2016. Ce pouvoir d'interprétation judiciaire de la loi est dénommé sifa jieshi. « *Il existe en droit chinois deux types d'interprétation de la loi : l'interprétation législative (falü jishi) et l'interprétation judiciaire. Si le pouvoir d'interprétation judiciaire dont dispose la Cour Suprême est d'origine législative, l'interprétation législative est exercée par l'autorité législative, plus précisément par le Comité permanent de l'APN, elle a un fondement constitutionnel à travers l'article 67* ».

¹⁴² J. Banggui, *La Cour Suprême de Chine*, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel N°51 – Avril 2016.

et juridictionnel, constitue un frein à la transposition en droit interne des principes dominants de la fiscalité internationale.

257. Au Brésil même si les conventions fiscales en tant que traités internationaux sont une source d'un point de vue constitutionnel, les juridictions brésiliennes opèrent de la même façon. Cette indépendance est d'autant plus importante, que la jurisprudence ne constitue pas elle une source du droit. Surtout, les cours et tribunaux d'une province ou d'un Etat brésilien n'ont pas à se référer à une décision de justice d'une autre cour. C'est ainsi que des tribunaux, voire des cours suprêmes d'Etat, ont eu à se prononcer de manière contradictoire sur la mise en œuvre d'un même type d'impôt¹⁴³, ou l'interprétation d'une même disposition fiscale internationale. Seule la Cour Suprême brésilienne dispose du pouvoir d'harmoniser les positions juridictionnelles.

258. Toutefois, le temps judiciaire relativement long ne permet pas, d'une part une décision rapide, et, d'autre part, ne garantit pas que la Cour Suprême fasse toute sa place aux dispositions fiscales internationales. Les prix de transfert à ce titre constituent un domaine qui laisse apparaître des applications divergentes. Celles-ci sont parfois contradictoires avec le principe de pleine concurrence, alors même que le Brésil a transposé ce principe dans sa propre législation fiscale. L'adoption de méthodes différentes de celles préconisées par l'OCDE explique en partie ces divergences. Mais il s'agit surtout d'une application littérale des textes juridiques internes qui ne confèrent aucune place aux principes fiscaux internationaux.

259. Ces exemples démontrent que même si deux pays adoptent des approches de transposition des principes de fiscalité internationale a priori diamétralement opposées, l'un dualiste voire ignorant ces dispositions, l'autre moniste ils laissent une grande latitude d'interprétation au pouvoir judiciaire. Dans les deux cas de figure cela conduit à des incertitudes d'application uniforme entre les pays et même au sein d'un pays de type fédéral. Le juge n'est cependant pas le seul responsable aux limites posées à l'intégration des règles et pratiques en droit interne. L'intégration tardive en est aussi une des raisons.

¹⁴³ Le litige concernant la déductibilité et la récupération de l'ICMS a fait de prises de position contradictoires entre les tribunaux de l'Etat de Sao Paulo et celui de Rio.

§ II L'intégration tardive

260. La pression de la réalité commerciale et économique commande souvent une réponse juridique et fiscale rapide et adaptée. Cette exigence peut paraître aux antipodes de la culture du droit. Elle l'est d'autant plus pour les pays émergents que le socle de constitutionnalité ne garantit pas une supériorité automatique des actes de droit international. Par ailleurs, les transpositions en droit internes restent aléatoires. Ainsi lorsque le processus législatif et le poids institutionnel temporisent la validité et l'effectivité de la fiscalité internationale, cela peut se traduire par une atrophie des principes de fiscalité internationale dans le droit interne des pays émergents. Deux constats accentuent cette situation, l'intégration tardive des conventions fiscales internationales (A) et le poids du fédéralisme de la plupart des pays émergents (B).

A/ Les délais d'intégration

Deux raisons expliquent l'intégration tardive et partielle des principes fiscaux internationaux par les pays émergents.

261. Délai de conclusion des conventions fiscales internationales – En premier lieu, le délai d'adoption de ces principes est une raison majeure. La plupart des pays émergents, notamment les anciennes colonies, ont mis près de trente ans, entre l'élaboration du premier modèle de convention fiscale, la définition des principes à la fin des années 1960 et la conclusion des premières conventions fiscales qui remontent au milieu du XX^{ème} siècle et surtout au début du XXI^{ème} siècle.

262. Ce délai fragilise l'intégration de ces principes. Il met à mal la fiabilité des règles et pratiques fiscales internationales dans la mesure où il met en exergue le décalage entre l'esprit de ces principes et l'évolution contemporaine de la réalité économique, industrielle, et commerciale. Celle-ci commande une répartition plus juste du revenu fiscal entre les pays, alors que la transposition concrète des principes de fiscalité internationale donne le sentiment aux pays émergents de privilégier les pays développés. Leur volonté par ailleurs d'exercer un rôle sur la scène fiscale internationale et de glaner une partie de la base imposable exacerbe cette lenteur.

263. Cette disparité est d'autant plus criante pour eux, que les normes et pratiques fiscales ont été élaborées à une époque où les ressorts de la vie des affaires étaient différents de ceux qu'ils connaissent aujourd'hui. D'autre part la prise de conscience par le comité des affaires fiscales de l'OCDE, de la nécessité d'adapter constamment le modèle de convention et la volonté de définir les principes et d'anticiper les évolutions fiscales¹⁴⁴, est un facteur important.

264. Sur la base de constat, en sus de l'article 3 (2) du modèle conventionnel qui lie l'interprétation des dispositions de la convention au contexte, l'OCDE a décidé de mettre en place un processus de révision permanent et ouvert, afin d'éviter de remettre systématiquement sur le chantier le modèle de convention fiscale. Cet effort louable et l'ouverture du modèle aux commentaires des pays non-membres ne facilitèrent pas l'intégration des principes dans le droit interne des pays émergents. Il met en lumière les difficultés à trouver un consensus autour de principes fiscaux mouvants. Il a pu aussi être perçu par les pays émergents comme la démonstration d'une incertitude, tout en semant le doute quant à la pertinence à adopter des règles et pratiques fiscales, qui peuvent potentiellement amputer leur compétence fiscale.

265. Délai de réception en droit interne – L'approche juridique dualiste adoptée par les pays émergents ne permet pas non plus une accélération du processus de réception. Le processus juridique, qu'il soit législatif ou juridictionnel, ralentit inéluctablement la reconnaissance et l'application en droit interne de ces principes. La conclusion des conventions fiscales accompagnée, de manière explicite ou implicite, de réserves, l'élaboration de lois ou décrets d'exécution, leur application par les autorités administratives et par les juridictions, retardent la réception de ces principes. Le plus souvent, ce processus juridique lourd s'accompagne d'une intégration partielle des principes fiscaux internationaux. Certaines lois ou décrets d'exécution ne reprennent qu'une partie des principes. Mieux encore, les lois d'adaptation redéfinissent les normes sans forcément respecter le texte ou l'esprit, et contredisent même les conventions fiscales que les Etats ont pu conclure.

¹⁴⁴ A titre d'exemple, l'OCDE a publié en 1998 un rapport relatif aux pratiques fiscales dommageables. Il a fallu plus de quinze années pour que le caractère néfaste de ces pratiques soit reconnu et les préconisations de l'OCDE adoptées.

266. Ces moyens conduisent donc à limiter les effets des engagements fiscaux internationaux, lorsque ceux-ci sont intégrés en droit interne. De nombreux domaines de la fiscalité internationale illustrent avec acuité cette pratique. La notion d'établissement stable focalise l'attention des pays émergents dont les contours fluctuent au gré des intérêts des pays et des échanges commerciaux et financiers. Pratiquement tous les pays émergents ont émis des réserves à la définition proposée par l'OCDE.

267. Ces mêmes pays ont adopté des définitions en droit interne qui sont parfois, en contradiction avec les conventions fiscales qu'ils ont signées¹⁴⁵. Les méthodes de prix de transfert sont un autre exemple. Tous les pays émergents ont transposé le principe de pleine concurrence, ainsi que les méthodes préconisées. Toutefois, la transposition qui en a été faite soit ne respecte pas l'esprit des principes, ce qui peut être le cas de la Chine, de l'Indonésie lorsqu'elle hiérarchisait les méthodes, soit va à l'encontre des méthodes proprement dites, comme l'Inde, ou le Brésil.

B/ Le poids du fédéralisme¹⁴⁶

268. Le fédéralisme ne serait qu'un mode de fonctionnement et non un système juridique. Il s'apparente davantage à la structuration d'une organisation politique. Il appelle à une décentralisation des décisions juridiques plus ou moins importante, qui conditionne la compétence fiscale de chaque autorité politique au sein du même Etat. L'application des principes de fiscalité internationale par les pays émergents est dépendante de cette organisation juridique et politique. A l'intérieur de cette sphère, la dimension fiscale est un point d'équilibre de leur organisation fédérale et de la stabilité des pouvoirs. Sans entrer dans une analyse trop approfondie, des régimes juridiques et constitutionnels des pays émergents, force est de constater que tous reconnaissent dans leur Constitution l'existence de plusieurs régions, provinces, ou même d'Etats fédérés.

¹⁴⁵ Pour autant ces dispositions respectent l'esprit du texte de l'OCDE, à savoir la continuité par une entreprise étrangère de son activité sur le territoire d'un autre Etat, par le biais d'une forme autre qu'une société.

¹⁴⁶ Parmi les pays émergents étudiés, certains ont constitutionnellement adopté un système fédéral. C'est le cas du Mexique, de l'Inde, du Brésil, de la Russie. D'autres pays émergents bien qu'ils soient centralisés affichent une sorte de fédéralisme contrôlé en matière fiscale.

269. Fédéralisme fiscal – La reconnaissance des autorités locales ne constitue pas pour autant un frein à l'intégration des principes fiscaux internationaux. Certains auteurs considèrent que « *tous les Etats sont fédéraux, indépendamment du fait qu'ils sont centralisés ou fédéralisés* »¹⁴⁷.

Différentes dispositions permettent aux autorités locales d'exercer une influence sur la transposition et la bonne application des principes de fiscalité internationale.

La première concerne le pouvoir législatif ou réglementaire de création de l'impôt. Ce pouvoir est attribué au pouvoir central, mais il peut être transmis au pouvoir local, qui peut alors instaurer un impôt destiné à être appliqué sur son propre territoire, mais dans le respect des dispositions prévues par la réglementation nationale.

La deuxième est relative à l'application des mesures fiscales mises en œuvre par l'autorité centrale. Sans encadrement clairement établi et défini, les autorités fiscales locales ont la faculté d'interpréter comme elles l'entendent les règles fiscales de droit interne ainsi que les engagements fiscaux internationaux contractés par l'Etat central, et qui sont invoqués devant elles voire devant leurs juridictions.

270. Il est convenu que les autorités locales ne disposent pas de prérogatives leur permettant de conclure des conventions fiscales internationales, bien que celles-ci n'aient pas pour objectif de créer de nouvelles impositions. Ces dispositions ne relèvent pas de l'ordre constitutionnel. Dans un arrêt de 1973 « *Keshavanada Bharati v. State of Kerala* », la Cour Suprême indienne a jugé que « *le véritable postulat est que toute disposition de la Constitution peut être modifiée, pour autant que la base et la structure fondamentale de la Constitution demeurent inaltérées* »¹⁴⁸.

271. Ce principe a été confirmé par la suite et accorde, en toute hypothèse, la possibilité aux Etats de pouvoir conclure des conventions fiscales internationales, tout du moins dans le respect du cadre juridique¹⁴⁹. Les compétences des Etats découlent directement

¹⁴⁷ Wallace E. Oates, *Fiscal Federalism*, New York, 1972.

¹⁴⁸ *Keshavanada Bharati v. State of Kerala*, 1973, Cour Suprême Inde (SC 1461) ; H.M Seervai « *Constitutional Law of India* », volume 2. La Cour ajoute que « Cette structure fondamentale se compose des éléments suivants 1) la primauté de la Constitution ; 2) une forme de gouvernement démocratique et républicaine ; 3) le caractère laïque de la Constitution ; 4) la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; 5) le caractère fédéral de la Constitution ». Traduit par l'auteur

¹⁴⁹ *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* (AIR 1975 SC 2299) et *Minerva Mills Ltd v. Union of India* (AIR 1980 SC 1789)

et implicitement de la Constitution. Celle-ci ne leur accorde pas explicitement le pouvoir de conclure des conventions. Les articles 256 et 257 de la Constitution permettent au pouvoir central d'édicter toutes mesures nécessaires au fonctionnement de l'Union. En cas de conflit entre deux lois issues d'autorités différentes, celle du Parlement national prévaut sur la loi de l'Etat, les Etats ne sauraient faire usage de ce pouvoir implicite au risque de déstabiliser la structure fédérale de l'Etat. A cela s'ajoute le fait que le fonctionnement constitutionnel repose beaucoup sur un système de liste qui énumère les domaines de compétences du pouvoir central et des Etats.

272. Libre interprétation des autorités locales – Néanmoins, ce système ne limite pas la faculté donnée aux autorités locales d'interpréter l'application des mesures fiscales. Cette marge de manœuvre est d'autant plus importante en matière d'application des principes de fiscalité internationale, que leurs gouvernements centraux ont une interprétation différente de celle donnée par les instances internationales, sans pour autant y apporter plus de précisions.

273. Cette possibilité implicite accordée dans le silence des textes, n'est pas sans incidences sur le processus de réceptions des normes et pratiques de fiscalité internationale. L'Inde compte un nombre de recours juridictionnels important en matière de prix de transfert, et d'analyses différentes entre cours suprêmes locales obligeant la Cour Suprême à devoir trancher.

274. Finalement le degré d'autonomie laissé aux Etats en matière d'interprétation fiscale, même lorsqu'il s'agit d'impôts indirects, conditionne l'application de ces principes, au risque de contraindre les flux transfrontaliers. Dans ce domaine, le Brésil laisse une grande latitude aux autorités locales. Cette liberté aboutit à des conflits entre juridictions d'Etats différents comme entre celles de Rio et de Sao Paulo¹⁵⁰. C'est le cas en particulier d'une part de l'application d'ICMS aux flux transfrontaliers de biens et de services, et d'autre de leur déductibilité.

¹⁵⁰ L'ICMS est un impôt indirect qui s'applique sur les biens et les services au taux de 18%. Chaque flux est soumis à cet impôt qui peut être récupéré. Ainsi lorsqu'un bien arrive dans l'Etat de Sao Paulo il est imposé à 18%. Si celui-ci est par la suite envoyé dans l'Etat de Rio, l'entreprise peut déduire cet impôt à hauteur du taux applicable, à savoir 18%. Or, l'Etat de Rio estimait que l'impôt pouvait être déduit mais qu'à hauteur de 12%, taux en vigueur appliqué dans son Etat.

275. Mais cette problématique de déductibilité n'était pas sans incidence sur les méthodes de prix de transfert que les entreprises devaient appliquer. A l'exception de la Russie¹⁵¹, il revient encore une fois au juge de coordonner l'application des principes de fiscalité internationale, à défaut de précision des textes, afin d'éviter toute compétition entre Etats¹⁵².

276. La collecte de l'impôt, un domaine sanctuarisé – Il est néanmoins un domaine plus ou moins sanctuarisé par les textes constitutionnels et qui sans le concerner directement, intéresse l'application des pratiques et règles de fiscalité internationale. La collecte de l'impôt fait, en effet, l'objet d'une répartition clairement écrite dans les textes constitutionnels. L'article 246 de la Constitution indienne renvoie aux tables 1 et 2 les domaines dans lesquels les autorités locales ont le droit de percevoir et de collecter l'impôt comme l'impôt sur les sociétés. Cette implication des autorités locales dans la collecte, leur permet de bénéficier en retour d'une certaine manne financière, lorsque leurs autorités centrales consentent à leur en rétribuer une certaine somme¹⁵³. Cet écart peut ralentir les mécanismes de réception des normes et pratiques fiscales internationales, et par ricochets réduire à certains égards l'assiette fiscale des pays émergents et de leurs pouvoirs locaux.

¹⁵¹ Les chapitres 14, 19 et 20 du code fiscal russe, instaurent une centralisation du pouvoir fiscal, et en même temps accordent un pouvoir fiscal aux régions que celui-ci tente de coordonner.

¹⁵² Le rôle de la Cour Suprême en Chine évoqué précédemment illustre parfaitement cet aspect.

¹⁵³ Il y eut un long débat en Chine à propos de la proportion des reversements des revenus fiscaux aux autorités locales. Une étude de 2008 démontrait que ces dernières, bien que responsables de 78% des dépenses totales, ne percevaient que 43% des revenus fiscaux globaux.

Conclusion Chapitre I

277. Fragilité de l'intégration de la fiscalité – Les méthodes de réception employées par les pays émergents ne donnent pas les garanties d'une transposition fiable des principes de fiscalité internationale dans leur droit interne. Celle-ci reste un préalable indispensable à la bonne application de ces principes mais pas suffisant. Même l'approche constitutionnelle dite moniste adoptée par certains pays ne certifie pas que les principes de fiscalité internationale contenus dans les conventions fiscales conclues seront pleinement appliqués. La réception de dispositions de droit international et particulièrement lorsqu'il s'agit de mesures fiscales suppose pour les pays émergents un renvoi à leurs propres règles de droit interne. Ce renvoi nécessite une similitude presque parfaite des termes ou bien une interprétation par analogie. Ainsi les méthodes de réception relèvent davantage d'attitudes que de dispositions juridiques clairement établies par leurs dispositions constitutionnelles. Tous privilégient, d'une manière ou d'une autre, la supériorité des mesures et règles de droit interne sur le droit international. Surtout elles sont révélatrices d'une volonté de maîtriser juridiquement la propagation des principes de fiscalité internationale.

278. Les techniques juridiques de réception leur assurent de ne pas perdre la face. Il s'agit certes d'une conception sociologique, mais qui reste très présente dans la culture de nombreux pays émergents. Elle imprime fortement leurs comportements en matière de fiscalité internationale, et permet de les comprendre. Seul le juge peut finalement se poser en garant du respect du droit international. Il consent à les reconnaître juridiquement même s'il ne leur accorde pas toute la portée que les instances internationales souhaiteraient leur voir accorder.

279. L'importance de l'article 3(2) du modèle OCDE – D'un point de vue conventionnel, cet article concentre les mécanismes d'application et d'interprétations des principes de fiscalité internationale. Sa formulation a quelque peu évolué. Le modèle de 2010 semblait laisser une certaine latitude aux Etats. La seule condition qui imposait le renvoi au droit interne était le contexte. Ainsi si l'Etat estime que le contexte a évolué et que la définition d'un terme ou d'une disposition ne correspond plus à cette situation, le droit interne de l'Etat qui soulève cette distorsion s'applique. La formulation du modèle de 2017 est quelque peu différente dans la mesure où elle

conditionne l'application à une procédure amiable entre les parties prévue à l'article 25 du modèle. L'article 2 (2) de la Convention Multilatérale renvoie aux conventions fiscales bilatérales conclues entre Etat lorsqu'il précise « *Pour l'application de la présente Convention à un moment donné par une Partie, tout terme ou expression qui n'y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue à ce moment la Convention fiscale couverte concernée* ». Il convient de souligner qu'aucun modèle où convention ne s'attache à définir ce qu'il faut entendre par « contexte » ou bien par « terme ou expression qui n'est pas défini ». Cette absence de définition accentue la dépendance de l'application des principes de fiscalité internationale à la bonne volonté des pays émergents, qui reprennent dans leur grande majorité le modèle de 2010 afin d'éviter la mise en œuvre la procédure d'arbitrage.

280. Recevabilité des recours juridictionnels – D'une manière ou d'une autre, les principes de fiscalité internationale font partie du corpus juridique des pays émergents. Un indice est révélateur. Dans chaque décision juridictionnelle, le juge s'est toujours attaché à ne pas rejeter les recours ou débouter les contribuables, sur le fondement de son incompétence. Même s'il n'accède pas à l'application des principes de fiscalité internationale, il cherche toujours à trouver un fondement juridique pour étayer son interprétation.

281. Leur invocabilité n'en fait pas une source du droit au sens strict du terme. Elle suggère toutefois qu'ils officient de plus en plus au sein du droit interne des pays émergents. Elle demeure à ce stade dépendant de l'interprétation que veulent bien en donner les pays émergents. Ainsi elle exige une terminologie fiscale commune et une interprétation harmonieuse. Dans une affaire ancienne *SIR v. Downing*, en 1975 (SA 518 (A) 37 SATC 249), un tribunal sud-africain a expressément reconnu l'existence d'une terminologie fiscale internationale. C'est le dessein de la convention fiscale multilatérale signée par tous les pays émergents étudiés. Mais comme tous les autres traités fiscaux internationaux la transposition et l'application des principes de fiscalité internationale sont soumis aux méthodes de réception dans le droit interne. Ces principes devront pour être pleinement appliqués et directement opposables, être sujets à l'interprétation des autorités législatives, fiscales, judiciaires, qui les adopteront au gré de leurs intérêts et de la vision qu'ils se font de la fiscalité. Parce que ces mesures

fiscales internationales sont reçues en droit interne, elles font inéluctablement l'objet d'adaptation.

Chapitre II L'adaptation des normes fiscales internationales

282. La force juridique contraignante des principes de fiscalité internationale dans le droit interne des pays émergents ne va pas de soi. Leur mode de conception, d'inspiration anglo-saxonne, donne les contours d'un droit mou, qui reste et qui se veut adaptable, en toutes circonstances. En ce sens, ils sont moins contraignants que ceux d'inspiration civiliste. Pour autant, certaines dispositions empruntent un cadre plus technique, plus détaillé, aussi bien sur le fond que sur la forme. Ils sont en définitive plus rigides, laissant moins de place à toute liberté d'interprétation. C'est ce que soulignent les Professeurs Combacau et Sur, lorsqu'ils constatent que « *De manière croissante les règles internationales deviennent des techniques de législation ordinaire au sein des Etats* »¹⁵⁴.

283. La substance – Il en est ainsi de la notion de substance. Elle traverse les pans de la matière fiscale, et devient désormais le fil conducteur, directement ou indirectement de l'application, de la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale. Elle apparaît aujourd'hui comme une norme fiscale internationale au sens où elle fait partie d'une sorte de pratique coutumière de la fiscalité internationale. Elle conditionne la compétence fiscale des Etats et devient un facteur déterminant pour les pays émergents. Elle leur permet d'exercer la plénitude de leurs prérogatives fiscales, dans la mesure où elle interfère sur d'autres normes fiscales. Mais, faute de définition précise, elle est sujette à interprétation et inéluctablement à adaptation. Cette démarche est d'autant plus marquée que la multiplication des échanges commerciaux laisse place à des formes diverses d'activité. Elles étaient auparavant symbolisées par des structures fixes au sens littéral du terme. Aujourd'hui, l'incarnation de la vie fiscale des affaires se matérialise davantage par des modes opératoires plus souples, plus flexibles, plus cellulaires. L'émergence de ces nouveaux schémas modifie par ailleurs le cadre juridique de fonctionnement du système fiscal international. Pour autant la personnalisation de l'impôt a toujours été privilégiée par rapport à la notion de groupe fiscal¹⁵⁵.

¹⁵⁴, J. Combacau et S. Sur, *Droit International Public*, Précis Domat, Droit Public, 12^{ème} édition, LGDJ, Lextenso Editions.

¹⁵⁵ L'hésitation des Etats à appréhender le principe de personnalité de l'impôt accentue cette tendance. En effet, ils « *oscillent entre deux attitudes : respecter le principe de personnalité de l'impôt et tirer toutes les conséquences fiscales de l'existence de personnes juridiques différentes ; ou reconnaître l'existence d'un groupe en tant que tel, c'est-à-dire en définitive, admettre que l'intérêt d'un groupe puisse ne pas être la somme des intérêts individuels des sociétés qui en sont membres. (...)* Dans

284. Bien que les pays émergents abordent leur compétence fiscale sous le prisme de la personnalisation de l'impôt, ils envisagent l'activité taxable sur leur territoire de manière holistique, et apprécient les structures juridiques distinctes comme un ensemble et non comme une juxtaposition. La notion primaire de la substance prend alors tout son sens et leur permet de conforter cette démarche. En ce sens ils divergent de la conception portée par les pays développés et des recommandations du projet BEPS. La substance semble être désormais au service de la lutte contre l'érosion des bases fiscales et contre toute forme d'optimisation fiscale. En restreignant l'utilisation des mesures anti-abus classiques aux comportements déviants de structures juridiques, l'application de la substance, telle qu'appréciée par les pays développés, se limite à imposer qu'une partie du revenu généré par une activité. Or l'utiliser ainsi, c'est en dévoyer le sens même. Le premier mouvement de l'optimisation est naturel. Il n'est que la conséquence de l'évolution d'un environnement donné. Le second mouvement provient de l'action des hommes, dans notre cas des entreprises multinationales et des Etats malveillants. En se focalisant sur cette seconde assertion, la communauté fiscale internationale se prive du potentiel de la notion.

285. Les pays émergents font donc fi de la limite juridique et fiscale qu'impose la structure. Leur position fait écho au rapport de Mitchell B. Carroll en 1933. Il relatait à propos des relations entre entreprises liées, que certains pays n'ayant pas à disposition de comparables similaires, considéraient l'entreprise comme « *une unité*

l'ensemble, il faut bien reconnaître que la fiscalité internationale en reste, pour l'essentiel, à la première attitude et qu'elle ne prend en compte qu'avec prudence l'intérêt d'un groupe dans son ensemble » (B. Gouthière, « Les impôts dans les affaires internationales », *Edition Francis Lefebvre, 8^{ème} édition*. Ce constat sonne aujourd'hui comme une prophétie. Mais ce refus de reconnaissance officiel du groupe fiscal apparaît comme une volonté anachronique de pays industrialisés, d'une époque où l'on pouvait considérer que la frontière fiscale se conjugait avec la frontière physique. Juridiquement comment pourrait-il en être autrement, lorsque même en droit des sociétés le groupe de sociétés ne saurait avoir d'existence légitime comme le souligne Maggy Pariente ? L'auteur distingue la notion de groupe de sociétés de l'entreprise ou de la société, les deux ne pouvant se confondre pour deux raisons : la première est que l'entreprise suppose une unité, cette unité n'est pas compatible avec la dominance d'une entreprise sur une autre ; la seconde est que l'unité économique et financière ne serait pas compatible avec le caractère international des groupes. « *L'expression reste avant toute chose une signification économique* » (M. Pariente, « Les groupes de sociétés, Aspects juridique, social, comptable, fiscal », Litec, 1993)

Il convient ici de distinguer la notion de groupe fiscal au sens où l'opération d'une entité juridique et fiscale sur un territoire donné, doit être appréhendée de manière globale, tout du moins aux bornes du groupe économique, ou consolidé auquel elle appartient, de la notion de groupe juridique et fiscal que certains pays ont adopté. Afin de conforter la position de certains de leurs fleurons industriels et commerciaux, comme il est rappelé dans les « Cahiers de droit fiscal international, « Form and substance in tax law », (56^{ème} Congrès International Fiscal Association, 2002, Oslo, Volume LXXXVIIa), la plupart des pays industrialisés ont donné une consistance fiscale à la notion de groupe fiscal, en France via l'intégration fiscale, en Grande Bretagne avec la notion de Group relief, ou encore aux Etats-Unis avec le mécanisme de Check the boxes. Les pays émergents sont quant à eux restés quelque peu discrets sur ce sujet malgré une augmentation significative de la présence de sièges sociaux sur leur territoire, comme le révèle le magazine « Fortune Global 500 » qui recense 95 sociétés établies en Chine en 2014 contre 73 en 2012.

organique »¹⁵⁶. Les pays émergents s’inspirent de cette dimension globale, pour considérer la substance comme un moyen de s’affranchir des structures apparentes (Section I), pour concevoir l’activité industrielle et commerciale des entreprises dans son ensemble (Section II).

Section I La substance comme moyen de s’affranchir des structures

286. Petit historique de la notion de substance – La place centrale qu’occupe aujourd’hui la notion de substance est le fruit d’un long processus. En 1998, l’OCDE a souligné l’augmentation des pratiques fiscales dommageables, précisant qu’elles sont le fait aussi bien de paradis fiscaux, que de pays a priori insoupçonnables. Les révélations croissantes depuis 2008 de la mise en place de montages juridiques dont l’objet unique est de contourner l’impôt, ont commencé à fissurer la primauté de la forme juridique sur toute autre notion. Celle-ci a pourtant structuré la question de la résidence, et a été placée au cœur des enjeux fiscaux du XXIème siècle. Elle a conditionné la taxation des revenus au lieu de résidence de la personne morale.

287. L’affaire Duke of Westminster en 1936, ou avant elle, celles de Cesena Sulphur et Calcutta en 1876 et de l’Egyptian Delat en 1929, précédemment évoquées, ont accordé une place majeure à la forme juridique plutôt qu’à la substance, dans le processus de reconnaissance de la compétence fiscale d’un Etat. Elles ont au demeurant façonné l’approche des pays industrialisés et toute la doctrine fiscale du XXème siècle.

288. A cette vision juridique britannique, on a souvent opposé une conception américaine privilégiant la dimension économique des opérations¹⁵⁷. Toutefois, la jurisprudence américaine a tenté de réunir ces deux approches, en développant la théorie de la substance économique. Le cœur de cette doctrine est de prendre en

¹⁵⁶ M.B. Carroll, *Taxation of Foreign and National Enterprises*, Volume 4: Methods of Allocating Taxable Income » *Archives SDN*, 1933.

¹⁵⁷ R. Jirari, *La notion de substance en fiscalité internationale, outil de lutte contre le treaty shopping*, Mémoire Master 2 Fiscalité Internationale, Université Paris Panthéon-Assas Paris2, Centre d’études sur la fiscalité des entreprises de Paris (CEFEP), 2016

considération à la fois l'objet commercial de l'opération et l'absence de but fiscal¹⁵⁸. Pour Yoran Keinan, la substance « *peut être décrite comme une méthode d'interprétation législative en vertu de laquelle un contribuable peut se voir refuser les avantages fiscaux qu'il réclame si ceux-ci découlent d'une ou de plusieurs opérations qui, bien que réalisées dans le respect des règles fiscales, n'ont pas eu pour effet de modifier substantiellement sa situation économique autrement que par une diminution de sa charge fiscale* »¹⁵⁹.

289. « Substance over form » – La problématique de la substance et de la forme est posée. Le débat doctrinal nourrit cet antagonisme entre la dimension économique et l'approche juridique. Il confirme, ce que le Congrès de l'IFA révélait en 1965 à savoir la difficulté de définir les contours de cette notion. Celui d'Oslo en 2002 semble avoir tranché, en s'attardant sur la notion légaliste de la substance, puisque c'est elle qui permet de pouvoir combattre l'érosion des bases fiscales.

290. Mais la notion légaliste de la forme tend à toujours privilégier le contenant plutôt que le contenu. C'est ici que se situe une différence entre pays émergents et pays industrialisés. Ces derniers envisagent la substance pour combattre les formes agressives d'optimisation fiscale, la forme restant toujours le critère premier de toute compétence fiscale. Les pays émergents se concentrent davantage sur la substance pour appréhender les revenus et se jouent en quelque sorte de la structure, ou tout du moins leur accorde moins d'importance que ne le font les pays développés.

291. Une approche a priori – Cette posture laisse à penser, que leurs diverses approches fiscales ne sont destinées qu'à lutter contre toute forme d'abus. Mais il s'agit, encore une fois, d'une question de prisme. Pour les pays développés, ce combat s'inscrit dans une démarche a posteriori, alors que pour les pays émergents, il doit être abordé dans une perspective a priori, permettant dans un premier temps d'allouer les

¹⁵⁸ Comme le souligne Rima Jirari, la substance over form prend sa source dans le premier volet de cette théorie de la substance économique.

¹⁵⁹ Y. Keinan, *The Economic Substance Doctrine – Past, Present and Future*, Tax Management Memorandum, 259 (2005) cité par Rima Jirari

revenus là où ils sont générés, et dans un second temps de déceler des situations abusives.

292. La démarche des pays émergents laisse à penser qu'ils reviennent aux fondamentaux des années 1920. L'ubérisation de l'économie et l'émergence d'internet dans les secteurs traditionnels de l'économie, et des activités industrielles, ne peut que les conforter dans cette démarche. Alors que les structures juridiques classiques hantent les administrations fiscales occidentales, dans la mesure où elles constituent le seul fondement légitime d'imposition¹⁶⁰, les pays émergents adaptent les normes fiscales internationales aux évolutions de la société. Cette adaptation leur permet de révéler la réalité de l'activité économique d'une entreprise sur son territoire, en distinguant d'une part le critère de la présence humaine (Paragraphe I), et d'autre part le critère de l'activité humaine (Paragraphe II).

§ I Le critère de la présence

293. La présence d'une entreprise sur le territoire d'un pays émergent peut se manifester de diverses manières. De manière classique il s'agira de la création d'une filiale dotée de la personnalité morale et clairement identifiable. De manière exceptionnelle, il s'agira d'identifier un établissement stable prenant la forme selon les canons de l'OCDE d'une installation fixe d'affaires ou selon les pays émergents de toute forme préentielle¹⁶¹.

294. A la lecture du modèle de convention fiscale OCDE, la localisation des différents revenus semble clairement établie. Chaque article semble être autonome l'un par

¹⁶⁰ L'affaire Google et le jugement du Tribunal administratif de Paris du 12 juillet 2017 en est un symbole. En l'espèce, l'administration fiscale française cherchait à taxer les revenus que l'entreprise Google pouvait générer en France mais que celle-ci ne déclarait pas. Le prisme sous lequel l'administration a fondé son redressement était la présence ou non d'un établissement stable de Google Ireland en France. Eu égard à l'article 4 de la Convention fiscale franco-irlandaise, les autorités fiscales considéraient que Google France avait le pouvoir d'engager contractuellement. Il a simplement suffi qu'un simple « clic » anéantisse toutes les chances de succès du raisonnement de l'administration. Le Tribunal dans son jugement n'a pas nié, que Google Ireland puisse avoir une activité en France, mais il n'en a pas pour autant admis au regard des règles de droit, que cette activité constituait un établissement stable.

¹⁶¹ Il convient ici de préciser que les modèles de convention établis par la SDN en 1927 et 1928 ne faisaient pas de distinction entre filiale et établissement stable. La filiale d'une société non-résidente était considérée comme un établissement stable. Les modèles de convention de Mexico et de Londres se sont dissociés de cette approche et ont établis une distinction.

rapport à l'autre, à la fois pour qualifier les revenus, et identifier l'autorité compétente qui les imposera. Chaque activité est exercée dans le cadre d'une entreprise établie sur le territoire de l'Etat concerné. Celle-ci est la plupart du temps détenue par une autre société localisée dans un autre pays, qui lui rend des services en échange du versement d'une rémunération.

295. Principe de l'imposition à l'Etat de résidence – L'imposition de cette rémunération quelle que soit la forme qu'elle prend, est essentiellement attribuée à l'Etat dit de résidence de l'entreprise qui perçoit ce revenu. C'est ce qui ressort aussi bien de l'article 7 que des articles 10 à 12 du modèle. Ce système constitue le principe cardinal de la fiscalité internationale, et la forme de la structure, autrement dit l'entreprise en est devenue le symbole. C'est à travers elle que les revenus sont traqués. Parmi les entreprises ou entités d'un groupe, la seule entité, dans ce système, fondée juridiquement à percevoir les revenus, et le seul Etat légitime à pouvoir les imposer, reste le lieu où est établi son siège de direction effective.

296. La multiplicité des lieux d'imposition – La révolution numérique a bouleversé ce système. Elle est venue non seulement modifier le mode de production, le mode de consommation mais aussi le mode d'organisation des entreprises. Le processus décisionnel de l'entreprise ne se conçoit plus uniquement à un seul endroit. Il convient aujourd'hui de distinguer la place de management et la place de management effectif. Il devient, en effet, de plus en plus fréquent de voir un comité de direction éparpillé dans différents pays, afin de mieux correspondre à la réalité géographique de son activité.

297. Incorporation et siège réel – Pourtant, la communauté fiscale a voulu figer cette notion, et la circonscrire à deux types de systèmes. Il existe, comme le rappelle le Professeur Blanluet, « *en ce qui concerne la loi applicable à une société : le système anglo-saxon dit de l'« incorporation », appelé en France système de l'« immatriculation » : une société est constituée au lieu de son siège social statutaire, c'est-à-dire qu'elle relève de l'Etat sur le territoire duquel elle est immatriculée ; le système du siège réel : le siège de la société est avant tout déterminé par le lieu d'où*

la société est réellement dirigée. Le plus souvent, il s'agit du lieu où les organes d'administration et les actionnaires de la société se réunissent »¹⁶².

298. La seconde conception s'adapte davantage à la configuration actuelle de l'économie, mais perturbe les règles de détermination de la compétence fiscale des Etats. La prise de décision au sein d'une entreprise multinationale tend à être aujourd'hui de plus en plus atomisée entre différentes localisations, qui reflètent pour certaines, le poids des territoires dans leur chiffre d'affaires. Elle semble accorder une place importante à la présence humaine, pour considérer la localisation du siège effectif.

299. C'est en substance ce qui ressort des commentaires apportés par l'OCDE à l'article 4 du modèle de convention lorsqu'ils considèrent la direction effective comme « *le lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaire pour la conduite des activités de l'entité dans son ensemble. (...) Une entité peut avoir plus d'un siège de direction, mais elle ne peut avoir qu'un seul siège de direction effective »¹⁶³.*

300. Les commentaires de l'ONU n'apportent pas plus de précisions quand il souligne qu'« *il est entendu qu'on peut, pour déterminer le 'siège de direction effective', être amené à prendre en compte des circonstances telles que le lieu de direction et de contrôle effectifs d'une société, le lieu où se décident au plus haut niveau les grandes orientations essentielles à la direction de la société, le lieu qui joue un rôle de premier plan pour la direction de la société du point de vue économique et fonctionnel, et le lieu où sont conservés les livres comptables les plus importants »¹⁶⁴. Ceux liés à l'article 4 du modèle OCDE soulignent, que « *Certains pays considèrent en outre que l'adoption d'une approche au cas par cas est la meilleure formule pour résoudre les difficultés qui surgissent, du fait de l'utilisation des nouvelles technologies de**

¹⁶² G. Blanluet, *La localisation des centres de décision : critère et enjeux. – Compte rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012*, Revue de Droit Fiscal, n°13, 28 Mars 2013, 214

¹⁶³ Commentaires OCDE 2016

¹⁶⁴ O.N.U. Département des affaires économiques et sociales, *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, révision 2011.

communication, lorsqu'il s'agit de déterminer le siège de direction effective d'une personne morale »¹⁶⁵. Les pays émergents sont adeptes de différentes approches qui peuvent se résumer de la manière suivante :

A/ Les tenants de l'approche anglo-saxonne

301. Certains pays en émergence s'attachent à la première conception du siège de direction développée par le Professeur Blanluet, à l'instar de l'Indonésie, de l'Ethiopie ou du Nigeria. C'est ainsi que ce-dernier distingue à l'article 105 de son code fiscal, les sociétés nigérianes et les sociétés étrangères. Celles-ci sont qualifiées comme telles à partir du moment où elles sont enregistrées selon une loi étrangère¹⁶⁶.

302. De nombreux pays émergents se contentent néanmoins de reprendre les dispositions développées par l'OCDE, en procédant à quelques ajouts. Il s'avère que ce ne sont pas forcément les mêmes que ceux qui adoptèrent une vision large de la notion de bénéficiaire effectif. Ces pays insistent tous sur la présence physique pour identifier le lieu de direction effective. Toutefois, certains pays innovent en y associant une notion de contrôle exercé sur des éléments d'actifs.

B/ Les tenants de l'approche du siège réel

303. Le contrôle de la direction opérationnelle – Parmi ces pays, la Russie semble adopter une approche pro-active. Le siège de direction effective est considéré comme étant le lieu de gestion courante quel que soit le lieu où le contrôle en dernier ressort est exercé. Une loi de 2015 considère en effet qu'une société a sa résidence fiscale en Russie lorsque l'équipe de direction exécutive d'une entreprise exerce ses fonctions depuis la Russie. Mais également lorsque certains postes de direction de gestion courante de l'entreprise sont exercés depuis la Russie. Ainsi la tenue des comptes est-elle un élément majeur d'identification, quand bien même celle-ci est établie simultanément dans un autre pays. Il suffit que cette condition soit remplie pour que la Russie considère qu'une entreprise fût-elle étrangère ait sa résidence fiscale en Russie.

¹⁶⁵ Commentaires OCDE 2016

¹⁶⁶ Nigerian Companies Income Tax Act CAP.60 LFN; 1990

304. En revanche certains pays se montrent plus stricts dans leur approche. Le Bangladesh souligne que pour qu'une entreprise soit considérée comme résidente sur le territoire, le contrôle et le management doivent être établis dans leur globalité sur le territoire. Tel est le cas du Mexique également. L'article 9 du code fiscal mexicain précise que les personnes qui prennent les décisions ou exécutent les décisions nécessaires au contrôle, à la direction des opérations ou à son administration, sont établies au Mexique.

305. D'autres pays sont plus ambivalents, mais restent attachés à la notion de siège réel. Ainsi la Malaisie estime dans un premier temps, que le lieu du siège social n'est pas un élément pertinent pour apprécier le siège de direction effective. Elle prend soin par la suite de préciser que si durant une année, les opérations concernant la conduite des affaires ou son contrôle sont exercées sur son territoire, le siège de direction est considéré comme s'y trouvant. De façon pratique, il convient que les réunions de directeurs se tiennent sur leur territoire¹⁶⁷.

C/ Les tenants de l'ambivalence entre l'approche anglo-saxonne et le siège réel

306. Cette ambivalence se traduit par le fait que la simple présence du management sans que l'on s'attache à la nature de ce-dernier justifie l'existence d'une direction effective. Le cas de l'Afrique du Sud est à mi-chemin entre ces deux conceptions. Ce pays est plus attaché à la forme, conformément à la position de l'OCDE. Mais cela n'empêche pas la jurisprudence sud-africaine de développer des positions qui tendent à s'éloigner de la vision du Palais de La Muette. En effet, l'interprétation donnée par les autorités fiscales est fortement inspirée par un arrêt de 2010 dit Smallwood¹⁶⁸. Dans cette affaire, le juge devait déterminer le siège de direction effective d'un trust. Il établit une distinction entre le lieu de prise de décisions managériales et commerciales et le lieu où sont réalisées les activités routinières. Cette grille de lecture fut confirmée par un second arrêt majeur¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Public Ruling 5/2011 Malaysia : traduit par l'auteur

¹⁶⁸ Commissioner for Her Majesty's Revenue and Customs v. Smallwood and Anor (2010) EWCA Civ 778 (Smallwood)

¹⁶⁹ Oceanic Trust Co. Ltd N.O. and the Commissioner for the South African Revenue Service (Oceanic Trust)

307. Les autorités fiscales sud-africaines adoptèrent en 2012 un règlement, dit Note reprenant cette distinction. Cette note fut mise à jour le 3 Novembre 2015, et reste dans la ligne de celle de 2012. Dans un souci d'aide à la décision, elle dresse la liste d'un certain nombre de faits et de circonstances qui emporte selon les autorités, la localisation du siège de direction effective. Elle insiste sur le phénomène de décentralisation des centres de décision qui se développent au sein des entreprises multinationales.

D/ Les tenants d'une approche autonome

308. L'Inde utilise tous les indices, qui concourent à déceler l'activité d'une entreprise sur son territoire. A cet effet, le Bureau des impôts directs a précisé le champ d'application de la Section 6 (3) du code fiscal indien, à la suite de la loi de finance de 2015. La circulaire 6 du 24 janvier 2017 précise qu'à partir du moment où une entreprise a des revenus actifs en dehors de l'Inde, cette entreprise est présumée avoir son siège de direction effective en Inde.

309. Le rôle de la présence humaine – Ce revenu actif en dehors d'Inde est reconnu à partir du moment où les revenus passifs d'une entreprise sont constitués par des transactions où les achats et les ventes de bien sont issus d'entreprises liées, ou bien des revenus issus de redevances, de dividendes, de plus-values. La localisation des actifs contribuant à la poursuite de l'activité de l'entreprise est également un des éléments permettant d'identifier le siège de direction effective.

310. Surtout la circulaire insiste sur le rôle des employés. Le nombre d'employés est apprécié aussi à travers les emplois directs mais également indirects. En effet, pour ce dernier cas, la loi indienne prend en considération le cas des personnes, qui sans être pour autant salariés de l'entreprise concernée, fournissent les mêmes services que les employés. Finalement la tenue des réunions du board bien qu'importantes, font partie du faisceau d'indices de la circulaire. Elles ne représentent plus l'élément incontournable de la présence du siège de direction effectif.

311. La position chinoise semble être assez proche de celle défendue par l'Inde. Bien qu'elle associe la présence humaine et le contrôle des actifs pour identifier le siège de

direction effective, elle ne se limite pas à ces deux critères. L'article 2 du code fiscal chinois ne se cantonne pas à établir, que le seul contrôle du management soit établi en Chine. Il entend que le siège de direction effective se conjugue aussi bien avec la réalité du management, qu'avec le contrôle de la production, celui des actifs de l'entreprise lui permettant de poursuivre son activité, mais également le personnel, et les opérations qui sont liées à l'activité.

312. En somme, la position des pays émergents se résume à reprendre la notion de place effective du management inscrite dans les modèles de conventions fiscales, sans y apporter de plus amples définitions. Ils renvoient ainsi à leurs législations internes la liberté de définir ce qu'ils entendent par place effective du management. C'est en substance ce qu'estime le Brésil qui considère que cette question doit être tranchée par le droit interne et les tribunaux. Ils ont toutefois pris conscience, que dans un monde global où les centres de décision sont mouvants, ceux qui adopteront une définition relativement souple, adaptable aux évolutions à venir, du siège de direction effectif, disposeront d'un avantage compétitif fiscal par rapport aux autres.

§ II Le critère de l'activité

313. Le traitement réservé aux sociétés holdings est un trait partagé par l'ensemble des pays émergents. Il symbolise la conception qu'ils ont d'une structure juridique, tout du moins du rôle qu'elle doit exercer. Le statut de holding n'existe pas forcément en tant que tel dans les régimes fiscaux des pays émergents, et quand il est évoqué, il ne recouvre pas la même conception que celle adoptée par les pays industrialisés.

314. La holding, une société opérationnelle comme une autre – Pour les pays développés, elle peut être strictement passive. En revanche il est inconcevable pour les pays émergents qu'elle ne joue pas un rôle actif. A ce titre, elle doit disposer d'une activité propre. Cette position est partagée par des pays comme l'Inde, l'Ethiopie ou encore le Niger.

315. D'autres pays vont plus loin. Ils considèrent qu'un des rôles majeurs de ces sociétés holding, est de fournir des services aux sociétés qu'elle détient et d'exercer un rôle d'investisseur. C'est le cas de la Chine, qui estime que les sociétés holding nationales ou régionales, doivent remplir trois types objectifs pour pouvoir bénéficier d'un régime fiscal avantageux limité dans le temps : elles doivent en premier lieu, détenir des titres, en second lieu avoir un rôle d'investisseur et disposer pour cela d'un certain niveau de capital, et enfin fournir des services. La société holding ne peut avoir qu'un rôle actif et être tourné vers une activité de production.

316. Ce type de raisonnement est un fil conducteur des pays émergents, lorsqu'ils ont à connaître d'une présence étrangère sur leur territoire. Toute activité, quelle que soit sa forme, est considérée, a priori, comme une activité taxable. C'est à travers ce prisme qu'ils revisitent la notion d'établissement stable. Ainsi, le rôle de toute personne physique dans l'exercice de l'activité d'une entreprise non-résidente, devient potentiellement un sujet fiscal et une source d'imposition. Ils épient la mobilité internationale des personnes au sein d'un groupe multinational (A), qu'à la nature des activités auxiliaires et préparatoires que celui-ci réalise sur son territoire (B).

A/ La mobilité internationale des personnes

317. Il est reconnu depuis longtemps, qu'une personne physique ne peut constituer un établissement stable qu'à la condition qu'elle agisse au nom et pour le compte de la société non-résidente. La position des experts des années 1920 était très claire « *Le fait qu'une entreprise ait des relations commerciales avec un pays étranger par l'intermédiaire d'un agent indépendant autonome ne signifie pas que l'entreprise en question possède un établissement stable dans ce pays* »¹⁷⁰. L'article 5§6 du modèle de convention OCDE reprend la teneur de cette disposition.

318. L'esprit de 1927 et 1928 toujours d'actualité pour les pays émergents – Mais à une époque où les entreprises multinationales s'appuient de plus en plus sur l'activité des personnes physiques pour assurer leur développement, les commentaires aux

¹⁷⁰ SDN League of Nations, Double taxation and tax evasion, Report presented by the Committee of technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, *Archives SDN, Genève Avril 1927*, C.216. M.85. 1927. II et C.562. M.178. 1928. II – Article 5, Traduction par l'auteur

modèles de 1927 et 1928 apparaissent encore plus explicites. Ils indiquaient en effet, que « *Les mots agent autonome de statut indépendant signifient une indépendance absolue tant du point de vue juridique qu'économique* »¹⁷¹.

319. Aujourd'hui, ces groupes transnationaux n'éprouvent plus tellement la nécessité d'utiliser des agents ou des commissionnaires pour faire prospérer leurs activités. Cela ne veut pas dire pour autant que ces notions soient désuètes. Elles sont au contraire toujours d'actualité pour les pays émergents. Ils les utilisent parfois en les dévoyant pour faire valoir leur droit d'imposition. C'est souvent le cas, lorsqu'une entreprise envoie un salarié sur leur territoire afin de réaliser des prestations de services, alors même que celles-ci sont effectuées pour le compte de l'entreprise locale.

320. Toute la difficulté est de déterminer la frontière entre les prestations rendues spécifiquement pour la filiale de celles qui peuvent profiter au groupe, et qui sont interprétées comme la continuité de l'activité d'un groupe. On pourrait concevoir que toute aide apportée à une filiale profite in fine au groupe qui n'aura pas besoin de procéder ultérieurement à une augmentation de capital, et qui bénéficiera à l'avenir de remontées dividendes.

321. La notion d'établissement stable – L'article 12 de la partie IV de la convention multilatérale reconnaît que la fourniture de services par une personne pour le compte d'une entreprise non-résidente peut constituer un établissement stable. Mais il ne peut s'agir que de contrats de prestations de services que la personne conclut au nom et pour le compte de l'entreprise.

322. Surtout, la nouvelle définition ne s'attache plus uniquement à la dimension formelle de la signature des contrats. Désormais, « *lorsqu'une personne agit dans une Juridiction contractante ayant conclu une convention fiscale ouverte, pour le compte d'une entreprise et, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon*

¹⁷¹ SDN League of Nations, Double taxation and tax evasion, Report presented by the Committee of technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, *Archives SDN Genève Avril 1927*, C.216. M.85. 1927. II et C.562. M.178. 1928. II – Commentaires, Traduction par l'auteur

routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise, et que ces contrats sont a) au nom de l'entreprise ; ou b) pour le transfert de la propriété de biens appartenant à cette entreprise ou pour la concession du droit d'utiliser de tels biens ou des biens que l'entreprise a le droit d'utiliser ; ou c) pour la prestation de services par cette entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans cette Juridiction contractante(...) »¹⁷².

323. Pour les pays émergents, il semble que cette disposition ne va pas aussi loin qu'ils le souhaitent. Ils instaurent une présomption d'établissement stable. La présence d'un employé d'une entreprise non-résidente ou d'une personne travaillant pour cette dernière constitue a priori un établissement stable. A ce titre l'Indonésie et le Vietnam considèrent, que la mise à disposition de personnel dans une filiale implantée sur leur territoire peut être le prolongement de l'activité du siège. Le premier dresse même une liste de cas de présence susceptibles d'être considéré comme des établissements stables. La Chine est encore plus catégorique. Pourtant dans une circulaire en 2010, elle se rangeait aux canons de l'OCDE. Une personne devait être présente sur le sol chinois depuis 183 jours, pour que le travail qu'elle réalise constitue la poursuite d'activité d'une entreprise non-résidente et être qualifiée d'établissement stable. Toutefois, la circulaire décomptait le temps de la personne à partir de son premier jour de présence. D'autres critères concourent à la qualification d'établissement stable d'agent ou de personnel travaillant pour une entreprise non-résidente comme le test de l'exercice habituel au Brésil, ou encore de la distinction entre « contrats conclus » et « contrats négociés et conclus » en Inde. Dans tous les cas, les pays émergents développent des interprétations spécifiques à la lumière des marges d'appréciation accordées par l'OCDE, à l'exception de la Russie qui contrairement à la section 32 (1) des commentaires à l'article 5 estime que si les contrats sont conclus au nom d'un agent même au bénéfice d'une entreprise non-résidente, le critère de l'établissement stable n'est pas rempli.

324. La mise à disposition de personnel – Cependant, la multiplication des contrats de mise à disposition de personnel, moins onéreux pour l'entreprise que les contrats

¹⁷² Convention Multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Partie IV article 12, OCDE, Juin 2017.

d'expatriation, ainsi que les lacunes de la circulaire 75 en la matière, incitèrent la Chine à adopter des règles de mise à disposition plus strictes et plus encadrées. La circulaire N°19 de 2013 (PN19), édicta alors un guide pratique des mises à disposition de personnel. Elle pose comme principe une double condition, qui ne déroge pas à la pratique fiscale internationale, à savoir : la société non-résidente est responsable de la réalisation du travail de l'employé mis à disposition et supporte entièrement ou partiellement la responsabilité ; elle doit également évaluer la performance de l'employé.

325. La législation ajoute toutefois cinq facteurs supplémentaires, qui sont : la société chinoise accueillante paie des management fees en lien avec la mise à disposition ; la société chinoise rembourse les coûts ou le package de mobilité à la société non-résidente ; la société non résidente ne redistribue pas la totalité du montant versé par la société chinoise ; l'impôt sur le revenu chinois n'a pas été payé sur la totalité du package dont dispose la personne mise à disposition ; enfin la société non-résidente prend en charge les coûts annexes liés à la mise à disposition¹⁷³. Il s'agit d'une remise en cause profonde des pratiques des groupes multinationaux. Désormais, les employés mis à disposition sont des établissements stables en puissance.

326. Le régime d'imposition – Ces dispositions contraignantes se retrouvent également dans la législation indienne. Le revenu attribué à un employé mis à disposition en Inde par une société non-résidente, sera en toute hypothèse taxé. Mais la question est de savoir à quel titre ces revenus doivent être imposés.

327. Ils peuvent être taxés soit comme des services techniques, soumis à une retenue à la source de droit interne à hauteur de 25% selon la section 115A du code fiscal de 1961 ou une retenue à la source conventionnelle, comprise selon les conventions fiscales entre 10% et 15% ; soit comme des profits attribuables à un établissement stable et assujettis à l'impôt sur les sociétés à hauteur de 40%. La Cour Suprême indienne a rendu en 2007 un arrêt fondateur en la matière. Dans l'affaire Morgan Stanley, elle pose comme principe que la qualification d'établissement stable liée à la

¹⁷³ « China: new guidelines distinguish staff secondments and service arrangements », 16 Mai 2013, www.pwc.com

mise à disposition des employés sur place, dépend de la nature des services rendus et des activités des sociétés, indienne et non-résidente, lorsque le temps de présence de la personne mise à disposition dépasse le seuil établi dans les conventions fiscales conclues par l'Inde.

328. Il ressort de cet arrêt que lorsque les employés envoyés en Inde exercent des activités de routine, d'intendance, même au-delà de la période requise par la convention fiscale, ils ne peuvent être considérés comme un établissement stable. En revanche, en se fondant sur la Section 9 du code fiscal, les autorités fiscales indiennes estiment, qu'à partir du moment où la personne participe à des négociations contractuelles sans pour autant signer le contrat, elle peut être assimilée à un établissement stable, même si sa présence est inférieure.

329. C'est en substance la teneur de la réserve que l'Inde a émis avec l'Argentine au modèle de convention OCDE, lorsqu'il est précisé « (...) *qu'une personne qui est autorisée à négocier, pour le compte d'un résident étranger, les éléments essentiels d'un contrat, même s'il ne s'agit pas nécessairement de la totalité des éléments et détails du contrat, peut être considérée comme exerçant le pouvoir de conclure des contrats* »¹⁷⁴. En Chine, l'article 5 (5) de la circulaire 2010, reprise par la circulaire de 2013, adopte la même position. Il souligne, que la participation d'un employé mis à disposition dans le cadre de négociations commerciales et de discussions des termes du contrat est une condition du statut d'agent indépendant, même si celui-ci figure sur le payroll de la filiale chinoise.

330. Conflit ou autonomie d'interprétation – En se positionnant de cette façon, les pays émergents font fi des dispositions de l'article 15 du modèle de convention OCDE « Revenus d'emploi » et plus particulièrement du paragraphe 2 (b) qui précise « (...) *les rémunérations qu'un résident d'un Etat contractant reçoit au titre d'un emploi salarié exercé dans l'autre Etat contractant ne sont imposables que dans le premier*

¹⁷⁴ Modèle de convention fiscale OCDE, commentaires 2016

Etat si : b) les rémunérations sont payées par un employeur, ou pour le compte d'un employeur, qui n'est pas un résident de l'autre Etat, et »¹⁷⁵.

331. Bien que plus catégoriques sur certains points, les pays émergents s'inspirent des travaux de l'ONU, et notamment de l'article 5§3(b), qui réunit les dispositions des articles 5 et 15 du modèle de l'O.C.D.E. Cet article stipule que peuvent être qualifiés d'établissement stable « *des services, y compris des services de conseils par l'intermédiaire d'employés ou de personnes engagés par l'entreprise à cette fin, mais seulement si des activités de cette nature se poursuivent dans un Etat contractant pour une période ou des périodes totalisant plus de 183 jours d'une période de 12 mois, commençant ou s'achevant au cours de l'année fiscale concernée* »¹⁷⁶.

332. Tout type de service qui peut plus ou moins se rattacher à son territoire est un établissement stable en puissance. Cette évolution est d'autant plus significative au regard des positions prises par ces pays en matière d'activités liées à l'exploitation, et plus particulièrement les activités préparatoires.

B/ Les activités auxiliaires et préparatoires

333. La différence entre ces deux types d'activité peut paraître ténue. Elle gravite autour de la notion de cœur de métier. Ainsi les activités auxiliaires accompagnent le cœur de métier alors que les activités préparatoires le précèdent. C'est finalement l'appréciation de ce que l'on entend par cœur de métier qui est soumise à des interprétations diverses de la part des pays émergents. Elle emporte la distinction entre activités auxiliaires et préparatoires. Les commentaires OCDE de 2014 relatifs à la nature « productive » de l'établissement stable sonnent comme un principe général. Un établissement stable peut ne pas avoir de caractère productif. Pourtant l'activité même des installations désignées par l'alinéa 2 de l'article 5 du modèle sont par essence productives.

¹⁷⁵ Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, OCDE 22 juillet 2010

¹⁷⁶ Article 5 §3(b) Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, édition 2011

334. La notion de stockage – Les pays émergents ne remettent pas en cause la liste de l’alinéa 2 de l’article 5. Ils s’attardent à rattacher des activités industrielles ou commerciales à une des installations fixes pré définies. A ce propos, la notion de stockage est un sujet de controverses avec les pays émergents. Certains comme le Vietnam, estiment que l’utilisation d’une personne tierce à des fins de stockage peut constituer un établissement stable. Seule l’approche du Mexique est plus ambiguë, en raison sans doute, de son appartenance historique à l’OCDE. Il considère qu’un entrepôt ne peut être un établissement stable d’une société non-résidente, à condition cependant que cette-dernière exerce son activité sous le régime de « Maquiladora ».

335. Leur positionnement cependant est plus complexe lorsque l’activité des entreprises non-résidentes s’inscrit dans un projet plus vaste, qui nécessite que celles-ci préparent leur arrivée sur le territoire avant de commencer pleinement l’exploitation et de générer des revenus. L’alinéa 4 de l’article 5 du modèle OCDE estime qu’une installation fixe d’affaires ne saurait être qualifiée d’établissement stable à partir du moment où elle n’a vocation qu’à servir à des activités préparatoires ou auxiliaires.

336. En effet, dans ses commentaires au modèle de convention en 2016, l’OCDE précise *« L’alinéa e) stipule qu’une installation fixe d’affaires par l’intermédiaire de laquelle l’entreprise exerce uniquement une activité qui a pour elle un caractère préparatoire ou auxiliaire n’est pas un établissement stable. La rédaction de cet alinéa rend inutile une longue énumération d’exceptions. De plus, l’alinéa apporte une exception générale à la définition du paragraphe 1 et, en liaison avec ce paragraphe, donne un critère plus sélectif permettant de définir ce qui constitue un établissement stable. Il restreint dans une large mesure cette définition et exclut de son champ assez étendu un certain nombre de formes d’organisations commerciales qui, bien que leurs activités s’opèrent par l’intermédiaire d’une installation fixe d’affaires, ne doivent pas être considérées comme des établissements stables. On reconnaît qu’une telle installation d’affaires peut effectivement contribuer à la productivité de l’entreprise, mais les services précèdent de trop loin la réalisation effective des bénéfices pour qu’il soit possible d’attribuer à cette installation fixe d’affaires une partie quelconque de ces bénéfices ».*

337. La degré de l'activité préparatoire ou auxiliaire – Ainsi, les activités de contrôle d'une entreprise ou de bonne exécution d'un contrat, dépendent du degré de contrôle exercé. Bien qu'elles puissent contribuer à la réalisation des bénéfices, elles sont trop loin de l'activité, pour qu'un bénéfice puisse être identifié. Cela ne signifie pas pour autant l'inexistence d'un établissement stable. Les commentaires soulignent que pour apprécier ce degré ou tout autre caractère préparatoire ou auxiliaire, il faut « *rechercher si les activités de l'installation fixe d'affaires constituent en elles-mêmes une part essentielle et notable des activités de l'ensemble de l'entreprise* ». Ces dispositions semblent bien trop aléatoires pour que les pays émergents puissent pleinement y adhérer.

338. C'est une des raisons pour lesquelles, ceux-ci ont tenté de rapprocher ces activités de celles exercées sur des chantiers de construction ou de montage mentionnés au paragraphe 3 de l'article 5. Celui-ci précise que ce type de chantier ne peut excéder une période de douze mois pour ne pas se voir qualifier d'établissement stable. Ainsi, ces activités étaient de facto intégrées dans cette période, et constituaient des établissements stables à part entière. Bien que la période de douze mois constitue un critère de qualification d'établissement stable, cette durée ne semble plus tellement être un sujet de principe mais plutôt de négociation. Pour l'Afrique du Sud, la Chine, ou encore le Vietnam, le fait même d'exercer un contrôle sur les activités de chantiers de construction, de montage, est un indice de la présence d'un établissement stable¹⁷⁷.

339. Une notion en sursis pour les pays émergents – La tendance générale initiée par les pays émergents est bien plus structurelle. Ils remettent en cause la qualification même d'activités préparatoires ou auxiliaires, au point qu'elles ne peuvent plus être considérées par les entreprises multinationales comme un moyen pour éviter la reconnaissance d'un établissement stable.

¹⁷⁷ Commentaires OCDE

340. Après un certain nombre de décisions juridictionnelles¹⁷⁸ spécifiant qu’il était difficile de donner une définition précise de l’activité préparatoire ou auxiliaire, et qu’il était encore moins envisageable de livrer une liste exhaustive d’activité pouvant être qualifiée comme tel, la loi de finances indienne de 2012 a introduit la notion de « business connection » à la Section 9 du code fiscal indien de 1961. Celle-ci précise en substance que tout élément qui a pour objet ou conséquence la réalisation d’une activité en Inde, est susceptible d’être considérée comme un établissement stable¹⁷⁹.

341. La Chine estime que les activités préparatoires ou auxiliaires ne peuvent pas être des activités commerciales indépendantes réalisées sur place¹⁸⁰. La circulaire invoquée ajoute qu’elles ne doivent pas prendre une part significative et essentielle à l’activité principale. Ces stipulations laissent une grande latitude à l’administration fiscale chinoise pour qualifier d’établissement stable toute activité préparatoire. La Russie adopte cette même attitude en précisant que les activités préparatoires ou auxiliaires d’entreprises étrangères peuvent conduire à la reconnaissance d’un établissement stable lorsqu’elles sont effectuées au bénéfice d’un tiers, même si aucune contrepartie financière n’a été versée par la bénéficiaire.

Section II La transparence des structures classiques

342. Une notion aux multiples facettes – La transparence en fiscalité renvoie en premier lieu à une technique fiscale, où les revenus d’une entité se confondent concrètement avec ceux de la société qui la détient. En ce sens, la société de personne n’est pas directement imposable, mais ses bénéfices le sont au niveau des associés qui la détiennent.

¹⁷⁸ Quelques exemples de jurisprudence : Rogers Pyatt Shellac & Co. V. Secretary of State for India, 1 ITC 363 ; Soha House V. CIT, 31 ITR727; CIT V. Remington Trust Corporation Ltd, 5ITC 177; CIT v. Bombay Trust Corporation Ltd, 4 ITC 312; Hukam Chand Mills v. CIT, 103 ITR 548

¹⁷⁹ Cette transposition semble être le prolongement d’une jurisprudence ancienne de la Cour Suprême d’Inde du 6 octobre 1964, CIT v. RD Aggarwal.

¹⁸⁰ Article 5(4) Guoshuifa, 2010, N°75

343. Cette particularité fiscale se retrouve fréquemment dans les législations fiscales des pays occidentaux. En revanche, elle est peu connue des pays émergents, voire absente de leurs dispositions fiscales internes. Sur la scène fiscale internationale, cet habillage juridique, complexe, laisse souvent à penser que ce montage est un artifice destiné à éluder l'impôt.

344. Dans le prolongement, la transparence est de plus en plus associée à l'échange d'informations entre Etats afin de garantir une application juste des principes de fiscalité internationale et de prémunir tout abus fiscal. Dès lors que la notion de groupe n'existe pas en fiscalité internationale et que la divulgation des informations relève du bon vouloir des entreprises et des Etats, la transparence constitue le fondement juridique à toute démarche ou volonté destinée à empêcher toute érosion de la base fiscale.

345. Pour les pays émergents, cette notion ne sert pas uniquement à lutter contre toute forme d'abus. Elle s'inscrit dans une approche plus globale des relations entre entreprises d'un même groupe. Bien qu'il n'ait pas d'existence juridique et fiscale formelle, ce concept irrigue de plus en plus les principes dominants de la fiscalité internationale.

346. Fort de cette dynamique, les pays émergents l'utilisent pour asseoir leur vision holistique des activités industrielles et commerciales d'une entité située sur leur territoire. Cela légitime leur approche du groupe en matière de fiscalité internationale, et leur permet d'adapter deux normes fiscales, dont la conception semblait faire consensus jusqu'à présent à savoir la notion de bénéficiaire effectif (paragraphe I) et celle de sociétés étrangères contrôlées (paragraphe II).

§ I Le bénéficiaire effectif

A/ Une notion difficile à appréhender

347. La notion de bénéficiaire effectif est un des concepts les plus anciens et le plus souvent utilisé en droit fiscal international conventionnel. Le Professeur Vogel

soulignait la difficulté de la définir. Sa première application remonte au protocole signé entre les Etats-Unis et le Royaume Uni en 1966, dont la convention fiscale avait été ratifiée en 1945. Circonscrite aujourd'hui aux articles 10, 11, et 12 du modèle conventionnel OCDE, elle établit une présomption positive.

348. En effet, on présume que les revenus versés au titre de ces articles le sont, à des personnes qui ont la légitimité de les percevoir et par conséquent de bénéficier des taux de retenues à la source conventionnels plus avantageux que ceux de droit interne. Cette notion souffre cependant d'un manque de clarté, accentué par la complexité grandissante des affaires.

349. La définition même du bénéficiaire effectif : qui peut-il bien être, une fois que l'on a dépassé la structure juridique de façade, et que l'on considère que le revenu vient rémunérer la contribution à une création de valeur ? (1). Par ailleurs, le champ d'application de la notion s'avère être trop restrictif aussi bien, quant à son objet qu'aux articles concernés (2). Cette mise en lumière permet de mettre en perspective la position des pays émergents.

1. La définition du bénéficiaire effectif

350. Le concept de paiement – A l'origine, cette notion avait pour but d'éclairer le concept de paiement¹⁸¹. Le bénéficiaire effectif se confondait avec celui qui percevait le revenu. D'autres critères lui ont été rattachés comme celui de « redevable de l'impôt » ou de « soumis à l'impôt ». Aucun pays émergent ne s'aventure à délivrer une définition précise ou encore à établir des connections entre ces différents termes. Ainsi l'Indonésie ne donne pas d'interprétation claire de ce qu'elle entend par « redevable de l'impôt » dans son corpus juridique. Toutefois, elle précise que si une personne n'est pas taxée dans son pays de résidence ou ne peut pas prouver qu'elle est bien enregistrée dans ce pays, les autorités fiscales du pays source peuvent estimer que cette personne n'était pas le bénéficiaire effectif du revenu et peuvent lui refuser le bénéfice de l'application de la convention fiscale¹⁸². Dans sa loi de finance pour 2021

¹⁸¹ OCDE, Rapport 1985

¹⁸² Cahiers de droit fiscal international, Congrès de Vienne 2004, Rapport Indonésie, traduit par l'auteur

l'Inde précise que la notion de « redevable de l'impôt » doit s'apprécier eu égard à la loi fiscale en vigueur dans l'Etat de situation de la personne. Elle ajoute que pouvait être considérée comme un résident fiscal indien, toute personne redevable de l'impôt en raison de sa domiciliation ou pour tout autre critère similaire¹⁸³. Mais même dans un monde guidé par le formalisme juridique, le propriétaire d'une licence par exemple peut être différent de celui qui perçoit le paiement pour l'usage de cette licence.

351. Le critère de contrôle – Cette notion serait une et indivisible. Or, la difficulté réside dans le processus d'identification du bénéficiaire et de l'entité légale qui l'accueille. Cela revient à reprendre la distinction en droit anglais entre « beneficial owner » et « equitable owner ». Les deux termes ont souvent été associés. Mais dans une économie globalisée, qui fait de la création de valeur, la pierre angulaire de la lecture des normes fiscales, cette conjonction semble compromise. Le Professeur Vogel souligne que la « *La propriété est plus que formelle, si le propriétaire est pris en étau entre le droit et les faits. Par conséquent, le bénéficiaire effectif est celui qui est libre de décider si oui ou non le capital ou d'autres actifs devraient être utilisés ou pourraient être utilisés par d'autres, ou encore comment ceux-ci devraient être utilisés* »¹⁸⁴. A ce titre l'Inde recourt au concept de propriété effective qu'elle incorpore dans des articles relatifs à l'investissement, le revenu des services, ce qui permet à l'Etat source d'imposer.

352. En revanche, Charl du Toit démontre que « *la notion de contrôle est le facteur le plus déterminant pour apprécier la notion de bénéficiaire effectif. Mais le contrôle pris dans son acception propre est considéré comme un élément important, ce qui signifie que le contrôle ne sert pas forcément la personne qui contrôle* »¹⁸⁵. La difficulté de définir les contours de cette notion, rend d'autant plus délicat l'identification des objectifs qui lui sont assignés.

¹⁸³ Article mentionné dans S. Goradia, *The new indian statutory definition of "liable to tax": interaction with india's tax treaties*, Bulletin for international taxation, IBFD, Juin 2021

¹⁸⁴ K. Vogel, *Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD – UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 2^eédition, 1990

¹⁸⁵ C. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral tax Treaties*, Thèse, Université Amsterdam – Amsterdam Center for International Law, 1999

353. Des objectifs multiples – L'indécision à poser clairement les contours de cette notion laisse les pays émergents libres de déterminer leurs propres objectifs. A ce titre, les commentaires OCDE de 2008 semblent cautionner cette vision. Ils précisait « *Le terme 'bénéficiaire effectif' n'est pas utilisé dans une acception étroite et technique mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l'évasion et la fraude fiscales* »¹⁸⁶. La notion de bénéficiaire effectif est devenue au fil des temps un outil permettant de lutter contre l'évasion fiscale de ces revenus. Cet objectif n'était apparemment qu'un des éléments dans la conception des commentaires de l'OCDE comme l'atteste la présence de « notamment ».

354. Cet adverbe pose la question de savoir si la clause du bénéficiaire effectif doit être appréhendée uniquement sous l'angle d'une règle anti-abus, ou bien si elle doit avoir un rôle plus neutre afin de déterminer quelles personnes peuvent bénéficier des dispositions conventionnelles. L'OCDE avait le choix entre deux approches : soit donner à cette notion une forme juridique, soit lui accorder une acception plus large en privilégiant une dimension économique. Cependant, « *Les commentaires O.C.D.E. 2014 semblent avoir tranché en faveur de l'approche juridique de la clause de bénéficiaire effectif* »¹⁸⁷, et sont restés cantonnés à une vision répressive de la clause dans le cadre d'une approche strictement juridique.

2. Le champ d'application

355. Dans le prolongement de l'objectif qui devait être assigné à cette clause, certains auteurs se sont interrogés sur sa portée. Elle est aujourd'hui limitée aux trois articles précités plus haut. Déjà en 2008, le rapport du comité des Nations Unies en matière de coopération fiscale internationale, faisait écho aux propos du Professeur Baker qui proposait d'élargir ce concept à l'article 13 du modèle de convention fiscale, relatif aux plus-values¹⁸⁸. De façon plus pratique, certaines conventions fiscales bilatérales,

¹⁸⁶ Modèle de Convention fiscale OCDE 2008

¹⁸⁷ A. Madec, *La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE*, Revue de Droit Fiscal, n°47 20 Novembre 2014, 632

¹⁸⁸ Conseil Economique et Social – ONU – 4ème Session, *Archives ONU* Genève 23 24 Octobre 2008

notamment celle conclue entre l’Australie et les Îles Fidji, ont étendu le concept aux activités de services comme les prestations d’assistance technique ou commercial.

356. Ce bref passage en revue des enjeux posés, permet de mieux comprendre la position des pays émergents. Il est évident que cette clause ne saurait s’apprécier seulement dans le cadre d’un échange entre deux entités. Ils exigent, aider en cela par le phénomène de globalisation et d’interconnexion de tous les sujets et enjeux fiscaux, que son appréciation s’effectue d’une part aux bornes du groupe multinational, et qu’elle s’intéresse d’autre part à d’autres thématiques que celles exposées dans le modèle de convention fiscale internationale. C’est sous ce prisme que les pays émergents abordent et utilisent la clause du bénéficiaire effectif.

B/ Une conception globale

357. Parmi les pays émergents étudiés, tous défendent une conception large de la notion de bénéficiaire effectif. Il est possible de distinguer ceux qui l’utilisent pour privilégier davantage la réalité et la substance d’une activité ou d’une opération, sur toute autre forme. Ils défendent une approche pragmatique et concrète (1). A côté de cette catégorie, un certain nombre de pays émergents sont plus hésitants à se détacher de la position de l’OCDE ou encore à adopter une position claire entre la réalité et la forme (2).

1. Une approche pragmatique et concrète

358. La position de la Chine – Parmi la première catégorie, la Chine fait figure de pionnier. Bien que la notion de bénéficiaire effectif soit inconnue en droit fiscal chinois, excepté en droit privé, l’adoption en 2008 d’un code des impôts a été l’occasion pour la Chine de s’approprier certaines normes de fiscalité internationale.

359. C’est ainsi que la Circulaire 601¹⁸⁹ privilégie la substance sur la forme légale, sans pour autant, en faire un élément prédominant comme le rappelle le bulletin du 29 Juin 2012 « *la détermination de la propriété effective d’un revenu doit tenir compte du droit*

¹⁸⁹ Guo Shui Han du 27 Octobre 2009

du bénéficiaire au revenu, y compris le droit de propriété, de contrôle et d'aliénation fondé sur la doctrine de la substance au détriment de la forme, même si le contribuable n'a pas de motif d'évasion fiscale ou n'a pas pour but de contracter ou d'accumuler des bénéfices, il peut être disqualifié en tant que bénéficiaire effectif en raison de l'absence de ces droits »¹⁹⁰.

360. Cette volonté de ne pas privilégier un élément par rapport à un autre, permet aux autorités fiscales chinoises d'appréhender une opération dans sa globalité. Elles ont eu à se prononcer en juillet 2010 dans le cadre d'une affaire de transfert de titres entre une société établie à Mudan dans la province de Shandong, filiale d'une société établie à Hong Kong. Cette dernière transféra les titres de la société de Mudan à une troisième société également établie à Hong-Kong. Au moment du versement de dividendes entre la société de Mudan et la nouvelle société hongkongaise, cette dernière pensa tirer profit de la convention fiscale entre la Chine et Hong Kong.

361. Or, les autorités fiscales chinoises de Mudan appréciaient l'ensemble de l'opération et estimèrent que la société bénéficiaire des dividendes ne poursuivait aucune activité en Chine. N'étant pas le bénéficiaire effectif de cette distribution elles lui refusèrent le bénéfice d'une retenue à la source de 5 %. Ce raisonnement laisse toute sa place à la notion d'« objectif commercial raisonnable » développée par la Circulaire 698¹⁹¹, et suggère une vision plus globale de la notion du bénéficiaire effectif.

362. Toutefois en 2018, la Chine a voulu simplifier la lecture de sa législation avec l'adoption d'une nouvelle circulaire¹⁹². En abrogeant les dispositions précédentes, elle semble être plus avantageuse pour les entreprises dans la mesure où elle élargit la notion de bénéficiaire effectif aux entités détenues directement ou indirectement par d'autres. En même temps, elle maintient une interprétation toute subjective lorsqu'elle fait valoir que le bénéficiaire effectif doit avoir procédé à un investissement substantiel et dispose également d'une activité managériale substantielle. La circulaire stipule par

¹⁹⁰ Gong Gao du 29 Juin 2012, N°30

¹⁹¹ Guo Shui Han, 2009, N°698

¹⁹² Guo Shui Han, 2018, N°9

ailleurs, que l'administration fiscale chinoise ne devra pas considérer uniquement l'obligation légale ou contractuelle du paiement effectué. Mais elle sera également contrainte d'examiner si le paiement correspond à la réalité de l'opération correspondante.

363. Cette circulaire apporte une précision importante. Elle confirme que la notion de bénéficiaire effectif n'a pas uniquement pour objectif de lutter contre des montages fiscaux jugés abusifs. Les autorités chinoises ne se limitent pas à un contrôle formaliste, et vont au-delà d'une appréciation stricte.

364. En effet, même s'il n'y a pas eu de paiement en numéraire, elles peuvent appréhender les relations intra groupes, à savoir des écritures qui ne font pas l'objet de comptabilisation proprement dite. Ainsi, les opérations entre entreprises liées qui sont souvent « compensées » entre le débit et le crédit, ou bien des accords commerciaux autres que ceux qui font l'objet de l'opération en question, pourront être scrutées par l'administration fiscale et considérées comme des paiements devant être pris en considération dans la détermination du statut de bénéficiaire effectif.

365. La circulaire apporte enfin une précision importante, et confirme que la notion de bénéficiaire effectif n'a pas uniquement pour objectif de lutter contre des montages fiscaux. La reconnaissance du statut de bénéficiaire effectif ne dispense pas, par ailleurs, l'administration fiscale de mettre en œuvre les dispositions générales anti-abus et de refuser le bénéfice des dispositions conventionnelles sur la base de ces règles spécifiques. L'Indonésie et la Russie s'inscriraient peut-être davantage dans les pas de la Chine, de façon néanmoins quelque peu différente. Tous les deux s'attachent à considérer le bénéficiaire direct ou indirect¹⁹³.

¹⁹³ On peut ajouter ici que la Section 140 du Code fiscal de Malaisie a adopté cette démarche. C'est ce que s'efforce de faire les autorités russes depuis 2015, ainsi que l'administration indonésienne depuis 2016. Cette dernière ne se limite pas non plus à ces considérations générales. La loi du 7 Juillet 2016 définit quatre critères permettant d'identifier le bénéficiaire effectif : le revenu est soumis à l'impôt dans le pays de résidence de la société qui perçoit le revenu ; cette société étrangère doit avoir une activité réelle dans son pays de résidence ; elle doit avoir le pouvoir pour utiliser le revenu dans ses opérations : cette disposition suppose que le revenu doit être réinvesti par l'entreprise qui le perçoit. Elle permet aux autorités fiscales d'appréhender véritablement la stratégie économique du groupe. Enfin, la société étrangère doit être cotée en bourse. En plus de ces critères les autorités fiscales exigent un certificat de domicile provenant de l'Etat de résidence du bénéficiaire qui atteste en sus que celui-ci paie l'impôt dans son pays à l'appui de différentes déclarations, Letter SE – 04/ PJ.34/2005 ; Letter S. 95/PJ.342/2006

2. Une approche hésitante

366. La position indienne est en revanche hésitante – Elle est à la fois le fruit, d’une divergence d’appréciation entre les autorités fiscales et le juge, ainsi que la conséquence d’une attitude quelque peu fluctuante de la jurisprudence. Dans un premier temps, la Haute Cour de Bombay avait posé dans un arrêt en 1958, le principe de primauté de la substance. Les termes de son arrêt indiquent que « *Dans toute transaction qui relève ou qui se rapproche de considérations fiscales, il faut s’attarder à la nature réelle de la transaction ; il n’est pas nécessaire de s’attarder à la forme, la forme légale de la transaction ; et quand on doit s’attarder à la nature réelle de la transaction, sur un plan légal, la transaction peut s’avérer être une vente, alors que sur un plan substantiel et réel il s’agit d’un ajustement réalisé par certaines personnes pour continuer leur activité sous une forme plutôt que sous une autre* »¹⁹⁴.

367. Dans l’affaire Vodafone, la Cour de Suprême indienne revient sur ces mesures. Elle précise que « *Les autorités fiscales sont en droit de déterminer le véritable caractère légal d’une transaction. Si les parties ont choisi de cacher par un moyen une relation juridique, les autorités fiscales ont alors le droit de faire toute la lumière sur le moyen employé et de déterminer le vrai caractère d’une relation. Mais l’aspect légal d’une relation ne peut pas être substitué par la preuve de la substance d’une transaction* »¹⁹⁵.

368. Dans une autre affaire en revanche, Novo Nordisk, le juge a considéré qu’il y avait une présomption de transaction internationale entre deux sociétés, liées certes mais qui n’étaient pas directement parties prenantes à l’achat de matières premières par la société indienne. Ainsi, la justice indienne a-t-elle considérée l’opération dans sa globalité en faisant fi des structures légales.

369. La loi de finance pour 2014 clarifie l’intention de la Section 92B, qui sert de base légale aux redressements opérés par les autorités fiscales. Elle adopte une position plus

¹⁹⁴ Bombay High Court in Rogers & Company’s case (1958) (34 ITR 336), passage traduit par l’auteur.

¹⁹⁵ Supreme Court in Vodafone International Holdings B.V v. Union of India & Anr (2012) (341 ITR 1(SC))

large de la notion de relation internationale, ce qui la conduit à préciser ce qu'elle entend par bénéficiaire effectif d'un revenu ou d'une transaction.

370. Les critères du bénéficiaire effectif – Le lien contractuel entre deux parties reste le premier critère de reconnaissance du bénéficiaire effectif. Toutefois, la loi précise que l'accord n'est pas censé définir l'ensemble des conditions attestant d'une relation entre une entreprise et une entreprise associée. Il suffit qu'il y ait un lien (nexus), si infime soit-il, avec le territoire indien, entre deux entités, pour que les autorités indiennes soient en droit d'imposer la société étrangère. La jurisprudence indienne va plus loin en reconnaissant la notion de propriétaire économique dans un arrêt Canon Sony et autres¹⁹⁶. Dans cette affaire, concernant la propriété d'une marque, la Haute Cour a statué sur le fait, que le concept de propriété économique était plus pertinent que la propriété légale.

371. A côté de ces diverses interprétations, d'autres pays émergents adoptent la position convenue par l'OCDE dans son modèle, sans s'attarder davantage à amender le modèle ou à définir la notion dans leur législation. Parmi ces pays partageant une vision plus formelle et légaliste, seuls l'Afrique du Sud et le Nigeria apportent quelques précisions. Pour le premier, la notion de bénéficiaire effectif est attachée à la jouissance in fine du dividende.

372. Autrement dit, le bénéficiaire effectif est celui qui dispose du dividende parce qu'il a exercé son pouvoir au travers des actions qu'il détenait. Le Nigeria considère que la notion de bénéficiaire effectif s'applique aux entreprises dont le siège social est établi dans un pays avec lequel il a conclu un traité fiscal. Or le Nigeria a conclu peu de traités de façon générale. Et ceux qu'il a ratifiés, concernent essentiellement des pays émergents.

373. Ainsi, pour les pays émergents même si la clause du bénéficiaire effectif est appréhendée de manière générale comme une clause anti-abus, elle ne joue pas

¹⁹⁶ Canon Sony and Others: Canon India Ltd (2013). Dans le meme esprit GlaxoSmithklim Consumer Healthcare Ltd (2012), Sony India Pvt Ltd (2013), Panasonic Sales & Services India Pvt Ltd (2013), Rayban Sun Optics India Ltd and Daikin Airconditioning India Pvt Ltd (2013)

uniquement ce rôle. Elle devient une clause permettant d'apprécier la véracité d'une opération, et surtout elle donne la possibilité aux pays émergents de considérer dans son ensemble les relations industrielles et commerciales d'un groupe.

374. Néanmoins, dans la mesure où l'on s'accorde à penser que le bénéficiaire est celui qui dispose des droits générant le revenu versé, ou encore celui qui a le pouvoir de décision, la frontière avec le siège de direction effective s'estompe. Avec la globalisation de l'économie, les pays émergents jouent de cette autre notion à des degrés divers pour appréhender le revenu d'activité des entreprises multinationales.

§ II L'interventionnisme des sociétés liées

375. Les pays émergents utilisent les outils conventionnels, mais également leurs propres dispositions de droit interne pour contrôler les activités des sociétés étrangères liées. Cette démarche s'opère de deux manières. D'une part, ils s'appuient sur le concept de sociétés étrangères contrôlées (SEC) figurant dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE repris par l'ONU. Ces sociétés qui ne sont parfois pas clairement établies sur le territoire des Etats s'avèrent être les vrais acteurs et in fine les véritables contribuables (A). D'autre part, les pays émergents s'inspirent des principes posés dans le cadre du projet BEPS. Ainsi, sous couvert quelque fois de lutte contre l'érosion des bases fiscales, ils utilisent un autre procédé, plus subtil, en analysant les activités réalisées non plus par des entreprises liées mais par des entreprises tierces appartenant à un même groupe (B).

A/ Les sociétés étrangères contrôlées

376. Une notion équivoque – Cette notion est une sorte de synthèse des deux notions de transparence et de substance que nous avons pu aborder précédemment. Son apparition est ancienne puisqu'on la trouve en 1915 dans la législation du Royaume-Uni. Elle avait pour objet de permettre à l'Etat britannique de contrôler les entreprises étrangères autres que celles qui étaient sujets britanniques¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Section 31(3) du Finance Act de 1915 du Royaume-Uni

377. Le comité des experts des années 1920 ne s'était pas attardé sur cette notion et avait encore moins soulevé la notion de contrôle. L'introduction de la notion d'« undertaking » à l'article 5 du modèle de 1928¹⁹⁸ était révélatrice d'une certaine ambiguïté dans l'approche. Les commentaires au modèle lui attribuaient une acception large, alors qu'au même moment apparaissaient certaines hésitations autour de la notion d'établissement stable¹⁹⁹. C'est surtout le rapport Carroll²⁰⁰, qui apportera un écho plus large avant que l'OCDE en fasse un des articles clés de son modèle conventionnel.

378. Le paragraphe 1 de l'article 9 du modèle adopté, en effet, une conception formelle et souligne que nous sommes en présence d'entreprises associées « *Lorsque*

a) Une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant, ou que

b) Les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant (...) »

379. L'objet répressif de la notion – A l'origine le modèle de convention fiscale internationale avait pour vocation de donner un cadre aux pratiques de prix de prix de transfert. Le projet BEPS lui donne davantage une connotation répressive. C'est en substance ce que rappelle l'action 3 du Projet BEPS, « *Les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) sont définies pour éviter qu'un contribuable détenant une participation de contrôle dans une filiale étrangère puisse éroder la base d'imposition dans son pays de résidence, voire dans certains cas, dans d'autres pays, en recourant à un transfert vers une SEC* »²⁰¹.

¹⁹⁸ SDN, *Double Taxation and tax evasion Report*, Geneva October 1928, Archives SDN C.562.M.178. 1928 II

¹⁹⁹ En effet, les filiales d'entreprises non-résidentes étaient considérées comme un établissement stable alors qu'elles ont été retirées de la liste du modèle de 1928.

²⁰⁰ SDN, Rapport Mitchell B. Carroll, volume IV, *Archives SDN 1933*

²⁰¹ OCDE (2015), *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Action 3 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264248489-fr>

380. Pour les pays émergents, cette disposition permet de tracer l'origine du revenu généré, ou tout du moins d'identifier la personne redevable. Surtout, ils considèrent que cet article ne peut servir de fondement légal pour échapper à l'impôt, ou justifier que celui-ci puisse leur échapper. C'est dans cet esprit que certains Etats, comme le Brésil, ou encore le Vietnam ont refusé d'inclure le paragraphe 2 de l'article 9 proposé par l'OCDE.

381. Il convient de rappeler, que pour cette-dernière, dans le cas d'une double imposition provoquée par le redressement d'un revenu dans l'Etat de résidence, l'Etat source devrait mettre en œuvre toutes les mesures pour éviter une double imposition économique. En extrapolant les pays émergents ne seraient pas autorisés à procéder à tout redressement d'un prix de transfert considéré comme trop élevé, en application de leurs propres pratiques domestiques, et benchmarks locaux. Aussi pour eux cette notion, dont le champ d'application doit être le plus large possible, leur permet de ne pas pouvoir s'arrêter à la société, ou la structure apparente, mais d'aller chercher celle qui est le véritable décisionnaire en la matière.

382. Deux chemins se dessinent au sein des pays émergents étudiés. Il y a ceux qui estiment que le contrôle des sociétés étrangères contrôlées, doit s'attacher à la réalité de l'activité exercée sur son territoire (1), et ceux qui exercent un contrôle plus formaliste (2), dont les conséquences en matière de traitement fiscal des revenus identifiés sont plus radicales.

1. Le contrôle de réalité des opérations des sociétés étrangères contrôlées.

383. C'est ainsi que les dispositions chinoises introduites en 2008 en matière de SEC ont pour postulat que « *si une entreprise étrangère contrôlée ne distribue pas ses bénéfices à la Chine autrement que pour des besoins commerciaux raisonnables, les bénéfices sont alors taxés en Chine* »²⁰².

²⁰² Y. Yang, *Two paths for developing controlled foreign corporation rules in China*, Bulletin for International Taxation, Novembre 2016

384. Les critères chinois – Pour les autorités chinoises, trois étapes sont nécessaires pour savoir si ces règles sont applicables. Il faut en premier lieu savoir s’il existe une société étrangère contrôlée. Ensuite il convient de savoir si un revenu dégagé par cette société a été identifié. Enfin, il est important de qualifier ce revenu pour qu’il soit imposé en Chine. Les articles 116, 117 et 118 du décret d’application précisent qu’une société étrangère est contrôlée par une société chinoise lorsque l’actionnaire chinois résident détient directement ou indirectement 10 % de la société étrangère, et qu’elle exerce le contrôle sur celle-ci soit par le biais de personnels, des actifs, des opérations commerciales. Dernière précision, le taux d’imposition doit être significativement bas par rapport au taux d’imposition chinois, à savoir inférieur à 50 % des 25 % du taux d’impôt sur les sociétés. Les autorités fiscales chinoises ont eu à connaître un cas de mise en œuvre de ces règles en 2015. Ce cas a fait l’objet de débat dans la mesure où il s’agissait d’une société étrangère établie à Hong Kong. Toutes les conditions étaient remplies bien que le taux significativement bas à savoir 12,5% prôtât à discussion.

2. Le contrôle formaliste

385. A travers un panel de différentes mesures présentées ici, les dispositions de certains pays émergents attachés à un contrôle formaliste définissent un critère unique de pourcentage de détention ou de droits de vote. D’autres encore dressent une énumération de cas.

386. Critère unique de pourcentage de détention – La législation brésilienne, définit quant à elle, la SEC comme investisseur, celui qui détient directement ou par des parties tierces, les droits qui lui permettent d’avoir une base permanente, pour nommer le personnel de direction, et prévaloir sur les décisions de la société. La société étrangère affiliée est celle dans laquelle l’investisseur dispose d’un pouvoir d’influence significatif. A ce titre, la loi estime, que les conditions de cette influence sont réunies lorsque l’investisseur détient 20 % ou plus des titres de la société étrangère. Les revenus dégagés par ces entreprises sont automatiquement imposés au Brésil à due proportion de la détention détenue dans la société étrangère.

387. En Afrique du Sud, la Section 9D²⁰³ stipule, qu'une société étrangère contrôlée est une société dans laquelle une ou plusieurs personnes résidentes en Afrique du Sud, autres que les sièges sociaux, détiennent la moitié des titres ou des droits de vote. Ainsi le revenu net de la SEC doit être réintégré dans le résultat de la société sud-africaine.

388. Toutefois, le paragraphe 9A de cette section limite cette réintégration au revenu rattaché à un établissement étranger opérationnel (foreign business establishment), lorsque celui est lié à la SEC. Néanmoins, les revenus issus de ce type d'établissement doivent être inclus dans la détermination du revenu net de la SEC, à partir du moment où il concerne des achats de biens ou toute activité économique avec une personne (i) ou bien un élément (iA - ii) qui pourrait se rattacher au territoire de la République Sud-Africaine.

389. L'Inde s'appuie sur la Section 92 A de son code fiscal pour appréhender cette notion d'entreprise associée et dicter ses règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées. Ainsi, la Section 92A(1) pose le principe qui veut, que deux entreprises sont considérées comme étant associées si l'une d'elles participe directement ou indirectement ou bien à travers un plusieurs intermédiaires au management ou au contrôle d'une autre entreprise. La Section 92A(2) dresse toute une liste de faits, qui pose une présomption de lien entre entreprises et qui décrit le fonctionnement au sein d'un groupe multinational²⁰⁴. La jurisprudence indienne reste cependant très stricte

²⁰³ South Africa Income Tax Act 1963 amended

²⁰⁴ Section 92A(2) Indian Tax Act : Two enterprises shall be deemed to be associated enterprises if, at any time during the previous year:

- (a) One enterprise holds, directly or indirectly shares carrying not less than 26% of the voting power in the other enterprise; or
- (b) Any person or enterprise holds, directly or indirectly, shares carrying not less than 26% of the voting power in each of such enterprise; or
- (c) A loan advanced by one enterprise to the other enterprise constitutes not less than 51% of the book value of the total assets of the other enterprise; or
- (d) One enterprise guarantees not less than 10% of the total borrowings of the other enterprise; or
- (e) More half of the board of directors or members of the governing board, or one or more executive directors or executive members of the governing board of one enterprise, are appointed by the other enterprise; or
- (f) More than half of the directors or members of the governing board, or one or more of the executive directors or members of the governing board, of each of the 2 enterprises are appointed by the same person or persons; or
- (g) The manufacture or processing of goods or articles or business carried out by one enterprise is widely dependent on the use of know-how, patents, copyrights, trade-marks, licences, franchises, or any other business or commercial rights of similar nature, or any data, documentation, drawing or specification relating to any patent, invention, model, design, secret formula or process, of which the other enterprise is the owner or in respect of which the other enterprise has exclusive rights; or
- (h) 90% or more of the raw materials and consumables required for the manufacture or processing of goods or articles carried out by one enterprise, are supplied by the other enterprise, or by persons specified by the other enterprise, and the prices and other conditions relating to the supply are influenced by such other enterprise; or

quant à l'application de cette présomption d'activité internationale, et de la reconnaissance d'entreprises associées.

390. En effet, dans deux affaires, le juge a considéré que pour être reconnue comme entreprises associées, les conditions posées aux Section 92A(1) et 92A(2) devaient être appliquées de façon cumulatives ou tout du moins complémentaires. Il n'est pas possible que les conditions établies par la Section 92A(1) soient remplies sans que celles de la Section 92A(2) ne le soient pas²⁰⁵.

391. Parmi les pays BENVIM²⁰⁶ mentionnés infra, certains, faute de moyens administratifs suffisants, ont adopté une législation prix de transfert suffisamment large pour leur permettre d'intégrer la notion d'entreprises affiliées dans leur socle législatif. Il ne s'agit pas à proprement parler de dispositions propres aux sociétés étrangères contrôlées, mais il n'en demeure pas moins vrai qu'elles s'appliquent à elles.

392. Parmi ces pays le Vietnam est certainement le plus avancé. Il a adopté une législation qui se rapproche de celle de l'Inde ou de l'Afrique du Sud, dans la mesure où la circulaire 66 du 22 avril 2010 donne une approche assez globale. Elle recense, en son article 4 alinéa 3, quinze types de cas dans lesquels la loi vietnamienne reconnaît l'existence d'entreprises liées. Cette liste fait clairement le lien entre la détention capitalistique, le contrôle des opérations, ou l'exercice d'une activité sur le territoire vietnamien.

393. Certains pays s'identifient à une conception « droit des sociétés » pour définir la relation entre sociétés au sein d'un groupe. Ainsi le Mexique privilégie la forme sur la

-
- (i) The goods or articles manufactured or processed by one enterprise, are sold to the other enterprise or to persons specified by the other enterprise and the prices and other conditions relating thereto are influenced by such other enterprise; or
 - (j) Where one enterprise is controlled by an individual, the other enterprise is also controlled by such individual or his relative or jointly by such individual and relative of such individual; or
 - (k) Where one enterprise is controlled by a Hindu undivided family, the other enterprise is controlled by a member of such Hindu undivided family or by a relative of a member of such Hindu undivided or jointly by such member and his relative; or
 - (l) Where one enterprise is a firm, association of persons or body of individuals, the other enterprise holds not less than 10% interest in such firm, association of persons or body of individuals; or
 - (m) There exists between the 2 enterprises, any relationship of mutual interest, as many be prescribed.

²⁰⁵ Income Tax Appellate Tribunal Bangalore, M/s.Page Industries Ltd.V.DCIT, ITA(TP) N°.163/BANG/2015 ; Income Tax Appellate Tribunal Chennai, Orchid chemicals and pharmaceuticals LimitedV. DCIT, ITA N°771/CHNY/2016

²⁰⁶ Bangladesh Ethiopie Nigeria Vietnam Indonésie Mexique

substance. En ce sens, il s'attarde à considérer qu'une société étrangère est contrôlée à partir du moment où celle-ci participe directement ou indirectement, à l'activité de la filiale étrangère. C'est le même principe qui prévaut en Indonésie, selon l'article 18 du code fiscal, à la différence près qu'il indique les taux de détention.

B/ Les services rendus par les sociétés tierces

394. Dans ses commentaires en 2016 au modèle de convention OCDE, l'Inde « *estime, lorsqu'une société résidente d'un Etat fait partie d'un groupe multinational et qu'elle fabrique des biens ou des services au bénéfice ou pour le compte d'une autre société appartenant au même groupe et résidente de l'autre Etat, alors la première société peut constituer un établissement stable de la seconde* »²⁰⁷.

395. La requalification des services – Cette tendance n'est pas nouvelle en Inde. L'administration fiscale a depuis longtemps requalifié tout service effectué par une entreprise non-résidente comme un établissement stable de celle-ci. L'arrêt Linklaters rendu en 2010²⁰⁸ par la justice indienne est assez révélateur. En l'espèce, la société d'avocats Linklaters basée à Londres conseillait certains de ses clients établis en Grande-Bretagne. Conformément à la loi indienne qui interdit à tout cabinet d'avocat étranger de rendre des services sur son territoire, elle ne disposait pas de cabinet d'avocat sur place.

396. Or, certains associés de Londres s'étaient rendus en Inde pour mieux conseiller leurs clients britanniques, qui eux-mêmes y possédaient des filiales. L'administration fiscale a considéré, que les revenus perçus par le cabinet à Londres constituaient des profits dégagés sur le sol indien, attribuables à un établissement stable du cabinet en Inde. Dans une affaire similaire, concernant un autre cabinet d'avocat opérant dans les mêmes conditions, la justice rejeta la position de l'administration fiscale et précisa que les revenus générés par ces activités de conseil ne pouvaient être assimilés à des profits d'entreprises et attribuables à un établissement stable.

²⁰⁷ Modèle de convention fiscale OCDE, commentaires 2016

²⁰⁸ ITAT Mumbai, 16 Juillet 2010, Linklaters LLP v.ITO, (2011) 9 ITR (T) 217 Mumbai, *Tax Treaty case law*, IBFD

397. Services rendus par une société non-résidente et établissement stable –

L'Indonésie considère également que les services rendus par la société mère peuvent être considérés comme constitutif d'un établissement stable. Le Brésil focalise son attention sur les services rendus par des sociétés tierces associées, aux filiales implantées sur son territoire. Ainsi, dans le cas « PCI do Brasil » Ltda, cette-dernière était détenue par deux sociétés, l'un établie en Argentine, PCI Argentina SA à hauteur de 0,1% et une autre en France, PCI Ingenierie SA.

398. La société brésilienne avait conclu avec la société française un contrat de services, sous l'égide duquel, la société mère française rendait des services administratifs et commerciaux à sa filiale brésilienne afin de lui faciliter la fabrication et l'installation d'équipements nécessaires à la production de voitures. La justice brésilienne a considéré que la société brésilienne agissait comme un intermédiaire et était un établissement stable de la société française. Le juge a estimé que sans ces services, l'activité de la société française n'aurait pu être réalisée et celle-ci n'aurait pas été rentable²⁰⁹.

399. Un nouveau cas de figure émerge au Brésil dans les relations entre sociétés du même groupe. Il s'agit ici des remises accordées par une filiale brésilienne d'un sous-traitant automobile français, Faurecia en l'espèce, à des sociétés françaises membre du groupe, au titre des management fees. La Cour conclut que la société brésilienne effectue en fait pour le compte des sociétés françaises, des prestations de services. A ce titre, elle estime que ces remises sont des profits générés par les sociétés françaises, conformément à l'article 7 de la convention fiscale entre la France et le Brésil. Aussi est-ce en toute logique eu égard au raisonnement de la Cour, que les sociétés françaises disposent d'un établissement stable au Brésil²¹⁰. Cet arrêt confirme une précédente

²⁰⁹ Second-Level Judicial Federal Tax Court (2nd Region), published in the Official gazette le 15 Avril 2010, Appeal 2002.51.01.002701-0 ; Doris Canen, « Permanent establishments : the latest trends from the Brazilian tax authorities – A case law update », *Bulletin for international taxation*, 2016 (Volume 70), N°10, 20 septembre 2016.

²¹⁰ Conselho administrativo de Recurso Fiscais – Cour administrative d'appel fiscale, (CARF), 29 février 2016, décision 2202-003.114 ; Doris Canen, *Permanent establishments : the latest trends from the Brazilian tax authorities – A case law update*, *Bulletin for international taxation*, 2016 (Volume 70), N°10, 20 septembre 2016.

jurisprudence du 12 février 2016, sur le même sujet, concernant la société française Pride Foramer SAS²¹¹.

400. Ainsi pour s'affranchir des structures classiques permettant d'asseoir leur compétence fiscale, les pays émergents privilégient la recherche du revenu généré par une activité sur leur territoire. La plupart du temps, cette recherche ne s'arrête pas aux frontières. La territorialité de l'impôt est appréhendée sous le prisme de la mondialisation de l'activité.

401. Pour les pays émergents, les mesures anti-abus classiques constituent des outils pour lutter contre les opérations frauduleuses. Mais sous couvert de cet objectif unanimement reconnu, elles leur permettent de traquer tout revenu pouvant être rattaché directement ou indirectement à son territoire. Inéluctablement, dans ces deux cas, ils dépassent les structures juridiques classiques.

402. Cette stratégie n'est pas mise en œuvre de façon homogène entre les pays émergents. Elle est en effet fonction du poids et de la maturité économique et fiscale de chaque pays. La distinction entre pays émergés et pays en émergence soulignée par Laurence Daziano, *infra*, prend tout son sens, d'un point de vue fiscal. Les pays comme les BRICS, ont tendance à clairement dépasser le cadre des structures juridiques classiques, et à galvauder certains principes pour satisfaire leur objectif. Cette tendance reflète par ailleurs le rapport qu'ils entretiennent avec le principe « form over substance ». Ces pays ont clairement opté pour une approche « substance over form », parce que leur croissance économique est forte et leurs fondements sont stables. Les pays comme les BENVIM ou certains pays en émergence d'Afrique et d'Asie ont tendance à adapter leur approche à celle soutenue par l'OCDE. Mais ce positionnement est davantage contraint que voulu.

²¹¹ CARF, 12 février 2016, décision 2202-003.063; Doris Canen, *Permanent establishments: the latest trends from the Brazilian tax authorities – A case law update*, Bulletin for international taxation, 2016 (Volume 70), N°10, 20 septembre 2016.

Conclusion Titre I

403. L'application des principes dominants de fiscalité internationale par les pays émergents semble déroger de prime abord aux canons juridiques traditionnels exposés en général par la doctrine fiscale internationale, et en particulier par les pays développés. Pour autant à certains égards ils ne font que pousser la logique de certains principes.

404. Leur positionnement juridique est le fruit d'une volonté constitutionnelle de reconnaître les dispositions internationales, et notamment fiscales, qu'ils ont admises, tout en conservant une certaine maîtrise des conséquences que ces engagements peuvent produire sur le niveau de leur compétence fiscale. Leur méthode de transposition bien que moniste laisse une primauté aux règles de droit interne. Cette démarche les conduit à adapter des normes fiscales internationales, dont la force juridique contraignante n'est pas clairement établie et à maintenir une certaine ambivalence entretenue aussi bien par le pouvoir législatif que par le rôle du juge.

405. Le conflit de lois – Force est de constater que la démarche adoptée par les pays émergents pour appliquer les principes de fiscalité internationale ne permet pas de garantir une sécurité juridique aussi bien pour les contribuables que pour les Etats. Rien n'empêche en effet, un Etat émergent de prendre une disposition qui placerait le contribuable dans une configuration juridique difficile quant au paiement de l'impôt, laissant augurer, soit une double imposition, ou bien une absence d'imposition, quels qu'en soient au demeurant, les motifs invoqués. Tout laisse à penser, que le droit fiscal international se retrouverait dans les mêmes dispositions que les problématiques de droit international privé²¹². C'est un des apports des pays émergents au débat doctrinal. Leur positionnement, leur démarche juridique pose la problématique de la résolution des conflits en matière de fiscalité internationale. Ce sujet était jusqu'à présent cantonné au droit international privé. Cette volonté de conserver la maîtrise des méthodes de transposition et l'adaptation des principes et pratiques accentuent les conflits entre les dispositions défendues par les instances fiscales internationales et les

²¹² A ce titre, la Convention multilatérale pourrait être assimilée à une sorte de Convention de Bruxelles 1 et 2 fiscale. Ces conventions sont chargées de régler toute problématique de lois applicables en matière délictuelle, ou tout conflit de compétences entre Etats.

règles de droit interne. Mais contrairement au droit international privé, il n'existe pas de modes de résolutions objectifs. Au fond le terme « conflits de lois » semble être impropre comme le souligne le Professeur Allix, « *car il s'agit non de lois qui se superposent, mais de lois qui se juxtaposent et la coexistence de ces lois n'a rien d'irréalisable (...)* »²¹³.

406. L'ADN de la fiscalité internationale suppose un droit qui suggère plus qu'il n'impose ou interdit. Les pays émergents mesurent cette subtilité. Cela leur donne l'occasion d'élargir le spectre de leur compétence. Même si le droit international dont relève les dispositions fiscales internationales vient limiter spatialement leur compétence, « *les autorités publiques se sont mutuellement convaincues qu'elles ne devaient imposer que les revenus qui prennent leur source à l'intérieur de leurs frontières* »²¹⁴. Or le mode de transposition adopté par les pays émergents et la marge d'appréciation qu'ils s'octroient fissurent ce *modus operandi* et impose un nouveau *modus vivendi* au sein du système fiscal international.

407. Finalement deux démarches s'opposent : la volonté de judiciariser la fiscalité internationale et la politisation juridique de celle-ci. Les pays émergents hésitent. L'intégration croissante de l'économie mondiale exacerbe la concurrence, même dans des domaines régaliens comme la fiscalité. Elle les incite à imposer une personne ou un revenu, sans se soucier du sort que d'autres juridictions lui réservent. L'application des dispositions fiscales internationales développées par le droit interne des pays émergents ne se limite plus aux frontières de chaque Etat. Elle a vocation à devenir extra territoriale. Cette extra territorialité n'est pas une compétence normative que s'arrogent les Etats. Elle s'impose à eux.

408. Aucune règle n'interdit explicitement à un Etat d'adopter des règles ou d'interpréter des normes fiscales qui auront une portée hors de ses frontières, excepté les accords internationaux qu'ils ont contractés. C'est ce que souligne Kevin Holmes à

²¹³ E. Allix, *L'étranger et l'impôt*, Cours à l'Académie de Droit de La Haye, 1937. Il ajoute « *la plupart des auteurs admettent avec raison que la double imposition n'est par elle-même ni absurde ni illégitime. Il peut y avoir des raisons très valables pour que plusieurs pays réclament des impôts à la même personne, parce que certains liens la rattachent à chacun d'eux* »

²¹⁴ E. Robert, *Eléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris2 Panthéon-Assas, 2011

propos des conventions fiscales « *Bien que les règles de conflit concernent la compétence d'application des Etats concernés, elles ne concernent pas la compétence législative de l'Etat. Les règles de conflit laissent la juridiction fiscale inchangée ou la restreignent, mais elles ne peuvent pas l'étendre. L'objet de la convention de double imposition est la limitation de l'exercice de la compétence fiscale, et non la limitation de la compétence législative des Etats concernés* »²¹⁵.

409. L'objectif essentiel du Comité des affaires fiscales de l'OCDE est de faire coexister des compétences fiscales contradictoires par nature et de poser les limites au-delà desquelles la coexistence n'existe plus. Ce rôle de coordinateur le conduit à être à la fois acteur et auteur des normes fiscales internationales. Celui-ci n'a jamais été remis en cause. Et la communauté fiscale internationale convient même que l'OCDE a conquis une place sans nulle autre pareil en matière normative, notamment depuis la mise en place des travaux sur l'érosion des bases fiscales et la répartition des profits.

410. Néanmoins, si son pouvoir normatif est reconnu, il n'est que la conséquence, soit d'un transfert de la compétence normative des Etats membres, soit de l'exercice par ces Etats de leur compétence normative au sein d'une enceinte multilatérale. Il n'en demeure pas moins que cette compétence normative, et avec elle, la norme issue des travaux de l'OCDE s'impose aux Etats, ou influence leur comportement fiscal. Ceci ne signifie pas pour autant, que tous acceptent cet état de fait.

411. Pour le Professeur Bühler « *les normes du droit fiscal international – celles de droit interne tout comme celles des accords – ne s'épuisent pas dans la détermination de la loi fiscale compétente, mais en général confirment ou nient l'imposabilité d'une source par un pays et sont par là des normes matérielles. Cependant, elles ne sont pas des normes de caractère autonome, presque jamais l'imposition n'est réglée uniquement et directement par la disposition de l'accord, mais en connexion avec une disposition du droit interne* »²¹⁶. En somme, c'est parce que cette norme ne contrevient pas à la norme interne, voire la complète, que les Etats l'acceptent.

²¹⁵ K. Holmes, *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, IBFD, 2014

²¹⁶ O. Bühler, *Les accords internationaux concernant la double imposition et l'évasion fiscale*, Cours à l'Académie de Droit de La Haye, volume 55, 1936

412. Toute la difficulté de la production normative fiscale internationale actuelle est donc souvent dépendante au renvoi en droit interne qu'elle exige. Les pays émergents ne se sentent pas non plus obligés par les accords fiscaux internationaux qu'ils concluent comme le démontre l'utilisation qu'ils font des méthodes de réception du droit international dans leur droit interne. Pour autant l'OCDE s'est efforcée de créer des concepts supranationaux communs qui sont eux-mêmes repris dans la législation des pays émergents. Mais cette terminologie fiscale internationale commune ne peut être correctement appliquée qu'à partir du moment où il y a une concordance des décisions, une compréhension harmonieuse et uniforme. Les concepts d' « entreprise » ou d' « activité » par exemple que l'on retrouve aux articles 3 et 7 du modèle de convention OCDE nécessitent une compréhension commune. Le droit interne des pays émergents ne peut avoir pour effet une interprétation exagérée de l'exercice d'une activité lucrative telle qu'elle est prévue par les principes de fiscalité internationale. Ceux-ci ne peuvent pas non plus ignorer les positions des pays émergents afin d'éviter un renvoi systématique au droit interne faute de définitions suffisamment précises. Cet équilibre juridique est un travail constant qui laisse place parfois à des velléités d'adaptation par les pays émergents de la norme fiscale internationale telle qu'elle est posée. Ce souci d'adaptation ne les conduit cependant pas à déroger du cadre juridique international. Il est une première étape vers une autonomie croissante qu'ils revendiquent en matière de fiscalité internationale. L'instrumentalisation des pratiques constituent en revanche une seconde étape.

TITRE II – LA TRANSFORMATION DES PRATIQUES

FISCALES INTERNATIONALES PAR LES PAYS EMERGENTS

413. L'accélération de la mobilité du capital a contraint certains pays développés comme les Etats-Unis²¹⁷, à abandonner progressivement toute imposition du capital. Elle a également eue pour conséquence une diminution des retenues à la source appliquées sur les intérêts versés par une filiale à sa société mère.

414. Attirer les capitaux, une politique sous contrainte pour les pays émergents – Au fil du temps, l'imposition effective du capital est devenue proche de zéro²¹⁸. Dans un contexte de concurrence fiscale exacerbée, cette tendance n'a pas épargné les pays émergents. Ils se sont alors résolus à infléchir leur politique fiscale en matière de taxation des capitaux²¹⁹. Cette inflexion s'est accompagnée d'une stratégie d'exemptions fiscales. Toutefois celle-ci ne s'est pas révélée aussi efficiente qu'espérée, et n'a pas non plus constitué un facteur d'implantation.

415. D'autres éléments bien plus structurants, comme le coût de la main d'œuvre ou les niveaux de productivité enregistrés, étaient pris en considération et restent toujours importants, pour améliorer la rentabilité. A cela s'ajoute le coût budgétaire que revêt l'octroi d'exemptions fiscales, pour les finances publiques de pays déjà exsangues. La marge de manœuvre des pays émergents, pour élargir leur assiette imposable, en matière d'imposition des capitaux, semble donc limitée, ou tout du moins, dépendante des politiques fiscales menées par les autres pays, notamment ceux qui investissent dans leurs pays.

²¹⁷ R. S.Avi-Yonah, *Bridging the North / South divide : international redistribution and tax competition*, Université de droit du Michigan, Mich.J.Intl L.26, n°1 (2004) : 371-87 « Depuis que les États-Unis ont aboli leur retenue à la source sur les intérêts versés aux étrangers en 1984, aucun grand pays importateur de capitaux n'a été en mesure de l'imposer, de peur de conduire des capitaux mobiles ailleurs ». Cette politique à destination des personnes physiques, s'est accompagnée d'une diminution des taux appliqués aux entreprises.

²¹⁸ L. Chennells et R. Griffith, *Taxing profits in a changing world*, Institute for Fiscal Studies, Londres 1997.

²¹⁹ La distinction opérée par Musgrave entre pays exportateurs de capitaux, à savoir les pays développés et pays importateurs de capitaux, autrement dit les pays émergents, tend à s'atténuer. Les politiques fiscales de diminution de l'imposition du capital tendent à démontrer que les pays sont des importateurs de capitaux à des échelles plus ou moins grandes.

416. En revanche, leur autonomie d'action est plus importante pour l'imposition des revenus liés aux activités industrielles et commerciales, dont la volatilité, par définition, est moins prononcée. La méthode de transposition des principes de fiscalité internationale adoptée par les pays émergents, permet d'établir un cadre juridique. Comme nous l'avons évoqué, les méthodes de réception ne préjugent cependant pas d'une part de la bonne application des principes de fiscalité internationale et leur laisse d'autre part une marge d'adaptation et d'interprétation.

417. La primauté donnée aux règles de droit interne prend alors tout son sens, lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux pratiques fiscales internationales, dont « le caractère juridique contraignant » ne se traduit qu'à travers des objectifs généraux qui leur sont assignés. Ces pratiques fiscales parfois anciennes, parfois nouvelles font l'objet d'une instrumentalisation de la part des pays émergents.

418. La vocation du multilatéralisme, un frein à l'instrumentalisation – Effet direct ou indirect, le mouvement de multilatéralisme fiscal initié par l'OCDE s'inscrit dans ce contexte. Longtemps considéré comme impossible à mettre en œuvre en matière fiscale, il apparaît comme une réponse fiscale à la globalisation des activités des entreprises multinationales et aux comportements des pays émergents.

419. Les premiers rédacteurs des modèles de conventions fiscales internationales des années 1920 avaient travaillé sur ce type de relation avant de proposer un modèle bilatéral face aux difficultés politiques de sa mise en œuvre. Les actions BEPS ont remis le travail sur l'ouvrage avec plus de succès. Il s'agit toutefois de s'atteler à un jeu d'équilibre, car il peut apparaître paradoxal de considérer la lutte contre la réduction des bases fiscales comme un problème collectif, et s'abstenir d'envisager toutes actions collectives. Celles qui le sont laissent, malgré tout aux Etats une certaine liberté d'application et de mise en œuvre²²⁰.

420. L'objectif initial de l'action 15 est d'harmoniser les dispositions conventionnelles. Le mécanisme de l'instrument prévoit que les Etats n'ont pas à renégocier chacune de

²²⁰ N. Nuggehalli, *Multilateralism in the OECD BEPS initiative: a view from India*, Université de Bangalore

leur convention fiscale, afin de rendre applicable immédiatement les dispositions proposées. « *Il aboutirait à des résultats synchronisés qui épargneraient des ressources et amélioreraient la clarté des règles relatives à BEPS contenues dans les conventions fiscales internationales* ». Il offre par ailleurs aux pays émergents « *une meilleure chance de tirer profit des efforts multilatéraux déployés pour lutter contre BEPS* »²²¹.

421. Le rapport final insiste sur le respect de la souveraineté des Etats, « *conscient de l'importance de garantir le respect de cette souveraineté, ce rapport (l'Action 15) se concentre sur la mise en œuvre des mesures liées aux conventions fiscales, même si un instrument multilatéral pourrait, en principe, également être utilisé pour prendre des engagements quant à la mise en œuvre des mesures liées au droit interne* »²²². Ce passage équivoque, traduit la difficulté de conjuguer la volonté de mise en œuvre rapide et concrète des principes dominants de fiscalité internationale, et l'absence d'outils permettant leur application en droit interne.

422. Cadre inclusif, vecteur d'intégration des pays émergents – Néanmoins, la convention multilatérale s'avère être un formidable accélérateur d'intégration de ces principes et des pratiques fiscales. Surtout l'établissement en 2016 lors du Sommet du G20 d'Hangzhou d'un cadre inclusif général destiné à réfléchir à l'élaboration et à l'application des mesures anti-BEPS permet aux pays émergents d'accéder le cas échéant à un statut de quasi associé au Comité des affaires fiscales. Cette perspective ne les dévie cependant pas du chemin sur lequel ils se sont engagés à savoir la transformation de certaines pratiques fiscales internationales.

²²¹ OCDE (2015), *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Action 15 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264248588.fr>

²²² *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Action 15 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Editions OCDE (2015) Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264248588.fr> « *Un instrument multilatéral peut régler les problèmes de BEPS liées aux conventions fiscales tout en respectant l'autonomie souveraine en matière fiscale. Le concept d'autonomie souveraine est un principe fondamental qui sous-tend l'ordre international et qui constitue le fondement de la négociation de traités internationaux. En matière fiscale, ce concept est le ciment du cadre stable au sein duquel les Etats ont pu élaborer des dispositifs permettant à l'ensemble des économies de marché de tirer avantage de la mondialisation. Historiquement, les gouvernements ont recouru au droit interne et aux traités bilatéraux pour parvenir à un juste équilibre entre souveraineté nationale et coopération internationale dans ce domaine. Les pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices étant la résultante des interactions entre les législations et les traités de multiples pays, les gouvernements doivent intensifier leur collaboration par le biais d'un instrument multilatéral contraignant visant à la fois à empêcher que le réseau de conventions facilite ces pratiques et à protéger la souveraineté des Etats* ».

423. Ainsi sous couvert de lutte contre l'érosion des bases fiscales, ils les transforment, au risque de fragiliser l'invocabilité de la norme juridique et de provoquer des conflits entre les règles fiscales de droit interne et ces dispositions internationales. Cette démarche se traduit en premier lieu par une pluralité des pratiques (Chapitre I) qui conduit à une instrumentalisation des nouvelles actions développées par l'OCDE dans le cadre notamment du projet BEPS (Chapitre II).

Chapitre I La pluralité des pratiques

424. A ce stade de l'étude on pourrait estimer que les pays émergents se sont engagés dans une voie de refus et de rejet des dispositions de fiscalité internationale. La transformation de certains principes attesterait à certains égards cette démarche. Mais en vérité ils opposent simplement une argumentation, un raisonnement clair et circonstancié. Ils reconnaissent l'utilité, la place d'une règle, d'une norme, ou d'une pratique, mais ils ne leur accordent pas la même signification que d'autres. Ils soulignent et mettent en exergue l'inadaptation de certaines pratiques fiscales anciennes, à l'évolution des activités et des échanges internationaux et des traitements fiscaux qui en découlent.

425. La conception économique de l'alléance fiscale – Depuis les premiers modèles de convention fiscale la matérialisation de l'activité taxable et la rémunération normale des activités transfrontalières, sont les deux éléments, qui gouvernent toutes les dispositions fiscales internationales.

426. Ils puisent leur source dans une conception économique de l'alléance fiscale. Le rapport des quatre économistes, paru en 1923, insistait déjà sur cette dimension économique pour établir la compétence fiscale des Etats²²³. Leur position annonçait une conception bien plus large que celle retenue par les rédacteurs finaux des modèles qui finalement limitent la mise en œuvre de cette doctrine au formalisme de l'activité taxable. Dans sa thèse, Nicolas Vergnet souligne que les auteurs héritent au moment où ils écrivent de l'opposition entre la théorie de la faculté et celle des services rendus issue du XIX^{ème} siècle²²⁴. Ceux-ci vont tenter de définir la compétence fiscale des Etats eu égard à la doctrine de l'alléance économique. Cette-dernière « *cherche à diriger la compétence fiscale vers l'Etat dans lequel sont situés les intérêts*

²²³ SDN, « *Cependant, à l'époque moderne, la force de l'alléance politique a été considérablement affaiblie. (...). Le point de départ de la théorie moderne doit donc être la doctrine de l'alléance économique* ». Rapport des économistes, *Archives SDN 1923*

²²⁴ La théorie de la faculté est subjective. Elle place l'intérêt général et l'appartenance à une communauté au-dessus de tout. Elle accorde de ce fait une importance particulière à la compétence fiscale des Etats de résidence. La seconde, la théorie des services rendus est plus objective et porte son analyse sur les services rendus par l'Etat de situation, l'Etat source.

économiques de la personne, tout en reconnaissant que le droit d'imposer ainsi reconnu reposera sur les critères traditionnels »²²⁵.

427. Le comité des experts de la Société des Nations privilégie l'approche selon laquelle une activité ne peut être imposée sur un territoire sans que le contribuable qui est redevable ne soit intégré à la vie économique de celui-ci. C'est la naissance du concept d'établissement stable, dont les premières définitions sont aléatoires. Conscient de cette ambivalence, l'OCDE a tenté depuis 1963, de délimiter le champ d'application de cette notion, en dressant une liste de plus en plus limitative de facteurs qui pourraient constituer un établissement stable.

428. Cette démarche n'était pas sans fondement. Elle limitait à l'avenir la compétence fiscale des pays émergents et préservait celle des pays développés. Cependant, sous l'impulsion conjuguée, et l'influence réciproque, d'une part, d'une économie mondiale de plus en plus intégrée, et d'autre part, de la remise en cause par les pays émergents de la notion classique de l'établissement stable, l'effet recherché s'est inversé. Au lieu de renforcer cette notion, nous assistons à une forme d'« *érosion progressive d'un concept centenaire* »²²⁶, car « *il existe une persistance de la tension entre le droit d'imposer de l'Etat de situation de la personne et celui de l'Etat dans lequel ses revenus trouvent leur origine* »²²⁷.

429. L'installation fixe d'affaires semble devenir un critère désuet. Celle-ci ne permet plus d'identifier la création de valeur. Ce mouvement n'est cependant pas isolé. La requalification de la nature de certains flux transfrontaliers entre entreprises liées, participe également de cette tendance consistant à vouloir amender les pratiques fiscales traditionnelles.

²²⁵ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020,

²²⁶ N. Vergnet, *Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie*, Revue de Droit Fiscal, N°39, 476, 28 septembre 2017

²²⁷ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

430. Ces exemples illustrent la multiplicité des pratiques développées par les pays émergents. Ils s'inscrivent dans une démarche plus profonde, qui révèlent la relativité des critères classiques de l'activité taxable dans le cadre des activités internationales (Section I). Cette attitude s'accompagne par ailleurs, d'une remise en cause des méthodes d'évaluation des flux transfrontaliers. Bien que le principe de pleine concurrence ait été transposé dans le droit interne de nombreux pays émergents, l'application des méthodes qui concourent à la mise en œuvre de ces principes, sont de plus en plus revisitées à la faveur des cas particuliers et des contentieux qui apparaissent (Section II).

Section I La relativité des critères classiques de l'activité taxable

431. La fiscalité internationale met à disposition de toute entreprise multinationale différents outils pour exercer de manière sécurisée son activité en dehors du territoire d'implantation de son siège social. C'est ainsi que l'entreprise peut poursuivre son développement, soit par le biais d'un établissement stable, soit par la création d'une filiale, ou encore par la facturation de services destinés à l'usage ou à la concession d'usage d'outils indispensables à l'exercice de son activité, qui d'un point de vue fiscal, constituent des redevances. Mais il existe une « *difficile identification des liens personnels pour les personnes morales* » qui est révélatrice de la « *faiblesse des critères de la résidence fiscale conventionnelle* ». Ceci « *traduit toute la difficulté qu'il y a à appliquer une théorie redistributive telle celle de la faculté à des personnes qui en sont dénués (...)* La réalité des liens personnels ou économiques entre les contribuables et les Etats, ne relève cependant pas toujours de l'évidence »²²⁸

432. La globalisation de l'économie, l'atomisation des facteurs de production, la disparité des éléments de création de valeur, fragilisent les critères classiques d'affectation du résultat de l'activité taxable.

²²⁸ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

433. Bien que les solutions proposées par les actions BEPS semblent davantage satisfaire les positions et les propositions des pays émergents que celles des pays développés, ceux-ci remettent en cause l'affectation de l'activité, et à travers elle la notion d'installation fixe d'affaires (Paragraphe I). Soucieux d'élargir leur compétence fiscale et d'éviter toute érosion légale de leur base taxable, les pays émergents instrumentalisent les pratiques fiscales internationales en atténuant la frontière dressée entre prestations de services et redevances (Paragraphe II).

§ I La remise en cause de l'affectation de l'activité

434. Du travail à la chaîne à la rationalisation du travail au sein d'une même entité de fabrication, la poursuite par une entreprise de son activité a dû s'adapter à une répartition du travail de plus en plus internationalisée et intégrée. Depuis la genèse de la notion de l'établissement stable²²⁹, elle ne pouvait s'exercer que par l'existence d'une présence humaine et/ou d'une installation fixe d'affaires. Celle-ci permettait aux autorités fiscales d'un Etat d'identifier clairement l'exercice sur son territoire, d'une activité d'une entreprise étrangère, en dehors de toute forme légale classique.

435. Le principe – La rédaction de principe de l'article 5 du modèle de convention fiscale OCDE est restée inchangée depuis 1963 : « *Au sens de la présente convention, l'expression 'établissement stable' désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* »²³⁰.

436. Ainsi cette notion est-elle intimement liée à l'existence d'une structure, qui permet d'accueillir l'activité de l'entreprise. L'établissement stable est la concrétisation « *d'un lien d'activité fixe par l'intermédiaire duquel une entreprise effectue tout ou partie de*

²²⁹ John F. Avery, J.P. Le Gall, R.J Vann et al, *The origin of concepts and expression used in the OECD Model and their adoption by States*, Bulletin Tax Treaty Monitor, IBFD 2006. « *Le terme est issu d'un usage dans le droit allemand du XIXème siècle. Le terme « Betriebsstätte » a été utilisé pour la première fois dans la loi fiscale prussienne de 1885, au même titre que la notion d'agent et de place effective de management, et depuis 1891, il prit la connotation fiscale actuelle. Le décret allemand de double imposition de 1909, a défini le concept qui se rapproche de la définition donnée par l'OCDE. Il fait son apparition pour la première fois dans la convention fiscale conclue entre l'Autriche et la Hongrie en 1899 par les dispositions suivantes : 'Les éléments suivant sont considérés comme un établissement stable (Betriebsstätten) : des succursales, des usines, des entrepôts, des bureaux, des installations d'achat et de vente et tout autre établissement utilisé par l'entrepreneur lui-même pour l'exécution de son activité, comme des partenaires commerciaux, des agents autorisés ou agents permanents* »,

²³⁰ Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, 2010

ses opérations. Cette entreprise comporte à la fois une obligation de nature géographique (il faut qu'un lieu physique fixe soit reconnu comme un établissement stable) et une obligation temporelle, (il faut que la présence de l'entreprise en ce lieu ne soit pas simplement temporaire eu égard au type d'activité exercé) »²³¹.

437. Dans la mesure où l'identification première d'un établissement stable ou de toute activité réside dans l'existence d'une installation fixe, l'OCDE ne pouvait finalement faire autrement que de reconnaître qu'un outillage ou des machines pouvaient constituer un établissement stable « *dans certains cas* »²³².

438. Atomisation des lieux d'activité – Mais avec l'automatisation de l'appareil de production, les critères classiques de reconnaissance d'une activité s'effritent. La dématérialisation de l'économie ne modifie pas seulement le processus de production, mais également le système de gouvernance des entreprises, qui ne ressemble plus à ce qu'il était au milieu du XX^{ème} siècle ou encore au début du XXI^{ème} siècle. On assiste alors à une sorte de multiplication des places effectives de management.

439. En effet, les systèmes de fabrication peuvent se faire désormais à distance, le processus décisionnel d'une entreprise n'est plus aussi vertical qu'il l'était. Il devient de plus en plus horizontal afin de s'approcher au plus près de la localisation de la création de valeur.

440. Le développement de toute activité industrielle et commerciale dépend aujourd'hui de l'émergence et de la pénétration toujours aussi profonde des nouvelles technologies de l'information dans leur activité. Celle-ci permet de générer des économies d'échelle. Les pays émergents prennent toute leur place dans cette recherche de rentabilité. Ils accordaient jusqu'à présent une certaine souplesse aux entreprises multinationales pour assurer leur développement et n'étaient pas si exigeants. Ils ont donc accompagné d'une certaine manière cette atomisation des activités.

²³¹ Rapport OCDE, *Les règles actuelles d'imposition des bénéficiaires industriels ou commerciaux prévus par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ?* Rapport final, Centre de Politique et d'administration fiscales

²³² OCDE, Commentaires sur l'article 5 concernant la définition de l'établissement stable. Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée, juillet 2008.

441. Cette situation fragilise par essence la définition même de l'établissement stable, ou tout du moins ne permet plus de considérer qu'une entreprise étrangère puisse exercer son activité autrement que par l'existence d'une structure, d'une installation dédiée. Les pays émergents ont mesuré le potentiel de recettes fiscales que pouvaient augurer la convergence de la multiplication des lieux d'activités, l'émergence de la notion de création de valeur. La révolution numérique et technologique fragilise les critères de l'établissement stable et conforte les positions des pays émergents (A). De manière générale, elle met en exergue les divergences quant à la détermination du résultat qui lui est affecté (B).

A/ La délimitation des critères de l'établissement stable

442. Un retour aux sources – Leur approche sonne comme un retour aux sources des premiers travaux de fiscalité internationale. La lecture de l'article 5 des modèles de 1927 et 1928 est frappante en ce sens qu'elle ne mentionne pas la notion d'installation fixe d'affaires pour caractériser l'établissement stable. Le fait même d'assimiler une filiale société dotée pourtant d'une personnalité morale à un établissement stable semble reléguer la notion, alors qu'elle est un élément central de la vie fiscale des affaires, puisqu'elle détermine la poursuite d'activité d'une entreprise non-résidente sur le territoire d'un Etat. Ce n'est qu'en 1943 avec le modèle de convention établi à Mexico que l'on évoque l'installation fixe d'affaire. Mais il semble qu'elle ne suffise pas à caractériser en tant que telle la définition dans la mesure où chaque modèle énumère un certain nombre d'exemples qui au fil du temps sont devenus un enjeu. Le cadre établi par l'OCDE²³³ destiné à donner plus de consistance à la définition s'inspire beaucoup de celui des experts des années 1920, et n'est pas sans rappeler l'article 5 des modèles de convention de 1927 et 1928²³⁴.

²³³ « L'expression établissement stable comprend notamment : a) un siège de direction, b) une succursale, c) un bureau, d) une usine, e) un atelier et f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

3. Un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse douze mois.

4. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas établissement stable si a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise ; b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison ; c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise ; d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise ; e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer pour l'entreprise toute autre activité ; f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a)

²³⁴ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, April 1927, Archives SDN C.216.M.85.1927 II; *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, October 1928,

Mais force est de constater, que loin de clarifier la définition, cette liste peut prêter à confusion. Entre les versions des modèles de conventions de 1927 et de 1928, des différences apparaissent. A titre d'exemple, les filiales figuraient dans la première liste de 1927, alors qu'elles n'apparaissent plus en 1928.

443. Les commentaires des modèles de conventions sont par ailleurs assez révélateurs de ce qui pourraient apparaître a priori comme des erreurs. Ils mettent en lumière le peu d'attachement voire le rôle subalterne de l'impact de cette énumération. Pour les experts des années 1920, la poursuite de l'activité d'une entreprise sur le territoire d'un autre Etat, peut prendre finalement n'importe quelle forme. Ce qui compte en somme, c'est l'exercice proprement dit de l'activité. Ils précisent en substance que le « *Le terme entreprise ou activité doit être compris dans son sens le plus large, afin de couvrir toutes les entreprises, (...), sans distinction aucune entre personne physique et morale* »²³⁵.

444. C'est ce qui ressort des travaux de la seconde conférence régionale fiscale de Mexico en 1943, et dont l'élaboration d'un modèle conventionnel alternatif souligne en son article IV, que « *les revenus de toute activité industrielle, commerciale ou agricole et de toute autre activité lucrative ne sont imposables que dans l'Etat où l'activité est exercée* ». Le protocole dresse une liste des installations qui pourraient caractériser un établissement stable. Celle-ci s'avère bien plus étoffée que celle présentée dans le modèle de 1927 et a fortiori dans celui de 1928²³⁶. Surtout, il insiste sur le fait que « *toutes autres bases fixes ayant un caractère productif* »²³⁷ peut constituer un établissement stable.

C.562.M.178.1928 II, Draft Convention N°Ia. Le modèle de convention 1927 précise en son article 5 « Les véritables centres de gestion, les sociétés affiliées, les succursales, les usines, les agences, les entrepôts, les bureaux, les dépôts, sont considérés comme des établissements permanents ». L'article 5 du modèle de convention 1928 mentionne « Les véritables centres de gestion, les succursales, les usines, les mines et champs de pétrole, les usines, les ateliers, les agences, les entrepôts, les bureaux, les dépôts sont considérés comme des établissements permanents ».

²³⁵ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, April 1927, Archives SDN C.216.M.85.1927 II; *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, October 1928, Archives SDN C.562.M.178.1928 II, Draft Convention N°Ia.

²³⁶ SDN, *Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, Commentary and Text*, Geneva, November 1946, Archives SDN C.88.M.88.1946.II.A. « *Le terme établissement stable inclut les sièges de société, les succursales, les mines et champs pétroliers, les plantations, les usines, les ateliers, les entrepôts, les bureaux, les agences, les installations, les locaux professionnels* ».

²³⁷ SDN, *Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, Commentary and Text*, Geneva, November 1946, Archives SDN C.88.M.88.1946.II.A.

445. Les définitions des modèles de 1927 et 1943 partagées par les pays émergents

– C’est justement cette vision que défendent les pays émergents. Elle les conduit à relativiser la définition de l’établissement stable établie par l’OCDE. Ce mouvement semble d’autant plus irréversible que cette dernière a jugé opportun de mentionner dans ses commentaires en 2014, que l’établissement stable devait avoir un « *caractère productif, c’est-à-dire contribuer aux bénéfices de l’entreprise. Ce point de vue n’a pas été retenu dans la présente définition. Il est en effet évident que, dans une entreprise commerciale bien administrée, chaque élément de l’entreprise contribue à la productivité de l’ensemble. Il ne s’ensuit pas nécessairement que, du fait que dans le cadre général de l’organisation, un établissement particulier a ‘un caractère productif’, on puisse attribuer, à bon droit, à cet établissement une part de bénéfices en vue de l’imposition dans un territoire particulier* »²³⁸. Le concours de l’Action 7 du projet BEPS sur ce sujet n’est pas éclairant dans la mesure où elle ne fait qu’envisager les situations grossières destinés à éviter la qualification d’établissement stable²³⁹.

446. Alors que la notion d’activité propre devient un enjeu fiscal, l’absence d’adaptation aux nouvelles situations, laisse à penser pour certains auteurs, que ces actions ne sont pas destinées à modifier véritablement les principes fiscaux internationaux existants²⁴⁰. Les réserves émises en 2016 par les pays émergents au modèle de convention donnent un aperçu de la conception qu’ils soutiennent. Elle rejoint à peu de choses près celle du modèle onusien. Ainsi ce dernier rassemble dans un même article les dispositions des articles 5 et 15 du modèle OCDE. Surtout, il prend le contrepied de l’article 5§4 de celui-ci, en reconnaissant l’existence d’un établissement stable de services sans faire référence à l’existence d’une installation fixe²⁴¹. La plupart des pays émergents suivent les positions du modèle ONU particulièrement dans ce domaine. En matière d’établissement stable de services la

²³⁸ Modèle de Convention OCDE, Commentaires 2014

²³⁹ L’Action 7 privilégie effectivement davantage le traitement des positions abusives, comme le rôle des commissionnaires, ou encore la fragmentation des contrats d’appel d’offres ou de services, qui réunis peuvent potentiellement former un établissement stable.

²⁴⁰ A. Wanyana Oguttu, *Tax Base Erosion and Profit Split in Africa – Part 2 : A critique of some priority OECD actions from an African perspective*, International Centre for Tax and Development, Working paper 64, Février 2017 ; traduction par l’auteur.

²⁴¹ Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, édition 2011.

position semble commune même si les chemins empruntés divergent. En ce sens la législation indienne et l'interprétation des autorités fiscales des principes de fiscalité internationale reconnaissent l'existence de fait, même parfois au sein d'une filiale d'une société non-résidente, d'un établissement stable de services. La jurisprudence de ce pays atténue quelque peu ce principe en s'attardant sur la nature des services rendus²⁴². Le Mexique de son côté a intégré dans certaines conventions fiscales cette notion d'établissement stable de services.

447. La redéfinition par les pays émergents des notions d'entreprise et d'activité

– Mais la vraie différence entretenue par les pays émergents réside dans la notion même d'établissement stable. Peu de législations emploient ce concept. Certains pays empruntent quelques termes mais pas la notion complète. Il en est ainsi de la Chine qui préfère utiliser les termes établissement (Ji Gou) et place (chang Suo). Le Brésil emploie au système d'imposition indirecte le concept de « rendering establishment », qui identifie plus facilement le lieu de réalisation des services et donc la source d'imposition. Ces exemples démontrent que les pays émergents bâtissent leur interprétation souvent en dehors de la dimension fixe de l'installation d'affaires ou d'activité. De ce fait ils tissent un lien juridique tout autre entre l'activité exercée et leur territoire. Par la même occasion, ils repoussent les limites des définitions d'entreprise, de société²⁴³ ou même d'activité²⁴⁴. Au-delà des réserves systématiques apportées aux listes établies par les instances internationales, et de leur position commune concernant la protection de leurs ressources naturelles, certains pays comme l'Inde, ou l'Indonésie semblent revenir à celle établie par le modèle de convention de Mexico. En effet contrairement à la conception actuelle, celui-ci ne fait pas de l'existence d'un établissement stable une condition indispensable pour une entreprise

²⁴² Dans un arrêt Morgan Stanley de 2006 (284 ITR 260) la Cour Suprême a considéré que des employés d'une société étrangère travaillant dans les locaux de la filiale située en Inde ne pouvait pas constituer un établissement stable dans la mesure où ils rendent des services d'intendance et de contrôle des activités. A contrario, on peut supposer que si ces employés apportaient une expertise plus technique ou en lien avec le cœur de métier, ils auraient pu représenter d'un établissement stable.

²⁴³ L'Inde et l'Afrique du Sud se réservent le droit de restreindre la définition de « personne » aux seules entités considérées comme des unités imposables en vertu des lois fiscales en vigueur dans les Etats contractants concernés.

²⁴⁴ « Le Brésil se réserve le droit de ne pas inclure les définitions « entreprise », « activité » et « affaires du paragraphe 1 de l'article 3 parce qu'il se réserve le droit d'inclure un article visant l'imposition des professions indépendantes ». *Commentaires au modèle de convention OCDE*

d'être assujettie à l'impôt. Il suffit que les bénéfices ou les revenus perçus par une entreprise se rapportent à des activités exercées dans le pays.

448 Le cas de l'Inde est révélateur. La Section 9 du code fiscal indien, donne une conception relativement extensive du lien qui relie les opérations exercées au territoire indien. Le Finance Act de 2012 précise que les termes « through » « à travers », figurant dans le code fiscal de 1961, doivent se comprendre par « au moyen de », « en conséquence de » et « en raison de ».

449. D'autres pays estiment que leur territoire ne saurait servir de lieux de stockage, ou d'entreposage, sans qu'ils puissent imposer ce type d'activité alors qu'il constitue un facteur de rentabilité pour les entreprises multinationales, et leur permet, le cas échéant d'accroître leur rentabilité surtout avec le développement de la « blockchain »²⁴⁵.

450. En somme, tout élément qui a pour objet ou conséquence la réalisation d'une activité en Inde est susceptible d'être considérée comme un établissement stable. Cette position n'est cependant pas sans créer une situation d'inconfort juridique, d'autant plus que la jurisprudence se trouve, de son propre aveu, dans l'incapacité d'apporter une définition de l'entreprise multinationale ni établir de listes exhaustives. En effet les solutions jurisprudentielles varient d'une juridiction à une autre sans pour autant qu'une ligne claire se dégage. Le juge évalue au cas par cas le degré de connexion que peut avoir une activité avec le territoire indien. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour Suprême de Bombay en 1930 lorsqu'elle souligne que « *La question est de savoir si les faits sont tels que la société de Bombay peut à juste titre être considéré comme un tel agent. La réponse dépend de la question de savoir si, dans le cas d'espèce, un lien commercial existe* ». Cette position a été confirmée par des jurisprudences successives²⁴⁶. La Cour Suprême de l'Etat d'Allahabad en 1943 avait

²⁴⁵ L'Inde, l'Indonésie, la Thaïlande et le Vietnam se réservent le droit d'ajouter dans le §2 un alinéa supplémentaire visant à inclure un entrepôt dans le cas d'une personne fournissant des prestations de stockage à des tiers. Le Mexique ne considère pas qu'un entrepôt puisse constituer un établissement stable mais à condition cependant que la société non-résidente exerce ses activités et opérations sous le régime de la « Maquiladora ». *Commentaires au modèle de convention OCDE*

²⁴⁶ Quelques exemples de jurisprudence : Rogers Pyatt Shellac & Co. V. Secretary of State for India, 1 ITC 363 ; Soha House v. CIT, 31 ITR 727 ; CIT v. Remington Trust Corporation Ltd, 5 ITC 177 ; CIT v. Bombay Trust Corporation Ltd, 4 ITC 312 ;

souligné que la notion de « business connection » ne permettait pas une définition précise et une identification claire de l'activité : « *Tout ce qui est nécessaire est qu'il devrait y avoir une entreprise en Inde britannique et un lien entre une personne ou une société non-résidente et cette entreprise, et cette personne ou société non-résidente a gagné un revenu grâce à une telle connexion* »²⁴⁷. Pour la cour bien que la société ait effectué des transactions avec les Indes britanniques, ce n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une connexion avec le territoire. L'arrêt Aggarwal & Co précité supra, se pose comme une décision de principe. Le juge estime que la notion de « business connection » doit s'apprécier de façon réelle et intime comme l'évoque Amar Mehta²⁴⁸. Une décision de la Cour Suprême de l'Etat de Andhra Pradesh de 1973 interprète cette notion et la dimension réelle et intime comme devant être « *Le fil conducteur d'intérêt mutuel (qui) doit traverser le tissu des activités commerciales exercées à l'extérieur et à l'intérieur des territoires imposables* »²⁴⁹. Ces dispositions n'éclairent pas pour autant l'interprétation que doit suivre aussi bien le contributeur que le juge. Ainsi l'activité ne se résume pas au fait de rendre des services sur le territoire indien si ceux-ci sont dispensés depuis un autre pays. C'est ce qu'a jugé la Haute Cour de l'Etat de Andhra Pradesh en 1997 dans l'affaire GVK Industries²⁵⁰. Certaines jurisprudences expliquent que l'expression « entreprise » ou activité avait une portée large. Elle peut signifier une activité exercée de manière continue et systématique par une personne conformément à l'exercice de sa profession, de son travail²⁵¹

Hukam Chand Mills v. CIT, 103 ITR 548. Dr Amar Mehta « The Indian version of permanent establishment: business connection » *Asia-Pacific Tax Bulletin (Volume 20) N°5, 2014, IBFD.*

²⁴⁷ High Court Allahabad, Hira Mills Ltd. V Income-tax Officer Misc.N° 392 of 1943 du 3 Janvier 1945. Shilpa Goel (Editor) « Taxation of profits of foreign enterprises in India: three and a half myths » Kluwer international Tax Blog, 25 Avril 2017

²⁴⁸ Dr Amar Mehta, *The Indian version of permanent establishment: business connection*, Asia-Pacific Tax Bulletin (Volume 20) N°5, 2014, IBFD.

²⁴⁹ High Court Andhra Pradesh The commissioner of income-tax v. Hindustan Shipyard Ltd (Case referred N°49 of 1973, 8 Avril 1975, Dr Amar Mehta, *The Indian version of permanent establishment: business connection*, Asia-Pacific Tax Bulletin (Volume 20) N°5, 2014, IBFD.

²⁵⁰ High Court Andhra Pradesh GVL Industries v. Income-tax officer 2 Mai 1997, Dr Amar Mehta, *The Indian version of permanent establishment: business connection*, Asia-Pacific Tax Bulletin (Volume 20) N°5, 2014, IBFD.

²⁵¹ Supreme Court Barendra Prosad Ray v. Income-tax officer 7 Avril 1981, Dr Amar Mehta, *The Indian version of permanent establishment: business connection*, Asia-Pacific Tax Bulletin (Volume 20) N°5, 2014, IBFD.

B/ L'affectation du résultat

451. L'entité fonctionnellement distincte de l'OCDE – La détermination du résultat fait partie intégrante de la problématique liée à l'affectation du résultat. Elle explique aussi le rejet par les pays émergents des pratiques d'affectation de l'activité. L'ensemble des pays et de la doctrine fiscale s'accordent à reconnaître que l'établissement stable dispose d'une personnalité fiscale à défaut d'avoir une personnalité morale. Ainsi eu égard aux dispositions fiscales internationales, l'Etat de situation de l'établissement stable est en droit de déterminer le résultat fiscal de ce dernier.

452. La rédaction de l'article 7 du modèle de convention OCDE, issu de la version 2010, consacre à la fois cette notion de personnalité fiscale ainsi que les modalités d'attribution des bénéfices. Le paragraphe 2 de l'article 7 stipule ainsi « *les bénéficiaires qui sont attribuables dans chaque Etat contractant à l'établissement stable mentionné au paragraphe 1 sont ceux qu'il aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise* »²⁵².

453. D'après cette rédaction, le résultat doit se mesurer aux bornes de la structure juridique ou fiscale plutôt que de l'activité qui est générée. C'est ce qui ressort du texte de l'OCDE lorsqu'il privilégie explicitement une approche de « l'entité fonctionnellement distincte » aux dépens de l'approche de « l'activité commerciale pertinente ».

454. La force d'attraction de l'ONU – Le rapport de 2001 justifie en quelque sorte son rejet, en raison des divergences entre Etats, notamment en ce qui concerne le périmètre de « l'activité commerciale pertinente », selon que l'on considère qu'elle doit être large ou bien étroite.

²⁵² OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, 22 juillet 2010.

455. Cette notion aurait pu néanmoins trouver un écho favorable auprès des pays émergents. Celle-ci envisage la notion de bénéfices dans son ensemble. Les bénéfices de l'entreprise « *seraient considérés comme comprenant l'ensemble des profits et pertes découlant de l'ensemble de ses activités commerciales* »²⁵³. Elle tend en effet, à considérer l'entreprise dans sa globalité. Elle suggère toutefois, de répartir les résultats globaux selon un partage de profits qui s'apparente à un profit split, méthode qui à l'époque ne faisait pas l'unanimité au sein de la communauté fiscale internationale. Soucieux de ne pas vouloir entrer en conflit direct avec le comité des affaires fiscales de l'OCDE, mais conscient, que la méthode officiellement adoptée de « l'entité fonctionnellement distincte », ne satisfait pas les intérêts des pays émergents qu'ils représentent, le comité d'experts de l'ONU chargé de la révision du modèle de convention, privilégie une autre voie, qui est celle de la « force d'attraction limitée ». Cette règle « *permet à l'entreprise, dès lors qu'elle exerce ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans le pays de la source, d'être imposée sur certains bénéfices commerciaux réalisés dans ce pays du fait d'opérations effectuées par l'entreprise dans le pays de la source, mais non par l'établissement stable* »²⁵⁴.

456. C'est en substance le principe que posait les modèles de convention du comité des experts de la Société des Nations des années 1920. En effet, dans leurs commentaires aux modèles de 1927 et 1928, ces derniers estimaient que « *lorsqu'il y avait des établissements stables dans deux Etats différents, chacun des deux Etats pouvait imposer la part des revenus produits sur son territoire* »²⁵⁵.

457. Cette approche a pourtant été dévoyée de sa nature première et dans son esprit par les pays développés. Ils considèrent en effet les méthodes d'affectation du résultat davantage comme une mesure anti-abus, que comme une conception logique d'affectation d'une activité taxable sur le territoire d'un Etat. Il semblait évident et

²⁵³ OCDE, Rapport de référence sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 2001

²⁵⁴ Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, Affaires économiques et sociales, édition 2011

²⁵⁵ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, April 1927, Archives SDN C.216.M.85.1927 II ; *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, October 1928, C.562.M.178.1928 II, Draft Convention N°1a.

naturel que les pays émergents privilégieraient davantage cette dernière approche dans la mesure où elle appréhende la base taxable de façon assez large et octroie aux Etats source une compétence fiscale que les autres mesures ne lui accordent pas²⁵⁶.

458. C'est la position défendue par l'Inde. Cette méthode combinée avec son approche de « business connexion », lui permet d'imposer les activités commerciales ou industrielles d'entreprise étrangère qui ont un lien même infime avec l'Inde. Cette conception a été à l'origine de nombreuses jurisprudences, qui ont soit restreint le champ d'application en Inde de cette règle²⁵⁷, ou bien considéré qu'elle ne créait aucun droit à imposer²⁵⁸, ou enfin qu'elle ne permettait pas d'identifier une activité taxable sous la forme d'un établissement stable ou de lui attribuer des résultats²⁵⁹. De manière générale, les pays émergents, particulièrement le Mexique restent réticents à adopter le principe défendu par l'ONU, dans la mesure où il semble restreindre la faculté d'allouer des bénéfices aux établissements stables en matière de vente de biens. De ce fait ils ont construit une théorie assez autonome de l'établissement stable et de manière générale de l'activité taxable au point de redéfinir la façon dont les résultats doivent lui être alloués. Un arrêt de la Cour Fiscale Nationale argentine pourrait résumer leur position lorsqu'elle précise que le simple concept d'établissement stable ignore un grand nombre de variants que les entreprises peuvent utiliser dans le cadre de leur activité économique²⁶⁰.

²⁵⁶ S. Sagar, *How « Limited » is limited force of attraction? An analysis of the relevant case law and the potential implications of the OECD/G20 BEPS initiative*, Bulletin International Taxation, 13 Février 2017, vol 71. IBFD. L'auteur souligne que le concept de force d'attraction a été peu étudié, bien qu'il figure dans la législation de certains pays, au premier rang desquels on compte les Etats-Unis (inséré en 1936 à la Section 61 du code fiscal US, IRC). Sur un plan doctrinal il a clairement fait l'objet d'un rejet. A ce titre Klaus Vogel précisait « La répartition de l'imposition des bénéfices concernés en fonction du lien économique, est préférable au principe de la force d'attraction, car la première méthode découle de la structure organisationnelle individuelle de l'entreprise et évite de restreindre la liberté de disposition des entreprises en leur allouant des bénéfices fictifs », *Double Taxation Convention – « A commentary to the OECD – UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital*, Kluwer Law and Taxation Publishers – Deventer Boston 1991.

²⁵⁷ Technip Italy SPA, ITA No 434 (Del) 2010, 30 septembre 2010 ; ADIT v. WNS North America Inc, ITA No. 2944/Mum 2012 31 juillet 2013; Tax treaty case law IBFD,

²⁵⁸ Xelo Pty. Ltd v. DDIT, ITA Nos 4107, 4108, 4380 et 4381 (Mum) 2002, 22 juin 2009.

²⁵⁹ DCIT v. Roxon OY, ITA No 8174 (Bom 1991), 18 août 2006.

²⁶⁰ Tribunal Fiscal de la Nacion, La Industrial Paraguaya Argentina SA, TFN, Room C. 11 Mars 1980, Cahiers de droit fiscal international, *The attribution of profits to permanent establishments*, Congrès Amsterdam 2006

§ II L'érosion des critères de qualification des redevances

459. Le mécanisme des retenues à la source – Les longues négociations de la convention de Mexico, aboutirent, sous l'influence des Etats-Unis, à la possibilité pour les Etats dits de source, d'exercer leur compétence fiscale dans un cadre conventionnel. Celui-ci se matérialise par l'application et le droit de prélever une retenue à la source²⁶¹ seulement sur certains types de revenus préalablement définis aux articles 10, 11 et 12 du modèle OCDE.

460. Les modèles originaux des années 1920 ne procédaient pas à ce type de distinction entre types de revenus. Celui de 1927 associait dans un même article dividendes et intérêts et surtout ne faisait pas référence aux redevances. Il fallut attendre le rapport Carroll pour avoir une première distinction. Il y distingue trois types de revenus « *les revenus des dividendes, des intérêts, des redevances de brevets et autres propriétés d'incorporels, des revenus de propriété immobilière, des salaires, des activités industrielles et commerciales, selon qu'ils appartiennent à des entreprises nationales ou étrangères, ou bien qu'ils proviennent d'entreprises nationales ou étrangères* »²⁶². Depuis, les modèles de convention ont conservé ce triptyque, dividendes, intérêts, redevances. Il revient à l'Etat de résidence d'imposer le revenu et à l'Etat de source de prélever une retenue à la source, qui sera compensée par un crédit d'impôt dans le premier Etat. A ce titre les pays émergents appliquent généralement une retenue à la source sur le montant brut à l'instar de la pratique de l'ensemble des pays. Il manque à cette dichotomie un facteur de comparaison, les prestations de services.

461. Bruno Gouthière soulignait que « *La fiscalité internationale des redevances repose sur des distinctions assez fines qui ne sont pas toujours bien respectées par les Etats. Dans ce domaine, les problèmes de qualification sont importants, car la frontière n'est pas toujours nette entre la redevance rémunérant un transfert de savoir-faire, éventuellement passible d'une retenue à la source, et la rémunération d'une prestation*

²⁶¹ L'origine de la retenue à la source remonte à une pratique dans les Etats fédérés notamment des Etats-Unis, qui pour répartir l'impôt avait élaboré ce système.

²⁶² Archives SDN, Rapport Mitchell B. Carroll, Volume IV 1933

de services, en principe imposable seulement dans l'Etat de résidence du prestataire, en l'absence d'établissement stable dans l'autre Etat »²⁶³.

462. Cette politique doit être mise en perspective avec la volonté des pays émergents. En sus de ce constat, la volonté nouvelle d'identifier les éléments contributifs à la création de valeur, associée aux manœuvres des entreprises multinationales pour dissimuler la véritable nature des flux facturés à leurs filiales, accentuent la brèche juridique dans laquelle s'engouffrent les pays émergents. Ils nourrissent une volonté farouche de s'affranchir de ces frontières lexicologiques et entretiennent une forme d'insécurité juridique.

463. La distinction entre services et redevances, un enjeu majeur – La distinction opérée entre rémunération de services et de redevance constitue une autre position de litige entre pays émergents et contribuables et avec les pays développés. La question est de savoir quel degré de « redevance », d'intangibles peut-on déceler dans les services rendus. L'enjeu est de taille dans la mesure où les revendications concurrentielles des pays émergents, pays source, peuvent potentiellement constituer des risques de doubles impositions. Il se conjugue également avec des arbitrages financiers. La fourniture de prestations de services s'avère en effet être plus avantageuse financièrement pour les entreprises multinationales non-résidentes. D'une part, d'un point de vue conventionnel, elles constituent des revenus d'entreprise comme l'indique l'article 7 du modèle de convention OCDE et ne sont pas soumises à retenue à la source. D'autre part, techniquement, avec les outils actuels, elles peuvent être fournies de n'importe quel endroit du monde à moindre coût et permettent le cas échéant de pouvoir dégager des niveaux de marge conséquents.

464. Pour les pays émergents, cette pratique de facturation des prestations de services, est un moyen d'éluder l'impôt et s'apparente à une érosion de leur base taxable puisqu'aucune disposition conventionnelle ne leur donne une compétence fiscale pour les imposer. Pour autant ils n'apportent aucune définition de ce qu'ils entendent par services aussi bien en droit conventionnel qu'en droit interne. Ils sont définis de

²⁶³ B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 11^{ème} édition, Editions Francis Lefebvre, 2016.

manière négative par rapport aux redevances. Celles-ci font en effet l'objet de définitions en droit interne qui elles-mêmes puisent dans les conventions fiscales. En conséquence, tout ce qui n'est pas redevance est un service.

465. De ce fait les pays émergents sont donc particulièrement attentifs aux rémunérations entre sociétés non-résidentes et résidentes. Selon la qualification retenue, celles-ci sont déductibles du résultat de la filiale sans être soumises à une retenue à la source. La traque des revenus d'activité réputés, générés sur leur territoire est certainement pour eux le véritable enjeu de la lutte contre les abus, contre l'érosion de leurs bases fiscales, et un moyen de rétablir ou de préserver leur compétence fiscale.

466. Les formulations conventionnelles L'ONU et les revenus de services techniques – La formulation du concept de services techniques a une portée majeure. Elle peut emporter soit une qualification de redevances assujettie à retenue à la source dans l'Etat source, soit rester à l'état de services et être imposé dans l'Etat de résidence. Elle repose généralement sur des critères subjectifs partagés par des pays aux intérêts communs. C'est ainsi que certains traités internationaux comme le Pacte Andin²⁶⁴ ou le Traité CARICOM prévoient un traitement de type redevance des revenus de certains services comme les services techniques. Les Nations Unies ont proposé de réécrire les articles relatifs aux services. Le sous-comité en charge des services a proposé la rédaction d'un nouvel article 12A, qui au-delà d'ériger une nouvelle règle en matière d'allocation des revenus de services entre pays source et pays de résidence, redéfinit la notion de services techniques jusque-là élaborée. L'article 12A(1) dispose que les revenus issus des services techniques fournis dans un Etat contractant et payés à un résident d'un autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat.

467. Selon l'article 12A(2), le pays dans lequel les revenus pour services techniques sont perçus a le droit de les taxer s'ils sont payés à un résident qui est considéré comme étant le bénéficiaire effectif. Les revenus pour services techniques sont réputés être établis dans un pays si le payeur est un résident de ce même pays ou un non-résident

²⁶⁴ L'article 14 du Pacte Andin précise que les revenus tirés par une société non établie sur le territoire d'un des membres du Pacte doivent être imposés sur le territoire de ce-dernier. Ces services peuvent être des services techniques, des services d'assistance ou de conseil.

qui poursuit son activité dans ce pays à travers un établissement stable ou une base fixe, qui en supporte les coûts.

468. Au-delà des mécanismes de rattachement, l'apport majeur de l'ONU est la définition de ces services. L'article 12A(3) définit les revenus de services techniques, comme des services de management, techniques et de consultations, tout en excluant les paiements effectués : aux employés par les employeurs ; pour l'enseignement ; par un individu pour des services personnels.

469. Certains commentateurs et certains pays développés, comme le Royaume-Uni et les Etats-Unis considèrent cet article comme une extension injustifiée pour le pays source de disposer de droits pour taxer des revenus qui n'ont pas à être imposés sur leur territoire. Ils estiment que le traitement fiscal des services doit suivre le même traitement que celui des biens. A l'instar de ce qui se pratique pour les biens, un fournisseur de services, résident dans un pays, qui fournit des services à des clients résidents dans un autre pays sans y avoir de présence significative, ne devrait pas être imposé dans ce pays, tout comme le résident d'un pays qui vend des biens à un résident d'un autre pays n'est pas taxé dans ce dernier. Pour l'OCDE « (...) *tout impôt du pays d'origine sur les revenus de services pour lesquels le fournisseur de services n'a pas de lien significatif avec le pays d'origine est droit de douane sur la fourniture de services transfrontaliers* »²⁶⁵. La requalification des services en redevance constitue une véritable opposition de principe entre pays émergents et pays développés. Les premiers entendent ne rien céder de leur propre interprétation. Elle est le reflet de leurs propres législations (A), et a tendance à se traduire de plus en plus dans leur politique conventionnelle (B).

A/ La qualification en droit interne des redevances

470. Comme évoqué supra, l'article 3 (2) du modèle de convention OCDE renvoie au droit interne lorsqu'un terme n'y est pas défini, et si le contexte l'exige. Celui-ci a évolué et la nature des redevances a pu changer avec la complexité des relations

²⁶⁵ B.J. Arnold, *The UN Committee of Experts and the UN Model: recent developments*, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4, 22 février 2017

d'affaires entre entreprises liées. Aussi le droit interne des pays émergents donne un éclairage à l'interprétation de la notion de redevances. Ils s'orientent vers une portée plus large que celle actuellement utilisée. La Malaisie a tenté de s'échapper de la définition de l'OCDE en assimilant tous services rendus en matière d'assistance technique, administrative, de suivi à des redevances²⁶⁶. La position de la Chine est un indicateur de l'évolution de la position des pays émergents. Avant 1996, la Chine « distinguait le savoir-faire (*zhuanyou jishu*) qui signifie propriété technologique, des informations acquises dans le domaine industriel, commercial ou scientifique (*qingbao*) »²⁶⁷. En 2009, la Chine abandonna cette distinction pour assimiler les deux conceptions.

471. En effet, la circulaire 507²⁶⁸ estimait que le terme information (*qingbao*) devait être interprété comme étant le résultat de la propriété technologique, qui elle-même était l'équivalent du savoir-faire comme évoqué précédemment. A compter de cette date, les deux notions devaient être associées. La note explicative de 2010, qui vaut en Chine force de loi et position officielle des autorités fiscale, confirmait cette position²⁶⁹.

472. Cette position explique toute la politique conventionnelle de la Chine, et les choix opérés entre une distinction entre services techniques et redevances²⁷⁰, ou bien une intégration des rémunérations des services techniques dans la définition des redevances²⁷¹. Dans les deux cas de figure, ils sont assujettis à une retenue à la source.

473. Il est remarquable de constater que l'Inde reproduit dans ses conventions fiscales les dispositions contenues à la Section 9 (1)(vii) du code général des impôts indien de

²⁶⁶ Dans un arrêt *DGIR v. Euromedical Industries Ltd* (1983) 2 MLJ57, la justice a limité cette interprétation et a privilégié la définition conventionnelle.

²⁶⁷ S. Lan, *A comparative study of the royalties provisions in the tax treaties concluded by China*, Bulletin for International Taxation, Mars 2018, IBFD

²⁶⁸ Guo Shui Fa (2009), N°507

²⁶⁹ Guo Shui Fa (2010) N°75.

²⁷⁰ C'est le cas des conventions fiscales conclues entre la Chine et l'Inde ou le Cambodge

²⁷¹ C'est le cas des conventions fiscales conclues entre la Chine et le Botswana ou la Tunisie.

1961. L'« *explanation 2* »²⁷², précise que l'expression *revenu pour services techniques*, doit s'entendre comme toute contrepartie de services de management, technique, ou de conseil. Le Brésil suit ces mêmes dispositions, puisqu'il considère dans un Décret de 1999, que « *les montants payés au titre de redevances concernant l'exploitation de brevets, ou l'utilisation de marque, tout comme les transferts de technologie (technique, scientifique, administratif, ou assimilé à de l'assistance, projets techniques ou des services spécialisés) peuvent être déduits seulement si le contrat entre la société résidente brésilienne et la société non-résidente a été enregistré auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle* ».

474. D'autres pays émergents comme l'Indonésie, n'ont pas jugé nécessaire, d'apporter de définition spécifique ou bien ont élaboré des législations floues. Malgré une circulaire de 2010 relative à la description des services techniques, de management et de conseil, ce pays ne prend pas position clairement quant au fait de savoir si ce type de services doit être considérés comme des redevances ou pas.

475. Pourtant comme le rappelle Pieter der Ridder, une loi de 1983 stipulait à l'article 26 que les services techniques et de management rendus sur le territoire indonésien étaient assujettis à une retenue à la source internationale²⁷³. Aujourd'hui l'article 2(5) du code fiscal se contente de préciser qu'une rémunération versée pour un service rendu par une société non-résidente est soumise à une retenue à la source de 20 %.

476. Les pays africains sont dans la même posture. Ni leurs commentaires au modèle conventionnel OCDE, pratiquement inexistant sur le sujet, ni leurs législations internes, ne font ressortir une quelconque prise de position claire. Cette absence pourrait s'avérer être une stratégie. Ils pourraient être ainsi tentés de vouloir transposer, ou à tout le moins être influencés par, la définition qu'ils donnent de l'incorporel. L'interprétation donnée par certains pays est suffisamment large, au point qu'est

²⁷² Les « *explanations* » regroupent la doctrine fiscale de l'administration indienne. Ils pourraient être comparés en France aux Bulletins Officiels d'Informations de l'administration fiscale.

²⁷³ P. der Ridder, *Taxation of cross-border dividends, interest, royalties and service fee*, Asia-Pacific Tax Bulletin, Septembre- Octobre 2013, IBFD

considéré comme incorporel, tout élément permettant de procurer des flux futurs de trésorerie sans se préoccuper de la propriété de cet incorporel.

477. En somme l'assistance quelle que soit sa nature est technique par essence, puisqu'elle nécessite que les sociétés mères de ces filiales mobilisent un certain nombre de personnes pour que ces services soient rendus. Il convient de reconnaître, que la position des pays émergents est jusqu'au boutiste. Elle est sujette à caution dans la mesure où elle peut différer d'un pays à l'autre, mais surtout elle donne une appréciation toute relative du transfert de savoir-faire. De surcroît elle complexifie la lutte contre les doubles impositions, puisque si l'Etat de résidence estime que la qualification donnée à la rémunération d'un flux ne correspond pas à la définition de la convention fiscale, il pourrait ne pas accorder de crédit d'impôt à l'entreprise qui de bon droit le réclame.

478. Toutefois la position des pays émergents traduit également leur volonté de combattre toute forme d'érosion de leurs bases fiscales. Une étude chinoise démontre que la taxation des redevances représente une part non négligeable des recettes perçues par les autorités fiscales. Selon les données fournies par « China Taxation News », en 2011, le montant total des redevances perçues par l'administration fiscale auprès des entreprises non-résidentes s'élevait approximativement à 2,8 Milliards de dollars, ce qui représente 22 % du montant total de l'ensemble des revenus des entreprises non-résidentes²⁷⁴. Ce poids est en constante évolution²⁷⁵. On pourrait certes objecter le fait que l'on ne sait pas quelle est la part des redevances liées à un véritable transfert de technologique, ou à une marque ou brevet.

479. Mais force est de constater qu'à vouloir systématiquement requalifier les services facturés en redevances, les autorités ont décelé la manipulation opérée par les entreprises non-résidentes, et le gain que peut leur procurer une telle requalification. Ainsi, on pourrait supposer que les rémunérations des services se réduisent comme peau de chagrin et que celles des redevances sont vouées à augmenter.

²⁷⁴ www.chinatax.gov.cn/n810341/n810780/c1156495/content.html

²⁷⁵ S. Lan, *A comparative study of the royalties provisions in the tax treaties concluded by China*, Bulletin for International Taxation, Mars 2018, IBFD

B/ La politique conventionnelle des pays émergents

480. Services de support assimilés à des redevances – Les conventions fiscales conclues entre pays développés et pays émergents fourmillent de protocoles additionnels considérant que la notion de redevances inclut également le fait pour une entreprise non-résidente de rendre des prestations de service techniques, de conseils sur leur territoire. Cette interprétation rencontre un certain écho. Elle n'est pas un simple ajout dénué de sens ou de tout lien avec la nature de la clause elle-même.

481. Elle s'inscrit dans une sorte d'esprit du texte conventionnel. Celui-ci peut être sujet à diverses appréciations. L'article 12 du modèle conventionnel OCDE stipule que « *Le terme redevances employé dans le présent article désigne les rémunérations de toute natures payées pour l'usage ou la concession de l'usage (...) et pour des informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique* »²⁷⁶. Traditionnellement le concédant du savoir-faire fournissait l'information et en conservait la propriété.

481. Toutefois la dernière partie de la phrase est au demeurant ambiguë. Rattachée aux éléments du début de l'article, elle semble vouloir signifier que les informations sont liées à l'usage ou la concession d'usage d'un brevet ou d'un plan. Or, les rédacteurs ont pris soin d'ajouter la conjonction « et » alors que le développement de l'article utilisait la conjonction « ou » plus alternative. Il est alors possible de considérer que les informations issues d'une expérience acquise doivent être considérées comme des redevances.

482. Autrement dit, cela signifie que les prestations rendues par une société mère à ses filiales sont des informations générales qu'elles divulguent eu égard à une expérience qu'elle a pu, par ailleurs acquérir et dont elles conservent la propriété puisque chaque année elle leur fourni les mêmes types d'informations. C'est d'ailleurs ainsi que se justifient les management fees ou services support délivrés par les sociétés mères à leurs filiales, notamment celles installées sur le territoire des pays émergents. Les tentatives de l'OCDE de limiter la portée de l'argumentation, en considérant ces

²⁷⁶ OCDE, Modèle de Convention concernant le revenu et la fortune, juillet 2010.

services comme étant de faible valeur ajoutée n'a pas altéré la volonté des pays émergents. Les tentatives notamment de l'OCDE de considérer ces services comme des services de faible valeur ajoutée n'a pas altéré la volonté des pays émergents.

483. Aussi est-ce de façon logique que les pays émergents estiment que ces services de support, ou services de routine rendus, constituent des redevances et sont donc assujetties à une retenue à la source. Il en va de même pour tout type de services de consultation, de conseil. Ces dispositions sont souvent reprises dans la plupart des conventions fiscales conclues avec les pays développés sous le vocable de « rémunérations pour services techniques ».

484. C'est le cas des conventions conclues par l'Inde avec les principaux pays développés. Les autorités indiennes avaient déjà souligné en 2008 dans leurs commentaires OCDE, qu'elles se « *réservaient le droit d'imposer à la source les redevances et les honoraires au titre des services techniques, de les définir en se référant à son droit interne, de définir la source de ces paiements* »²⁷⁷.

485. L'article 13 de la convention signée entre la France et l'Inde, dont le titre évocateur « *Redevances, rémunérations pour services techniques et rémunérations pour l'usage d'un équipement* », stipule au paragraphe 4 que « *L'expression 'rémunérations pour services techniques' employée dans le présent article désigne les rémunérations de toute nature payées en contrepartie d'activités de direction, de nature technique ou de conseil, à toute personne autre qu'un employé qui verse les rémunérations* »²⁷⁸. Ce type d'intitulé figure dans les conventions signées par l'Inde avec les Etats-Unis ou encore avec le Royaume-Uni à titre d'exemple.

²⁷⁷ OCDE (2016), *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète)*, Editions OCDE, Paris.

²⁷⁸ *Convention entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République de l'Inde en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, conclue le 29 Septembre 1992.

486. Cette stratégie fait, cependant, figure d'exceptions²⁷⁹, dans la mesure où elle n'apparaît pas dans les conventions fiscales, que la majeure partie des pays émergents ont négocié avec les pays développés. Elles reprennent la clause proposée par l'OCDE. Toutefois, cette disposition reste ambiguë, comme le démontre certaines rédactions. C'est le cas de la convention fiscale entre la France et le Vietnam. Elle prend soin de préciser dans son protocole que « *les services de consultation ou de surveillance, ne sont pas considérées comme des redevances* »²⁸⁰. Il en est de même de la convention que la France a conclu avec le Mexique. Dans ce-dernier cas, l'article 12 précise que les informations acquises doivent être assimilées à du savoir-faire pour qu'elles puissent être assimilées à une redevance.

487. Le degré de transmission du savoir-faire – Comme le soulignait le rapport général du Congrès de l'IFA en 1997, il est communément admis que les pays et particulièrement les pays émergents recherchent une extension du concept de savoir-faire aux rémunérations des services techniques et d'assistance technique²⁸¹. La distinction est donc ténue, et le degré de transmission d'informations semble être le critère d'appréciation entre ce qui relève d'un savoir-faire et donc assimilé à une redevance et ce qui ne l'est et reste de l'ordre du bénéfice d'entreprise.

488. Pour apprécier ce degré, Edwin van der Bruggen la compare au rôle que tient un professeur à l'égard de son étudiant. Il souligne que « *Le but de l'échange est d'apprendre à l'autre à faire quelque chose pour qu'il puisse le faire lui-même une prochaine fois. Appliqué au savoir-faire, cela signifie payer pour obtenir des informations sur certaines expériences industrielles, commerciales, ou scientifiques, dans le but de les utiliser pour reproduire ce même processus industriel, commercial, ou scientifique* »²⁸². A contrario, pour l'auteur, la fourniture de services techniques n'a

²⁷⁹ Dans le cadre de la convention fiscale conclue entre la France et l'Inde, il s'agissait d'une demande française pour encadrer la pratique indienne et accorder un crédit d'impôt aux entreprises françaises. Entretien avec le négociateur de la convention fiscale.

²⁸⁰ Convention signée à Hanoï le 10 février 1993

²⁸¹ Cahiers de droit fiscal international, *The taxation of income derived from the supply of technology*, Congrès New Delhi, 1997

²⁸² E. van der Bruggen, *Source taxation of consideration for technical services and know-how*, Asia-Pacific Tax Bulletin, Mars 2001, IBFD

pas pour but de transmettre un savoir mais seulement de résoudre un problème spécifique posé. Cette distinction ne saurait cependant être satisfaisante.

489. La différence ne tient pas uniquement au but de la transmission du savoir. Elle sous-estime le rôle et l'implication de celui qui reçoit. Les services fournis bénéficient de manière directe ou indirecte à celui qui les reçoit. Ils deviennent finalement ce que ce-dernier en fait. S'ils lui permettent d'améliorer un processus ou bien son activité, ils peuvent être considérés comme de la transmission du savoir-faire. Les services de conseil ou de support correspondent à du savoir que les filiales locales ne disposent pas en interne ou qu'elles se refusent d'externaliser pour des raisons de coûts. Il y aurait tout lieu de penser que les rémunérations versées doivent être assimilées à des redevances. C'est la position adoptée par les pays émergents ou tout du moins celle qu'ils font ressortir de leurs positions conventionnelles.

490. La convention fiscale conclue par la Chine avec les Etats-Unis fait référence au savoir-faire technique comme devant être assimilé à une redevance. Cette précision dénote l'ambivalence de la position des pays émergents. Si la notion de savoir-faire se suffisait à elle-même, il n'y aurait pas lieu de venir ajouter l'adjectif « technique ».

491. Le rôle des protocoles additionnels – Pourtant la multiplication des protocoles additionnels négociés quelques années après la conclusion des conventions fiscales internationales, traduit une certaine incrédulité sémantique et une incertitude quant à l'acceptabilité des distinctions classiques préexistantes. Outre la liberté d'interprétation octroyée aux pays émergents, elle révèle que la transcription de la clause est sujette à négociation au cas par cas, et qu'elle ne saurait constituer un droit acquis au non-assujettissement à une retenue à la source. Le cas du Vietnam est révélateur. Dans les commentaires au modèle de convention OCDE en 2014, il défendait une conception large du terme redevances. Au même titre que d'autres pays comme la Thaïlande. Il se réserve le droit d'assimiler les services techniques à des redevances. En somme la tendance assumée des pays émergents est de modifier la définition conventionnelle des redevances, à l'instar des conventions fiscales conclues par la Malaisie avec l'Australie ou la Nouvelle-Zélande. Les traités fiscaux conclus par l'Inde contiennent à très peu d'exceptions des clauses qui assimilent services

techniques et redevances. Le Brésil de son côté a retranscrit dans nombre de ses conventions fiscales une définition similaire à celle posée par l'article 12A « Redevances pour services techniques » du modèle de convention ONU de 2017.

492. Cette volonté ne se limite pas aux seules relations avec les pays développés, elle figure également dans les conventions fiscales qu'ils ont conclues entre eux. C'est le cas de l'Inde qui reproduit les termes de sa clause à tous les pays. La prudence de certains, leur permet d'entretenir une certaine ambiguïté, au demeurant calculée, que leur propre législation comblera. C'est le cas du Nigeria qui adopte simplement la clause proposée par l'OCDE et prend même le soin de préciser pour certaines conventions que les services techniques ne sauraient être considérés comme des redevances²⁸³.

Section II Le réexamen du système de répartition des recettes fiscales

493. La relativité des pratiques par les pays émergents, ne se limite pas à remettre en cause les critères de l'activité taxable. Ils réexaminent au point parfois de déconstruire la pertinence des méthodes de prix de transfert les plus classiques. Cette démarche n'est pas anodine. Elle s'attaque à un domaine crucial de la vie fiscale des affaires. Comme le rappelait l'OCDE dans ses rapports de 1979²⁸⁴, et de 2010, « *Si les prix de transfert sont importants aussi bien pour les contribuables que pour les administrations, c'est parce qu'ils déterminent dans une large mesure la répartition des revenus et des dépenses, et par conséquent des bénéfices imposables entre les entreprises associées relevant d'autorités fiscales différentes. Au départ ce type de problème est apparu dans les transactions entre entreprises associées relevant d'une même autorité fiscale* »²⁸⁵.

²⁸³ C'est le cas de la Convention fiscale signée avec la France.

²⁸⁴ Ce rapport constitue le premier rapport consacré aux prix de transfert. Il fut abrogé par le Conseil de l'OCDE en 1995.

²⁸⁵ OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, OCDE 2010.

494. L'accélération des échanges et des investissements, le développement de l'innovation technologique, modifient la géographie des activités taxables et la localisation du revenu entendu comme étant la somme des produits et des charges. En même temps que la nature même et la qualification des flux subissent quelques changements, la lecture des flux intragroupes s'intègre dans un nouvel environnement qui associe la création de valeur. Cette nouvelle donnée révèle comme le souligne Nicolas Vergnet « *une déconnexion entre la création et la répartition de la valeur* »²⁸⁶

495. Ainsi l'appréciation consensuelle, que semblait partager aussi bien les Etats de résidence que les Etats de source, s'effrite sous le poids des remises en cause des pays émergents. Leurs positions irriguent de plus en plus le monde fiscal. Celles-ci ne se limitent pas à la technicité et aux mécanismes de calcul (Paragraphe II), elles touchent le principe même de pleine concurrence, qui régit les relations intragroupe (Paragraphe I).

§ I Une utilisation sui generis du principe de pleine concurrence

496. Principe de pleine concurrence et volonté d'équité – L'article 9 du modèle de convention OCDE, dont les termes sont repris à l'identique par le modèle de l'ONU assoit le principe de pleine concurrence, comme la doxa de référence des relations entre entreprises associées ou liées²⁸⁷. A travers lui, les relations économiques ou financières entre entreprises d'un même groupe doivent être envisagées, comme si celles-ci étaient des entreprises pleinement indépendantes, n'ayant aucun lien capitalistique entre elles.

²⁸⁶ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, 2020, LGDJ

²⁸⁷ L'article 9 dispose

1. Lorsque a) une entreprise d'un État contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre État contractant, ou que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un État contractant et d'une entreprise de l'autre État contractant, et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence ;
2. Lorsqu'un État contractant inclut dans les bénéfices d'une entreprise de cet État — et impose en conséquence — des bénéfices sur lesquels une entreprise de l'autre État contractant a été imposée dans cet autre État, et que les bénéfices ainsi inclus sont des bénéfices qui auraient été réalisés par l'entreprise du premier État si les conditions convenues entre les deux entreprises avaient été celles qui auraient été convenues entre des entreprises indépendantes, l'autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui y a été perçu sur ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, il est tenu compte des autres dispositions de la présente Convention et, si c'est nécessaire, les autorités compétentes des États contractants se consultent.

497. C'est en substance la teneur du rapport de 2010 de l'OCDE, dont l'esprit n'est pas remis en cause par les experts onusiens : « *Le principe de pleine concurrence adopte la démarche consistant à traiter les membres d'un groupe multinational comme des entités distinctes et non comme des sous-ensembles indissociables d'une seule entreprise unifiée. En procédant de cette manière, on met l'accent sur la nature des transactions entre les membres du groupe multinational et sur le fait de savoir si les conditions de ces transactions contrôlées diffèrent de celles qui seraient obtenues pour des transactions comparables sur le marché libre* »²⁸⁸.

498. Ce socle doit également permettre une répartition plus juste ou tout du moins plus équitable entre Etats. Ce principe de pleine concurrence n'est pas seulement « *le cœur, l'esprit, et la fondation du régime de prix transfert international actuel* »²⁸⁹. Il est devenu « la main invisible » de la régulation fiscale internationale, et a été transposé dans le droit interne de nombreux pays émergents²⁹⁰.

499. Son rôle serait multiple puisqu'il permettrait de régler en même temps et de façon pérenne, le cadre des relations économiques entre contribuables établis dans des pays différents, la juste répartition de la matière imposable entre Etats, et d'éviter les risques de double imposition. Loin de remettre en cause le principe même de pleine concurrence, les pays émergents lui contestent cette triple fonction.

500. Deux phénomènes nourrissent ce scepticisme : le premier endogène, la fragilité des fondements de ce principe (A) ; le second exogène : la prise de conscience croissante, dans un monde économique intégré, de leur contribution à l'amélioration du résultat net de groupes multinationaux. Cette seconde dimension agit comme un

²⁸⁸ OCDE, Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, *OCDE* 2010.

²⁸⁹ Y. Brauner, *Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes*, 28 Va, Tax review, 2008

²⁹⁰ En Chine la nouvelle loi relative à l'imposition des revenus des entreprises, adoptée en 2008, l'a codifié à l'article 41 Chapitre VI Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China « *Pour les transactions commerciales entre une entreprise et ses filiales qui ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence et qui entraînent ainsi une réduction du revenu imposable ou des revenus de cette entreprise ou de ses filiales, l'autorité fiscale est habilitée à effectuer des ajustements selon des méthodes raisonnables* ».

révélateur et met en lumière les faiblesses d'un principe chargé depuis un siècle, de régir la vie fiscale des affaires dans un monde économique de plus en plus intégré (B).

A/ Les fondements historiques du principe de pleine concurrence

501. Les éléments objectifs du principe de pleine concurrence – Dans ses commentaires de l'article 5 du modèle de convention proposé en 1927, le comité des experts de la Société des Nations précisait à propos de la rémunération d'un agent d'une entreprise non-résidente « *La rémunération d'un agent ne devait pas être pas inférieure à ce qui doit être regardé comme étant une rémunération normale* »²⁹¹.

502. Ce sont ici les premières manifestations du principe de pleine concurrence, qui doit régir les relations entre « entités économiques » indépendantes et non liées. Même si la notion n'est pas explicitement abordée, cet axiome de la normalité des prix est posé comme un principe qui doit gouverner les relations entre agents économiques qu'ils soient liés ou pas.

503. Il fallut attendre le travail de Mitchell B. Carroll pour appréhender la notion de principe de pleine concurrence telle que nous l'envisageons aujourd'hui. Il précise en ce sens « *Tant que les transactions inter sociétés sont effectuées dans les mêmes circonstances et conditions et dans les mêmes conditions qu'elles le seraient entre deux personnes entièrement distinctes et indépendantes, s'entendant l'une l'autre sur un marché ouvert et de manière graphique conformément au principe de pleine concurrence, en règle générale, les autorités fiscales respectent l'existence légale distincte de la filiale et la taxent sur la base de sa propre déclaration, étayée par des comptes séparés tenus de manière appropriée. Pour vérifier cette déclaration et ces comptes, les autorités fiscales peuvent enquêter sur les affaires courantes entre la filiale locale et la société mère ou d'autres sociétés filiales de la société mère, ce que l'on peut appeler par commodité sociétés associées, et examiner attentivement les résultats des transactions imbriquées. Si cela est difficile, ils peuvent recourir à une comparaison avec des entreprises similaires et procéder à une évaluation empirique*

²⁹¹ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Geneva, April 1927, Archives SDN C.216.M.85.1927 II

sur la base du chiffre d'affaires ou selon l'une ou l'autre des méthodes empiriques décrites ci-dessus pour discuter de la répartition des bénéfices des succursales locales d'entreprises étrangères »²⁹².

504. Il affirme à plusieurs reprises qu'« *une entreprise étrangère doit négocier avec ses établissements comme si ils étaient des entreprises indépendantes (...)* En d'autres termes, le contribuable imagine les conditions qui seraient convenues entre lui-même et une entreprise indépendante, sur la base d'une pleine concurrence »²⁹³.

505. L'objectif assigné à ce principe est d'apporter une réponse aux manœuvres des entreprises pour diminuer leurs charges d'impôt. Sa dimension incantatoire et non contraignante, permet à des Etats confrontés aux conséquences de la crise de 1929 de trouver un consensus.

506. Ces travaux sont d'une grande portée car ils constituent depuis lors, la référence du principe de pleine concurrence. Menés grâce au financement de la fondation Rockefeller²⁹⁴, ils font écho, au changement d'orientation politique du nouveau comité fiscal de 1930, qui accorde plus d'importance à la localisation et à l'imposition des revenus, au lieu de résidence de l'entreprise, privilégiant ainsi, aujourd'hui les pays industrialisés plutôt que les pays émergents.

507. Outre cette dimension politique, le principe de pleine concurrence conservait une certaine flexibilité d'application, notamment parce qu'il n'établit pas une mesure claire et précise. Il correspond par ailleurs à la volonté d'adopter une approche unitaire et correspond au mécanisme conventionnel²⁹⁵. Il convient davantage à un réseau de conventions fiscales bilatérales, dans lequel s'engage les acteurs du système fiscal

²⁹² M.B.Carroll ajoute « *Telle est la situation dans la grande majorité des pays - notamment en Afrique du Sud, en Belgique, au Luxembourg, en France (en ce qui concerne l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux), en Italie, au Danemark, en Suède, à Dantzig, en Tchécoslovaquie, en Estonie, en Lettonie, en Pologne, Roumanie, Japon, Cuba et le Mexique* » M.B.Carroll, *Methods of allocating taxable income*, volume 4, 193, Archives SDN, Traduction par l'auteur

²⁹³ M.B.Carroll, *Methods of allocating taxable income*, volume 4, 193, Archives SDN, Traduction par l'auteur

²⁹⁴ M.B.Carroll, « Cette étude a pu être réalisée grâce au don de 90 000 dollars octroyé par la Fondation Rockefeller » Archives SDN, *Methods of allocating taxable income*, volume 4, 193, Traduction par l'auteur

²⁹⁵ S. Piciotto, *Is the international tax system fit for purpose, especially for developing countries ?* Centre international pour la fiscalité et le développement, ICTD, working paper 13 septembre 2013.

international qui se construit. Mais il ne contraint pas les Etats qui demeurent libres d'appliquer les principes qu'ils souhaitent.

B/ L'adhésion prudente des pays émergents

508. Les critiques générales adressées à ce principe ne sont pas récentes et rencontrent celles formulées par les pays émergents. Elles s'amplifient au fur et à mesure que « *l'évolution rapide de l'économie mondiale tranche avec la singulière stabilité qui caractérise le système fiscal international* »²⁹⁶. L'OCDE n'ignore pas les remises en cause et les velléités de revoir le fondement même des pratiques fiscales.

509. En 2010, son comité fiscal titrait un des chapitres de son rapport « *Maintien du consensus international autour du principe de pleine concurrence* », et soulignait que « *l'abandon du principe de pleine concurrence reviendrait à renoncer aux solides fondements théoriques, (...), et compromettrait le consensus international, augmentant par la même les risques de double imposition* »²⁹⁷.

510. Un principe fragilisé qui sert de référence – Mais, dès l'origine, ce principe nécessairement large semblait avoir été adopté par défaut. Il n'emportait pas une franche adhésion de la part de pays qui pourtant avaient pris part et validé son élaboration et sa mise en œuvre. Ce « *consensus relatif (...) maintenu autour du principe de pleine concurrence au moins entre les pays membres de l'OCDE* »²⁹⁸, vole en éclat avec la globalisation des échanges et l'intégration de plus en plus aboutie des secteurs de l'économie qu'ils soient traditionnels ou nouveaux.

511. Dans un article publié en 2012, Christian Comolet-Tirman, relatait que « *Ce principe de pleine concurrence suscite, en pratique, bien des insatisfactions. Les obligations ne sont pas toujours proportionnées aux enjeux financiers et la maîtrise de*

²⁹⁶ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, 2020, LGDJ

²⁹⁷ Rapport OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Juillet 2010

²⁹⁸ B. Castagnède, *Précis de fiscalité internationale*, Presses Universitaires de France, 1ère édition, 2002.

l'ensemble des règles est devenue difficile, pour les entreprises comme pour les administrations »²⁹⁹.

512. Il reste néanmoins une référence et apparaît comme le moins mauvais des principes généraux d'allocation des revenus. La grande majorité des pays émergents continuent d'y adhérer et de s'y référer de façon plus ou moins formelle. Même le Brésil dont l'approche en matière de prix de transfert ne s'inscrit pas forcément dans les pas de l'OCDE, ne semble pas le remettre pleinement en cause.

513. Cette adhésion ne vaut cependant pas pleine acceptation. C'est ainsi que le directeur général adjoint chinois du département fiscalité internationale estimait que dans le cadre d'une économie mondiale de plus en plus intégrée, le principe de pleine concurrence est remis en cause en raison de l'insuffisance de données comparables³⁰⁰ qui sont pourtant nécessaires à la détermination du « juste prix ».

514. Cette position est corroborée par une partie de la doctrine notamment économique. Julien Pellefigue souligne en ce sens, que d'un point de vue économique rien ne prouve que le prix de marché clé de voûte du principe de pleine concurrence permette aux transactions intragroupes d'être équitables. De ce fait son raisonnement justifie l'hésitation de certaines parties prenantes à se soumettre à cette règle. L'auteur apporte deux explications à cette situation. D'une part, « *Le principe de pleine concurrence, qui considère que le « juste prix » d'une transaction intragroupe est son « prix de marché », néglige ainsi explicitement l'existence des coûts de transaction, pourtant à l'origine de la création des multinationales* ». Ainsi, « *Une multinationale vaut plus que la somme de ses parties* ». D'autre part « *L'application de méthode de benchmark ne permet pas d'établir des prix de transfert fiables* »³⁰¹. Les pays émergents reprennent à leur compte ces remarques pour souligner que les études économiques de comparabilité reposent en grande partie sur des bases de données provenant de moteurs de recherches occidentaux. De ce fait les benchmarks proposés par les entreprises

²⁹⁹ C. Comolet-Tirman, *Peut-on en finir avec les prix de transfert ?*, Revue de Droit Fiscal, n°22, 31 Mai 2012, 313

³⁰⁰ L. Tizhong, C. Silberztein, *Chine : fiscalité internationale et prix de transfert*, Revue de Droit Fiscal, n°22, 30 Mai 2013

³⁰¹ J. Pellefigue, *Prix de transfert : un changement radical s'impose*, Bulletin Fiscal 12/14, Editions Francis Lefebvre, 2015

multinationales ne permettent pas de déterminer un « juste prix » et prouve au contraire l'utilisation galvaudée du principe de pleine concurrence. Aujourd'hui la définition et la configuration même de ce principe ne reflèteraient pas la réalité des échanges économiques et commerciaux. Une des critiques portée notamment par le Professeur Schoueri³⁰² tient au fait qu'il ne permet pas une juste rétrocession entre Etats, des économies d'échelles intrinsèques générées par l'organisation même des entreprises multinationales. La globalisation de l'économie exacerbe cette analyse, avec l'atomisation croissante des outils de production qui doivent eux-mêmes être identifiés dans le cadre d'une chaîne de valeur.

515. Création de valeur le nouveau prix de pleine concurrence – L'analyse du principe de pleine concurrence devrait justement s'opérer à travers la création de valeur, concept qui a les faveurs du projet BEPS et qui rencontre les souhaits des pays émergents. Il est étayé par l'émergence du profit résiduel dans l'analyse des méthodes de prix de transfert. Celui-ci peut être défini comme le bénéfice ultime avant impôt qui reste à la filiale. Il est révélateur de la politique de prix de transfert adoptée au sein d'un groupe multinational et du niveau de facturation adressé par la société mère ou des sociétés sœurs aux entreprises liées implantées sur le territoire des pays émergents. Cette notion de profit résiduel s'inscrit par ailleurs pleinement dans le cadre d'économies et de groupes multinationaux de plus en plus intégrés. Mais le principe de pleine concurrence ne saurait clairement contribuer à la détermination d'un profit résiduel³⁰³. Pour autant le système fiscal international continue de conjuguer pleine concurrence et création de valeur. Or, cet assemblage atteint ici ses limites pour les pays émergents. Il devient en effet difficile sur le plan théorique de vouloir déterminer un comparable indépendant et donc un niveau de marge satisfaisant à des composants qui font appel à une analyse spécifique propre à chaque groupe d'entreprise. Le débat autour de la composition de la création de valeur et particulièrement des incorporels qui doivent être sélectionnés, met en lumière pour certains auteurs la fragilité du

³⁰² L.E. Schoueri, *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*, Bulletin for International Taxation, Décembre 2015, IBFD: « *Le principe de pleine concurrence ne reflèterait pas la réalité, car les entreprises multinationales ne traitent pas chaque filiale comme une entité distincte, mais plutôt comme des entités intégrées, dont les prix peuvent être contrôlés par une entreprise multinationale, compte tenu des incidences fiscales respectives. La possibilité de réaliser des économies d'intégration grâce à l'internationalisation des activités constituerait donc une faille conceptuelle au principe même de pleine concurrence* »

³⁰³ S. Langbein, *The Unitary method and the Myth of Arm's Length*, 30 tax notes 7 (1986)

principe de pleine concurrence, comme le souligne Scott Wilkie « *L'importance du principe de pleine concurrence lui-même est en cause car sa vulnérabilité pratique et théorique est à la fois révélée et remise en question par des manifestations de valeur commerciale qui sont intangibles* »³⁰⁴. Pour les pays émergents, il semble que pleine concurrence et création de valeur ne sont en fait pas compatibles. Il convient alors de les dissocier. Ce n'est cependant pas la position maintenue par l'OCDE dans le cadre de l'action 8-10 du projet BEPS. Elle stipule que « *Le principe de pleine concurrence a démontré son efficacité comme norme pratique et équilibrée pour que les administrations fiscales et les contribuables évaluent les prix de transfert entre entreprises associées et évitent les doubles impositions* »³⁰⁵. Cette controverse alimente également leur position d'aborder l'entreprise implantée sur leur territoire dans un ensemble.

516. Or, et c'est ici le deuxième élément de contestation : le principe de pleine concurrence ne pouvait se concevoir que dans le cadre d'une relation bilatérale. L'OCDE indique, dans son rapport de 2010, que « *La répartition globale selon une formule pré établie a pour effet d'imposer un groupe multinational sur une base consolidée, c'est-à-dire qu'elle écarte l'approche de l'entité distincte. En conséquence, la répartition globale selon une formule préétablie ne permet pas en pratique de prendre en compte d'importantes différences géographiques, l'efficacité de chacune des entreprises et d'autres facteurs spécifiques à une entreprise ou à un sous-ensemble du groupe multinational, facteurs susceptibles de jouer normalement un rôle dans la répartition des bénéfices entre les autorités fiscales en présence. Au contraire, le principe de pleine concurrence reconnaît qu'une entreprise associée peut constituer un centre de profit distinct doté de caractéristiques particulières et dégager d'un point de vue économique un bénéfice même si le reste du groupe multinational accuse des*

³⁰⁴ J.Scott Wilkie, *Intangibles and Location Benefits (Customer Base)*, Bulletin for International Taxation, Juin-Juillet 2014, IBFD

³⁰⁵ OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>

perles. La répartition globale selon une formule préétablie ne revêt pas une souplesse suffisante pour tenir compte comme il convient de cette possibilité »³⁰⁶.

517. De façon pragmatique les pays émergents cherchent davantage les éléments de création de valeur dans les relations entre sociétés liées, source pour eux d'une amélioration de leur base imposable. L'OCDE soutient que si des risques de non-application de ce principe apparaissent ou subsistent, c'est parce que certains facteurs comme les actifs incorporels n'ont pas été suffisamment pris en considération ou tout du moins parce que l'on s'est trop attardé à la dimension contractuelle plutôt qu'à la réalité de la vie économique. Cette position vient conforter les positions défendues par les pays émergents.

518. Mais proposer une révision des principes pour « *s'assurer que les règles en matière de prix de transfert aboutissent à des calculs selon lesquels les bénéfices opérationnels sont attribués aux activités économiques qui les ont générés* », n'est-ce pas implicitement reconnaître que l'on ne peut plus appliquer le principe de pleine concurrence en méconnaissant la globalisation de l'économie, l'intégration de plus en plus poussée des entreprises multinationales, l'atomisation des tâches productives et commerciales ?

519. La nature même du principe de pleine concurrence semble par ailleurs être dénaturée. En effet, alors qu'il a été conçu comme étant la base des relations intragroupe, il devient de plus en plus une norme anti-abus et en tous les cas est utilisé comme tel. La rédaction de l'article 9 du modèle OCDE nous y invite en premier lieu. Mais c'est surtout sa transposition dans le droit interne des pays émergents, qui donne tout son sens à cette évolution. C'est ainsi que la Chine indique à l'article 41 du Chapitre VI, précité, « *Pour les transactions commerciales entre une entreprise et ses filiales qui ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence et qui entraînent ainsi une réduction du revenu imposable ou des revenus de cette entreprise ou de ses filiales, l'autorité fiscale est habilitée à effectuer des ajustements selon des méthodes*

³⁰⁶ Rapport OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE Juillet 2010

raisonnables »³⁰⁷. Mais ces ajustements doivent se faire à la lumière du groupe dans son ensemble et non entité par entité.

520. Leur premier mouvement est de s'en affranchir pour comprendre et appréhender la globalité de l'activité de l'entreprise située sur leur territoire. Sans finalement condamner condamnent le principe en tant que tel, ils s'affairent à combattre les moyens, les mécanismes de sa mise en œuvre qui entachent justement son efficacité.

§ II La pratique des méthodes classiques de prix de transfert

521. La répartition du résultat est de plus en plus confrontée à la complexité grandissante des relations économiques et des échanges commerciaux. Même si le principe de pleine concurrence est fragilisé par la position de plus en plus partagée des pays émergents, il n'en demeure pas moins vrai qu'il constitue pour eux une ligne directrice dans la conduite et l'appréciation des relations intragroupes et continue d'être une référence dans le partage du profit. Deux éléments intemporels permettent de transposer et de matérialiser le principe de pleine concurrence. En premier lieu, il s'agit de choisir la méthode qui sera employée et, en second lieu, il conviendra de déterminer les comparables les plus appropriés.

522. Pour être certain que le prix reflète une certaine réalité de marché et que les administrations fiscales des deux pays ne soient contraintes de remettre en cause les flux intragroupes et effectuent un redressement, la recherche de comparables devient la quête pour les contribuables, désireux d'éviter des rectifications.

523. L'approche pour autant diffère entre les pays émergents et les contribuables des pays développés. Les premiers remettent de plus en plus en cause les comparables avancés par les seconds au motif qu'ils ne correspondent pas clairement à la réalité du marché sur lequel ils évoluent (B). Ces données de comparabilité sont liées au choix et à la détermination d'une méthode de calcul des prix de transfert, dont celles proposées font l'objet de vives critiques dans le sillage du problème posé les comparables (A).

³⁰⁷ Article 41 chapitre VI Enterprise Income Tax Law of People's Republic of China.

A/ La hiérarchie controversée des méthodes

524. L'ensemble des méthodes et plus particulièrement celles relatives aux dispositions transactionnelles de bénéficiaires reposent sur des comparables chiffrés. L'OCDE et la vie des affaires ont tendance à privilégier les méthodes transactionnelles de la marge nette ou de cost plus. Elles établissent de fait une certaine hiérarchie entre ces méthodes.

525. Les pays émergents n'ont pas de doctrine arrêtée à ce sujet. Ils ne favorisent pas une méthode plus qu'une autre. Leur démarche respecte ainsi la position de l'OCDE qui elle-même ne privilégie pas de méthode et prône plutôt une combinaison de méthodes. L'Indonésie avait toutefois établi une hiérarchie mais elle est revenue sur sa position en 2011. C'est désormais le décret PER-43, qui régit les prix de transfert. Il a amendé le décret PER-42 et modifié l'article 11 du code fiscal. Toutes les méthodes sont acceptées, sur un même pied d'égalité. D'autres pays comme la Malaisie considèrent que les trois méthodes traditionnelles doivent être privilégiées avant l'utilisation de toute autre méthode³⁰⁸.

526. Dans tous les cas la position des pays émergents semble être empreinte de pragmatisme. Ils s'attachent davantage au raisonnement conduisant à l'évaluation d'un flux ou de tout élément contribuant à l'estimation de ce flux et, susceptible de créer de la valeur. C'est ainsi que la loi de finances indienne de 2012 a précisé à l'article 10AB du code fiscal de façon assez sibylline, que *« pour l'application de l'alinéa f) du paragraphe (1) de l'article 92C, l'autre méthode de détermination du prix de pleine concurrence relativement à une transaction internationale ou à une opération intérieure déterminée est toute méthode qui tient compte du prix qui a été facturé ou payé, ou aurait été facturé ou payé, pour la même transaction incontrôlée ou similaire, avec ou entre des entreprises non associées, dans des circonstances similaires, compte tenu de tous les faits pertinents »*³⁰⁹.

527. Les méthodes appliquées pour évaluer la création de valeur, notion malléable, sont des méthodes transactionnelles. Elles ont pour objectif de déterminer de manière neutre

³⁰⁸ The Malaysian Transfer Pricing Rules 2012 paragraph 5 et the Malaysian Transfer Pricing Guidelines 2012 paragraph 11.

³⁰⁹ Loi de finances 2011-2012, notification N°18/2012 du 23 Mai 2012

un prix qui soit le plus juste possible, sur la base d'un principe de pleine concurrence. Elles n'ont pas vocation à répartir un bénéfice ou un profit. C'est pourtant ce que font les pays industrialisés pour lesquels ces méthodes sont finalement les plus avantageuses. Faute de moyens et de ressources suffisantes, les pays émergents ne peuvent pas proposer de nouvelles méthodes communément admises par l'ensemble des Etats. C'est une des raisons pour lesquelles ils s'attaquent et remettent en cause les composants de la méthode que la méthode elle-même.

B/ Le problème des comparables

528. Les facteurs de comparabilité – L'application du principe de pleine concurrence est intrinsèquement liée à la notion de comparables. Le rapport de l'OCDE de 2010 insiste sur son importance, et identifie cinq « facteurs déterminant la comparabilité ». Il s'agit des caractéristiques des biens ou services, de l'analyse fonctionnelle, des clauses contractuelles, des situations économiques, et des stratégies des entreprises³¹⁰.

529. Tout en s'appropriant ces critères, les pays émergents ajoutent au texte. C'est le cas du Nigeria, mais surtout de l'Indonésie et de la Malaisie. Le premier détaille chacun des éléments et apporte des indications complémentaires afin d'apprécier la pertinence du prix établi³¹¹. Le second a amendé en 2017 son guide de prix de transfert en adoptant une démarche plus empirique en matière de fonctions rendues au sein du groupe. Ainsi les autorités exigent de documenter l'interdépendance des fonctions rendues par les entreprises avec l'ensemble du groupe, afin de savoir comment la valeur est créée, et quelle est la part contributive de chacun des éléments dans la création de valeur.

³¹⁰ Rapport OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE, Juillet 2010

³¹¹ PER 32 Direction Générale des Impôts Indonésienne

- Characteristics of goods or intangibles:

Goods: physical characteristic of goods; quality of goods; durability of goods; level of supply; and level of demand

Intangibles: type of transaction; type of intangibles transferred; duration and level of protection for the intangible, and gains from the use of the intangible.

Services: nature and type of service, and scope of service given;

- Functional analysis (Décret PER 22 de 2013):

Organizational structure and the position of the tested company in its group's supply chain management

Functions performed and characteristics of the company;

Assets used and

Risks assumed.

- Economic circumstances:

Geographic location; Size of the market; level of competition between seller and buyer in the market; availability of substitute goods or service; level of demand and supply in the market; consumer purchasing power; nature and scope of government regulation in the market; cost of production; cost of transportation and level of market and; date and time of transaction.

530. Comparables internes – En termes de comparables, ils ne se différencient pas des propositions de l’OCDE puisqu’ils privilégient des comparables internes. C’est le cas de l’Indonésie mais également de l’Inde. Dans ce dernier cas de figure, c’est un arrêt du Tribunal de Delhi qui est venu souligner que les comparables internes sont préférables aux comparables externes³¹². La Malaisie est dans ces mêmes prédispositions. Bien qu’elle autorise l’utilisation de comparables externes, elle s’empresse de préciser qu’ils doivent refléter des données locales ou tout du moins des informations qui prennent en considération des éléments concernant la Malaisie.

531. Ces comparables internes doivent en effet, avoir un lien avec leur territoire. En d’autres termes, les données utilisées notamment celles émanant de la partie indépendante devront correspondre avec ce qui est pratiqué sur leur territoire. Il ne s’agira pas alors d’utiliser des comparables internes européens par exemple pour des flux concernant l’Asie. A ce titre, la circulaire chinoise Guo Shui Han N°239 de 2005, diffusée aux autorités fiscales locales, encourage à utiliser diverses données notamment commerciales, mais aussi des informations financières et des statistiques, présentes dans les différentes administrations du pays. De son côté le ministre des finances indonésien a promulgué en 2020 une circulaire précisant que l’analyse de comparabilité doit inclure les notions d’ « accès au marché » ou de « niveau de part de marché en Indonésie » comme facteurs permettant d’évaluer l’actif non financier utilisé³¹³

532. Ces données de comparabilité sont indispensables au choix d’une méthode de calcul, car comme le rappelle le Professeur Avi-Yonah « *les trois méthodes classiques de prix comparable sur le marché libre (comparable uncontrolled price (CUP)), de prix de revient majoré (cost plus), ou de prix de revente (resale price), reposent toutes sur la recherche de transactions comparables à celles existantes entre parties liées* »³¹⁴.

³¹² Sumitomo Corporation India P Ltd v. DCIT (ITA N°328/Del/2014)

³¹³ Ministère des Finances Indonésie, Regulation No.22/PMK.03/2020

³¹⁴ R. S. Avi-Yonah, *Between formulary apportionment and the OECD guidelines: a proposal for reconciliation*, World Tax Journal, Février 2010, IBFD, Traduction par l’auteur

Conclusion Chapitre I

533. La conjoncture économique et la conduite de la vie des affaires modifient la façon dont les entreprises multinationales s'implantent sur le territoire des pays émergents. Leurs activités ne s'exercent plus de la même façon aujourd'hui qu'il y a dix, vingt ou trente ans. A mesure que cette présence se fait plus prégnante, le rapport des pays émergents aux pratiques fiscales internationales devient mécaniquement plus méfiant au point parfois d'apparaître contestataire.

534. Cette contestation n'est pas simplement un témoignage. Elle perturbe les pratiques fiscales internationales et par la même occasion influence la conduite fiscale des affaires. Les dispositions fiscales de droit interne des pays émergents, leur politique conventionnelle agissent comme un miroir déformant. Sans pour autant souligner l'obsolescence ou l'inconsistance de quelques notions ou procédés fiscaux, ils mettent surtout en lumière certaines incohérences, et l'érosion de leur efficacité.

535. Les modifications conjoncturelles opèrent donc sur les éléments objectifs de qualification en droit fiscal. Ce mouvement de remise en cause n'est pas la simple manifestation d'une opposition stérile. Il apparaît comme une sorte d'incarnation propre de la lutte contre l'érosion de leurs bases fiscales. Il traduit également une volonté plus structurelle de poser les fondations qui leur permettent de protéger de manière permanente leurs bases fiscales. Divers exemples agrémentent cette tendance comme nous avons pu le voir.

536. Les diverses interprétations autour de la notion d'établissement stable en font partie. Elle figurait dans les premiers modèles de convention fiscale. Il était considéré comme un véhicule d'exercice d'une activité au même titre qu'une filiale. Sa perception a évolué au fil des modèles de convention fiscale, pour devenir un outil suspicieux aussi bien pour les entreprises multinationales que pour les pays émergents. Les entreprises multinationales cherchent à l'éviter alors que les pays émergents croient en déceler un dans chaque activité. Jusqu'à présent une simple présence sur un territoire ne suffisait pas à caractériser la présence d'un établissement stable. Les pays émergents retrouvent dans les écrits des années 1920 le sens premier de l'établissement stable dont la conception était plus large que celle décrite dans le modèle conventionnel

de l'OCDE. Leurs dispositions de droit interne s'ajustent à la souplesse d'adaptation des groupes internationaux, qui n'envisagent plus leur activité par le seul intermédiaire d'une filiale. Mais le décalage entre cette nécessaire adaptation des principes et pratiques fiscales et la réponse juridique est également source de confusion de la part des autorités fiscales et du juge de l'impôt.

537. la création d'une filiale répond à une stratégie économique des entreprises et emporte des conséquences juridiques différentes de celles de l'établissement stable. Celle-ci deviendra en effet une société résidente du pays dans lequel elle s'implante. La distinction lexicale entre l'implantation et l'établissement n'est pas sans conséquences d'un point de vue fiscal. Une entreprise non-résidente s'établit via un établissement stable, à travers lequel elle poursuit son activité. En revanche, elle peut s'y implanter à travers une filiale, dotée elle de la personnalité morale, sans pour autant poursuivre son activité, mais au contraire pour y trouver de nouveaux débouchés, ou développer de nouveaux moyens de production. La confusion des termes conforte les pays émergents. Ceux-ci cherchent à requalifier en établissement stable tout élément ou facteur caractérisant cette continuité, il semble normal et logique d'un point de vue fiscal, qu'ils veuillent imposer une partie du résultat de la société mère étrangère. Cette démarche conduit à poser l'enjeu de la dualité de résident. La Convention multilatérale reconnaît en son article 4 qu'une entreprise puisse disposer de plusieurs lieux de résidence. Ce constat est accentué par la multiplication des places de directions effectives des entreprises. Leur système juridique empreint de common law milite par ailleurs en ce sens.

538. Interconnexion entre redevances et services – Autre exemple, celui des services de manière générale. Ils deviennent de plus en plus important dans les relations entre Etats au point que le commerce transfrontalier de services excède celui lié aux biens. Ils constituent un enjeu fiscal pour les pays émergents. L'appréciation qu'ils ont de leur nature est large et lui donne un aspect volatile. L'assimilation des prestations de services techniques à des redevances souligne le fait que contrairement à la règle juridique posée par les conventions, le transfert de la propriété ou du savoir-faire n'est plus requise. De manière générale ce critère de transfert devient une exception. Mais cette connexion entre services et redevances ne concerne pas seulement les services

techniques tels que l'on pourrait les concevoir. Autre exemple en effet frappant de cette inadaptation est la position adoptée en matière de services support. Depuis la distinction entre rémunérations de services et redevances, la position fiscale internationale est de soutenir, pour justifier la facturation de prestations de services de support, qu'il n'est pas possible de trouver localement les hommes et les moyens capables de les fournir. Ils sont assimilés à une sorte de savoir-faire ou bien à des services d'actionnaires.

539. Mais, dans les deux cas, le traitement fiscal imposé par la pratique fiscale classique ne saurait tenir. En effet, si l'on considère que c'est une sorte de savoir-faire administratif, ils doivent être considérés comme des redevances et assujettis à une retenue à la source. Si au contraire, on les justifie comme des frais d'actionnaires, ils n'ont pour objectif que de servir l'actionnaire et n'ont pas en conséquence, à être facturés.

540. Enfin, l'utilisation des méthodes de prix de transfert et l'application de comparables pour justifier un prix de pleine concurrence, peut légitimement faire débat. Les pays émergents tentent d'explorer d'autres voies qui pourraient satisfaire cette exigence. Ainsi le principe de pleine concurrence qu'ils ont transposé dans leur droit interne devient un objectif. Ce sont les outils pour l'atteindre qui diffèrent. La critique relative aux comparables même si elle mérite d'être souligné est anecdotique. En revanche la volonté de mettre davantage l'accent sur la création de valeur comme fil conducteur du principe de pleine concurrence constitue des changements plus profonds et plus structurants. Ce mouvement se traduit essentiellement dans le cadre de leur droit interne et peu aujourd'hui de manière conventionnelle si ce n'est à travers les protocoles additionnels aux conventions fiscales bilatérales.

541. Le modèle onusien permettait certains espoirs. Il reprenait à certains égards quelques appréciations du modèle conventionnel de Mexico de 1943. Ce-dernier s'inspirait des modèles conventionnels présentés en 1928. Il apparaît comme celui qui a le mieux répondu aux attentes des pays émergents. Il fournit une liste riche de diverses installations pouvant caractérisées un établissement stable. Il insiste par ailleurs sur la dimension productive de l'établissement sans que celle-ci soit purement circonscrite à

l'aspect industriel. Il pose le débat actuel des services rendus par une entreprise sans forcément utiliser une installation fixe. Le modèle élaboré par la seconde conférence inter-régionale de la SDN stipulait également que les rémunérations de redevances devaient être imposées conformément au principe de l'origine économique immédiate. De ce fait l'imposition devait être établie dans l'Etat dans lequel le droit d'utilisation était exploité³¹⁵. Si ces dispositions devaient être appliquées dans le contexte actuel, ces rémunérations pourraient être soumises de droit à la compétence fiscale des pays émergents. Surtout il apporte quelques éléments de réflexion aux problématiques soulevées par l'intégration croissante des économies et des entreprises. Il légitime la vision holistique des pays émergents comme le rappelle l'article VII du protocole³¹⁶.

542. Le modèle de l'ONU a emprunté à celui de Mexico certaines dispositions propres à l'établissement stable. Mais la comparaison s'arrête là. Il n'a cependant pas réussi à créer un consensus en matière d'établissement stable de services notamment. En matière d'imposition des redevances il ne déroge pas à la règle posée par le modèle de Londres et reprise par celui de l'OCDE, d'une imposition dans l'Etat de résidence de la société qui facture et accorde aux pays source la possibilité de collecter une retenue à la source. Le modèle onusien ne répond finalement pas aux attentes des pays émergents. Il devient un guide explicatif des positions et interprétations du modèle OCDE. Les pays émergents ont alors davantage intérêt à apposer leurs commentaires au modèle OCDE pour signifier leurs divergences. Cette situation constitue l'aboutissement de la prééminence de celui-ci, et démontre la force du droit interne des pays émergents, au point de phagocyter à son tour les interprétations et la portée des dispositions fiscales internationales.

³¹⁵ SDN, « *Lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant a une position dominante, une participation à la direction ou au capital d'une entreprise d'un autre Etat contractant, ou lorsque les deux entreprises sont détenues ou contrôlées par les mêmes intérêts, il existe de ce fait des conditions différentes dans leurs relations commerciales et financières de celles qui auraient existées entre entreprises indépendantes, tout élément de profit ou de perte qui aurait dû apparaître dans les comptes d'une entreprise mais qui a détourné d'une certaine manière vers l'autre entreprise, devrait être réintégré dans les comptes de la première (...)* » *Model bilateral Conventions for the prevention of international double taxation and fiscal evasion, Second Regional Tax Conference*, Mexico DF, July 1943, Archives SDN, Fiscal Committee C.2.M.2. 1945.II.A

³¹⁶ SDN, *Model bilateral Conventions for the prevention of international double taxation and fiscal evasion, Second Regional Tax Conference*, Mexico DF, July 1943, Archives SDN, Fiscal Committee C.2.M.2. 1945.II.A

Chapitre II L'instrumentalisation des pratiques

543. En introduction aux travaux finaux du projet BEPS, l'OCDE affirme que l'ensemble système fiscal international, doit désormais s'articuler autour de trois « *principaux piliers : harmoniser les règles nationales qui influent sur les activités transnationales, renforcer les exigences de substance dans les standards internationaux existants, et améliorer la transparence ainsi que la certitude* »³¹⁷.

544. BEPS et pays émergents – A travers les deux derniers piliers, les pays émergents ont vu la possibilité qui leur était offerte de pouvoir influencer plus fortement encore l'élaboration et l'interprétation des mesures fiscales internationales. Le principe de réaligement des « *règles d'imposition sur la substance économique* »³¹⁸ résonne pour les pays émergents comme une forme de reconnaissance officielle de la conception qu'ils se font de la fiscalité internationale et du fonctionnement du système fiscal international.

545. Surtout, les deux dernières exigences de substance et de transparence sont conformes aux dispositions qu'ils ont déjà transposées dans leur droit interne. Depuis longtemps les pays émergents ont privilégié la substance par rapport à la forme. Conjuguée à la transparence, cette nouvelle doxa leur permet de s'affranchir des formes juridiques classiques d'identification, et de localisation de la matière taxable.

546. Elle était déjà en germe dans leur droit interne. Avec le lancement du projet BEPS, ils n'ont eu de cesse de réclamer la prise en considération de la réalité de la situation économique d'ensemble d'un groupe afin de mieux apprécier les relations intra groupe. Il s'agit en somme d'envisager la globalité de l'activité plus en adéquation avec la vie de l'entreprise. L'utilisation du « *country by country report* » est la meilleure illustration de cette perception. Pour eux, cette réalité ne doit donc pas être appréhendée

³¹⁷ OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>

³¹⁸ *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE (2013), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr> « *Il est nécessaire de réaligner les règles d'imposition sur la substance économique pour rétablir les effets et les avantages escomptés des normes internationales, qui n'ont peut-être pas évolué à la même vitesse que les modèles économiques et les progrès technologiques* »

sous le seul prisme de l'entité située sur leur territoire. Elle ne devient qu'un maillon, comme un autre, dans la détermination de l'activité taxable et de la recherche du revenu qui y est lié.

547. Cette conception guide le traitement fiscal des pays émergents dans la conduite de la vie des affaires. Aujourd'hui la vision holistique de l'entreprise et de l'activité taxable qu'ils défendent, conjuguée aux définitions et aux contours parfois imprécis de nouvelles notions comme la création de valeur confortent leur volonté de transformer les pratiques fiscales internationales.

548. La dimension économique de la substance – Ainsi, la substance se traduit par la recherche de la création de valeur. Ce qui loin d'être surprenant, confirme le double visage de cette notion à la fois juridique et économique. Jusqu'à présent, la fiscalité internationale privilégiait la dimension juridique. Or, la réalité fiscale contemporaine oblige à adopter une approche plus économique. Ces deux notions font plus que se compléter. Elles se combinent l'une à l'autre. Elles s'imprègnent l'une de l'autre.

549. Malgré elle, ou de façon réfléchie, l'OCDE a ouvert la boîte de pandore. Toutefois dès son institutionnalisation, la création de valeur est confrontée à deux types d'achoppement : son positionnement par rapport au principe de pleine concurrence : a-t-elle vocation à s'y substituer ou bien est-ce un principe complémentaire ? la disparité d'interprétations entre des systèmes fiscaux différents mais aux intérêts de plus en plus convergents. De ce fait, le comité des affaires fiscales du Palais de la Muette laisse les pays émergents se livrer à une interprétation juridique aléatoire des relations commerciales et industrielles, en fonction de leurs intérêts circonstanciés.

550. En suggérant que chaque élément constitutif d'un groupe participe à son niveau, à la création de valeur des activités globales de l'entreprise, le plan d'action BEPS permet aux pays émergents d'envisager le revenu d'activité de l'entreprise située sur son territoire, aux bornes des résultats dégagés par le groupe consolidé.

551. Les travaux menés par le comité des économistes en 1923, les encouragent par ailleurs à enrichir cette position. En partant du principe, que la compétence fiscale des

Etats devait être le reflet de l'allégeance économique, les économistes tirent trois éléments fondamentaux qui sont la véritable signification de l'allégeance économique. C'est ainsi qu'ils distinguent :

- « *Par production de la richesse, nous entendons Par production de richesse, nous entendons toutes les étapes qui entrent en jeu jusqu'au moment où la richesse s'épuise, c'est-à-dire toutes les étapes jusqu'à ce que la production physique ait atteint une destination économique complète et puisse être acquise en tant que richesse. Les oranges sur les arbres en Californie ne sont une richesse acquise que lorsqu'elles sont cueillies, et même à ce stade tant qu'elles ne sont pas emballées, et même à ce stade tant qu'elles ne sont pas transportées à l'endroit où la demande existe et jusqu'à ce qu'elles soient placées où le consommateur peut les utiliser. Ces étapes, jusqu'au moment où la richesse atteint son plein potentiel, peuvent être partagées par différentes autorités territoriales.*
- *Par disposition de la richesse, nous entendons le stade où la richesse a atteint son propriétaire final, qui a le droit de l'utiliser de la manière qui lui convient. Il peut le consommer ou le gaspiller, ou le réinvestir ; mais l'exercice de sa volonté de faire l'une de ces choses réside avec lui et sa capacité à payer des impôts est évidente.*
- *Par possession de la richesse, on entend le fait qu'entre la transformation effective de la production en richesse et sa disposition en consommation, il existe toute une série de fonctions relatives à l'établissement du titre de propriété et à sa préservation »³¹⁹.*

552. Ces développements ont nourri les rédacteurs des actions BEPS, ou à tout le moins les ont influencés. Ils donnent une consistance juridique à la stratégie de transformation des pratiques fiscales internationales menée par les pays émergents. Cela ne signifie cependant pas qu'ils s'excluent du système fiscal international. La transposition de ces piliers dans leur droit interne, leur permet de respecter les canons du droit international. En même temps, cela leur donne la possibilité de revoir cette notion et de concevoir

³¹⁹ Société des Nations, *Rapport des économistes au comité financier de la Société des Nations*, Genève, 3 Avril 1923. Archives Société des Nations, Les économistes retranscrivent ces trois considérations en quatre principes que sont :

- Le principe de l'acquisition de la richesse correspond au lieu d'origine de la richesse
- Le principe de localisation de la richesse correspond à celui de la situation de la richesse
- Le principe de consommation ou de l'appropriation ou de la disposition de la richesse au lieu de résidence ou de domicile.

une démarche positive destinée à identifier les sources de création de valeur (Section I). La transparence constitue le second volet, cette fois répressif de la substance. Elle est le socle des dispositifs anti-abus³²⁰, dont l'objectif est de ne pas confiner la création de valeur. Les mesures anti-abus mises en œuvre par les pays émergents sont très largement inspirées et dictées par l'OCDE. Pour autant ils ajoutent à ces mesures au point d'outrepasser la position originelle (Section II).

Section I La création de valeur

553. Les racines anciennes de la création de valeur – Le monde fiscal s'est enthousiasmé de l'émergence de cette notion apparemment novatrice. Empruntée au vocabulaire économique et plus particulièrement financier, elle est considérée comme « *un nouveau standard qui n'avait jamais considéré l'allocation de bénéfices basée sur la création de valeur* »³²¹. Nicolas Vergnet lie la théorie de l'allégeance économique et la création de valeur, et met en lumière les travaux de Georg von Schanz pour qui « *le contribuable est tenu à une allégeance économique envers l'Etat qui lui permet de consommer la valeur (son Etat de domicile) et envers l'Etat qui lui permet de créer de la valeur (l'Etat où se trouve où se situent ses intérêts économiques)* »³²².

554. Avec les actions BEPS, l'OCDE en a fait une « *référence centrale de son dispositif. Toutes les mesures de lutte contre l'érosion des bases et le transfert des bénéfices de l'OCDE visent à garantir que les bénéfices sont imposés au lieu de réalisation des activités économiques qui correspond lui-même au lieu de création de la valeur. Par conséquent l'imposition au lieu de création de valeur peut être*

³²⁰ La régulation des pratiques fiscales internationales est une problématique constante et récurrente des enjeux de fiscalité internationale. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE alertait déjà en 1998 des pratiques fiscales dommageables qui entachaient les relations économiques entre Etats, et qui surtout amputent la base fiscale de l'ensemble des pays et plus particulièrement des pays émergents.

³²¹ M.Herzfeld, *The case against BEPS : lessons for tax coordination*, Tax review 1, 42 Fla, 2017.

³²² N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, 2020, LGDJ

considérée comme étant au cœur de l'initiative du projet BEPS »³²³. Son adoption en fiscalité internationale est issue d'un double constat : tout d'abord « *le déséquilibre de la répartition internationale du profit (qui) est d'autant plus marqué que les entreprises sont rentables* »³²⁴ ; ensuite « *certaines manipulations (qui) peuvent aboutir à des résultats ne correspondant pas à la valeur créée par l'activité économique sous-jacente exercée par les membres d'un groupe d'entreprises multinationales* »³²⁵.

555. Une notion mal définie fiscalement – L'approche souffre de trois écueils, qui servent les pays émergents :

Le premier est la dimension répressive assignée à cette notion alors qu'elle aurait pu simplement être abordée comme un outil de gestion fiscale classique dans la vie des affaires internationales. C'est ainsi que « *Les travaux réalisés dans le cadre de l'Action 10 étaient axés (...) notamment sur l'importance accordée au traitement des attributions de bénéfices résultant de transactions qui ne sont pas commercialement rationnelles pour les entreprises individuelles concernées (...) ayant pour effet d'éroder la base d'imposition en l'absence de conformité avec la création de valeur* ».

Le deuxième écueil est de ne pas avoir clarifié les contours de ce que l'on entend par création de valeur. Comme le souligne le Professeur Morse, le projet BEPS se contente d'« *établir plusieurs indicateurs, mais ouvre en même temps, plusieurs problématiques. Ainsi, l'idée de création de valeur invite à débattre de la contribution de divers endroits aux bénéfices d'une société* »³²⁶. Surtout, en mettant sur un pied d'égalité ces indicateurs hétérogènes, il brouille définitivement la signification et la portée de la notion. Cela corrobore les propos du Professeur Hey lorsqu'elle précise que « *L'absence de concept clair (qui) se manifeste déjà par la combinaison d'une*

³²³ J. Hey, *Taxation where value is created and the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative*, Bulletin for International Taxation, Avril – Mai 2018. Johanna Hey va même plus loin en se posant la question de savoir si cette notion ne cacherait pas non plus une certaine idée de justice fiscale, en raison notamment du fait qu'il s'agit davantage d'une idée politique que d'une règle d'allocation des profits. Traduit par l'auteur

³²⁴ L. Benzoni, J. Pellefigue, *Des prix de transfert « équitables » ? Fondements économiques et implications réglementaires* », Conférence CEFEP, Novembre 2012

³²⁵ OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Editions OCDE, Paris
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>

³²⁶ S. C. Morse, *Value creation: a standard in search of a process*, Bulletin for International Taxation, Avril – Mai 2018, IBFD, Traduit par l'auteur

activité économique réelle et de la création de valeur. Dans ce contexte, l'OCDE fait référence aux deux à la fois, même si la localisation de l'activité économique réelle et celle de la création de valeur ne coïncident pas nécessairement »³²⁷.

Enfin le troisième écueil est la lecture matricielle de la notion que l'on adopte. Elle peut en effet être considérée comme une méthode d'allocation des revenus, de répartition de la matière imposable alors qu'elle peut constituer une assiette à part entière.

556. Les contours de la notion et pays émergents – En somme la création de valeur est confrontée à une question de frontière car elle est elle-même source de multiples interprétations. Comme le résume Nicolas Vergnet à l'appui des travaux des Economistes de 1923, les contours de sa délimitation sont complexes et s'organisent autour de trois axes que sont « la production de la valeur, de la possession de la valeur, et de la disposition de la valeur »³²⁸. En fonction du prisme que l'on privilégie, le positionnement fiscal adopté diffère. L'enjeu est de pouvoir concilier ces trois dimensions afin que les traitements fiscaux mis en place soient cohérents. C'est à l'appui de ces constats que les pays émergents s'attachent à revisiter le périmètre de la création de valeur. Ils donnent toute son importance à la notion d'incorporel. Ils s'étaient déjà emparés de cette notion en considérant que les prestations de services pouvaient être qualifiées de redevances. Ils poursuivent cette dynamique en faisant de la notion d'incorporel un élément central de la création de valeur (Paragraphe I), et en redéfinissant la territorialité de l'assiette (Paragraphe II).

³²⁷ J. Hey, *Taxation where value is created and the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative*, Bulletin for International Taxation, Avril – Mai 2018. B. Baumgartner, *Value creation analysis for transfer pricing purposes*, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°2, 16 Février 2018

³²⁸ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

§ I La notion d'incorporel au centre de l'assiette

Une part significative de la valeur économique se niche souvent et de plus en plus dans les actifs intangibles des entreprises. De nombreux ratios financiers mesurent la participation des actifs dans la valorisation de l'entreprise. Pour autant dans un système fiscal international sans frontières, une approche purement comptable, trop rigide, de l'actif incorporel ne semble pas satisfaisante. En fiscalité internationale, la définition de la notion d'incorporel peut apparaître multiple (A), ce qui rend son application volatile (B).

A/ La définition de l'assiette à travers le prisme de l'incorporel

557. Les contours délicats de la notion – La définition de la notion d'incorporel est délicate à définir comme le suggère ou le laisse à penser les rapports de l'OCDE. Mais lorsqu'il est difficile de caractériser de manière positive une notion, il est confortable d'adopter une position a contrario et suffisamment large. C'est justement la démarche adoptée par l'OCDE lorsqu'elle souligne « *Dans ces Principes, (...) le terme 'incorporel' désigne une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables* »³²⁹.

558. L'influence des pays émergents – Le flou entretenu par l'OCDE sur les contours exacts de la notion d'incorporel peut constituer une opportunité pour les pays émergents même si certains lui en font le reproche. Le Directeur général adjoint chinois du département fiscalité internationale estime en effet que « *en tant que pays en développement, la Chine est confrontée à un certain nombre de défis, dont beaucoup restent sans réponse de la part de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), tels que le manque de données comparables publiques, la*

³²⁹ OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>

quantification et la répartition des avantages spécifiques de localisation, et l'identification et l'évaluation des biens incorporels »³³⁰.

559. En ce sens, les travaux de l'ONU soulignent qu'il peut exister différents types d'actifs incorporels comme les caractéristiques d'un marché, les synergies de groupe, la survaleur, l'existence de main d'œuvre qualifiée. Tous ces éléments *«peuvent tous remplir les conditions permettant de les considérer comme des biens intangibles selon les faits et les circonstances* »³³¹.

560. L'OCDE ajoute que *« (...) le surcroît de valeur pouvant découler de la nature complémentaire d'un ensemble d'actifs incorporels exploités ensemble ne transparaît pas toujours dans le bilan* », elle admet que la survaleur ou le goodwill sont des actifs incorporels, et sont potentiellement source de création de valeur. On est donc loin de l'approche des normes IFRS qui veut qu'un actif incorporel soit un élément contrôlé par une entreprise, porteur d'avantages économiques futurs.

561. Elle donne satisfaction en revanche à nombre de pays émergents qui ont reconnu fiscalement cette survaleur, soit de façon directe comme la Chine (article 12 de son code fiscal), l'Inde qui a légiféré en 2012 en ce sens ; soit de façon indirecte comme le Mexique, le Vietnam ou encore l'Indonésie. Ce-dernier précise qu' *«Un actif incorporel est défini comme un actif qui présente des avantages à long terme et n'a pas de forme physique. Il apporte également certains avantages dans l'activité d'exploitation d'une entreprise et n'est pas utilisé pour la revente de produits définis, comme les brevets, les droits d'auteur ou les marques de commerce* »³³².

562. Alors que la détermination de la survaleur ou du « goodwill » repose sur l'existence a minima, d'un élément comptable inscrit au bilan d'une entreprise, les pays émergents estiment eux, confortés par la position de l'OCDE, que l'incorporel est créé sui generis. Cela signifie qu'à partir du moment où un élément quelle que soit sa forme,

³³⁰ L. Tizhong, C. Silberstein, *Chine : fiscalité internationale et prix de transfert*, Revue de Droit Fiscal, n°22, 30 Mai 2013

³³¹ United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for developing countries (2017)

³³² DGT Regulation PER – 32, Article 17(3). Traduit par l'auteur.

extérieure à l'activité même de l'entreprise, permet d'améliorer la rentabilité d'un flux, d'un process, d'un bien ou tout autre facteur, il peut être assimilé à un actif incorporel et de ce fait concourir à la création de valeur. Cette position met à mal le traitement fiscal des actifs, et la notion de propriété juridique qui est liée.

B/ Le champ d'application

563. Production, possession, disposition de la création de valeur – Une fois ce principe général établi, encore faut-il lui apporter du contenu. L'analyse ici fait écho au triptyque production, possession, disposition. La production se définit comme un « *processus (qui) englobe un ensemble de stades antérieurs au moment où la valeur arrive à sa réalisation définitive* ». La possession de la valeur est constituée de « *différentes étapes qui se situent entre sa production et le moment où le contribuable a la faculté d'en disposer et de la consommer* ». La disposition « *correspond au stade où le contribuable a la faculté de faire usage de son abus. (...) Au sens du Rapport de 1923 (elle) correspond au moment et au lieu où le contribuable se dessaisit de cette valeur en un lieu donné, soit qu'il consomme, soit qu'il l'échange* »³³³. Comme le souligne Nicolas Vergnet, chacun de ces processus englobe une dimension temporelle et spatiale. Les pays émergents ne les ont cependant pas cantonnés aux biens corporels. Ils adoptent cette démarche pour mieux appréhender le périmètre de l'assiette des biens incorporels.

564. Deux tendances émergent parmi les pays émergents – L'une, générale et acceptée explicitement ou implicitement par l'ensemble des pays émergents, qui considère le marché local dans son ensemble comme un actif incorporel. Elle privilégie la « *disposition de la création de valeur* » sans pour autant négliger les deux autres étapes. La Chine fait figure ici de pionnier. La seconde tendance estime qu'au sein d'une entreprise multinationale, les filiales participent à la création de valeur du groupe en valorisant les services rendus par le siège. En ce sens, elles contribuent à créer de la survaleur à toutes les étapes du processus de création de valeur détaillée plus avant. A ce titre certains services doivent être considérés comme un incorporel. Pour une même

³³³ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

nature de service, la création de valeur ne saurait être verticale, ou à sens unique. L'ensemble du groupe y participe. Cette position quelque peu iconoclaste est notamment portée par l'Inde.

1. Le marché local, un actif incorporel

565. Dans le cadre du projet BEPS, l'OCDE s'est refusée à reconnaître le marché local comme étant un actif incorporel à part entière. C'est la raison pour laquelle, elle souligne qu'« *Il est important de distinguer les actifs incorporels des conditions de marché ou de la situation du marché local. Les caractéristiques d'un marché local, telles que le niveau de revenu disponible des ménages sur ce marché ou la taille ou la compétitivité relative de ce marché, ne peuvent être possédées ni contrôlées. Dans ces circonstances, elles peuvent influencer sur la détermination du prix de pleine concurrence pour une transaction donnée et doivent être prises en compte dans le cadre d'une analyse de comparabilité, mais il ne s'agit pas d'actifs incorporels* »³³⁴.

566. Position de l'OCDE – On pourrait objecter le fait que l'OCDE cherche seulement à analyser la création de valeur et à identifier un actif incorporel dans le cadre d'une transaction spécifique et ciblée. Un même actif incorporel qui n'est ni contrôlé ni possédé pourrait être utilisé pour créer de la valeur dans certains cas et pour certaines entreprises, et pas dans d'autres. Le marché local ne lui apparaît donc pas comme étant le niveau pertinent pour être considéré comme un actif incorporel et contribuer à la création de valeur en tant que tel. Mais si cet actif ne crée pas de valeur, pourquoi une entreprise l'utiliserait ?

567. Position de l'ONU – Le Manuel Prix de transfert pour les pays émergents de l'ONU dans ses versions 2011 et 2017 apporte un certain nombre d'indicateurs. Ceux-ci pourraient concourir à la création de valeur. Il précise en ce sens que « *Procéder à une classification plus détaillée (...) donnerait les facteurs spécifiques suivants qui pourraient devoir être pris en compte lors de l'analyse sectorielle s'ils sont économiquement significatifs pour la transaction contrôlée en question : emplacement*

³³⁴ OCDE (2016), *Aligner les prix de transferts calculés sur la création de valeur, Action 8-10 – Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/97892642-49202-fr>

géographique du marché, niveau du marché (vente de détail ou en gros), niveau de l'offre et de la demande, coûts de production spécifiques à l'emplacement, y compris les coûts liés à la terre, au capital ou au transport. (...) Il y a différentes formes d'incorporels, qui comprennent les caractéristiques d'un marché »³³⁵.

568. Les pays émergents partent du postulat que le fonctionnement actuel du système fiscal repose sur une déconnexion entre le lieu d'imposition du revenu, Etat ou entreprise et le lieu de création de ce revenu. Dans une économie intégrée, la chaîne de valeur, nécessaire pour analyser l'activité d'une entreprise met en exergue cette disparité. Le raisonnement d'un pays émergent part du constat que si une entreprise, soucieuse d'améliorer sa rentabilité décide de s'implanter sur un territoire donné, c'est qu'elle estime que son territoire a une valeur intrinsèque. Cette position fait écho à deux des quatre considérations importantes soulevées par le Rapport des économistes de 1923 en matière d'alléance économique à savoir « *la faculté de faire valoir des droits à la richesse et la consommation de celle-ci* »³³⁶.

569. Les critères de valorisation du marché local, « location specific advantage », « market premium » – Concrètement, le marché local se valorise aux yeux des pays émergents de deux manières. D'une part, il dégage des économies liées à des dispositifs permettant de bénéficier d'avantages et d'économies (location savings). Ici le marché ne saurait être considéré à notre sens comme étant un incorporel. Ce sont les mesures mises en place qui attirent, davantage que la valeur intrinsèque du marché. D'autre part, les caractéristiques mêmes du marché génèrent de manière inhérente des économies, appelées économies d'emplacement (location specific advantage). La mise en valeur de cette spécificité est partagée par l'ensemble des pays émergents. La Chine reste néanmoins le seul pays à défendre publiquement et officiellement cette position³³⁷, et à vouloir la traduire juridiquement en droit interne et en fiscalité internationale.

³³⁵ United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for developing countries (2013 – 2017). Traduit par l'auteur

³³⁶ Société des Nations, *Rapport des économistes au comité financier de la Société des Nations*, Archives Société des Nations, Genève, 3 Avril 1923.

³³⁷ D.Xu, *The convergence and divergence between China's implementation and OECD/G20 BEPS minimum standards*, World Tax Journal, (Volume 10), N°3, IBFD, 2018

570. Le raisonnement attendant à cette notion d'économies générées par l'emplacement, est assez logique. C'est parce que le marché contient des caractéristiques spécifiques, que les entreprises multinationales viennent s'y implanter. C'est ainsi qu'il faut comprendre la notion de « market premium ». Les autorités chinoises estiment qu'une entreprise multinationale tire un profit additionnel, du fait de son implantation sur son territoire. Celui-ci est le fruit des « *qualités uniques du pays, ayant un impact sur la vente et la demande pour un service ou un produit* »³³⁸.

571. Parmi ses qualités uniques, la Chine estime que la capacité de consommation de son marché domestique, d'absorption de produits notamment étrangers constitue indéniablement une opportunité de croissance pour toute entreprise multinationale, et participe à la création de valeur de celle-ci. Les autres pays émergents, objets de l'étude, attachent une importance au marché comme vecteur de survaleur, surtout quand celui-ci est considéré comme un moyen pour produire, vendre, améliorer, les produits d'entreprises multinationales. Ils n'ont cependant pas été encore aussi loin dans leur raisonnement que la Chine.

2. La propriété légale

572. Les dépenses internes des filiales – Les pays émergents considèrent, de manière plus ou moins prononcée, que les filiales d'entreprises étrangères participent à l'enrichissement des incorporels qui sont facturés par leurs sièges. Ils estiment que « *La propriété légale d'actifs incorporels par une entreprise associée ne détermine pas à elle seule le droit de percevoir des revenus générés par l'exploitation d'actifs incorporels* »³³⁹. Cette affirmation de l'OCDE sonne comme une reconnaissance pour certains pays émergents. C'est le cas de l'Inde³⁴⁰, qui depuis la publicité faite à l'affaire Foster fait figure de précurseur.

³³⁸ United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for developing countries (2013 – 2017). Traduit par l'auteur

³³⁹ OCDE (2016), *Aligner les prix de transferts calculés sur la création de valeur, Action 8-10 – Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/97892642-49202-fr>

³⁴⁰ A. Chawla, P. Goel, et S. Arora, *The principle of Mobilia Sequuntur Personam and the situs of intangible property : the brew of foster's high Court Case*, Asia-Pacific Tax Bulletin (2017), volume 22, N°06 – India , IBFD

573. En l'espèce, le groupe Foster fut racheté en 2006 par le groupe SAB Miller. Dans le cadre de cette acquisition, l'entreprise australienne (Foster) devait procéder à la vente des marques qu'elle détenait, dont quatre étaient sous-licenciées en Inde à sa filiale Foster India Limited. Cet accord de vente était exécuté sur le territoire australien, échappant ainsi à toute taxation en Inde. Il était par ailleurs conditionné à la fin de l'accord avec Foster India Limited. Afin d'éviter toute remise en cause par les autorités fiscales indiennes, Foster leur adressa une demande, dans laquelle elle spécifiait que Foster Australia recouvrait les droits et intérêts liés aux marques détenues en Inde, suite à la résiliation du contrat avec sa filiale, et en raison du fait qu'elle avait la propriété juridique de ces marques.

574. Les autorités fiscales indiennes ne partagèrent pas cette position. En se fondant sur la section 2(14) du code fiscal indien de 1961, elles estimèrent qu'une marque est un droit qui naît non pas à cause de son enregistrement mais de son utilisation, ce que confirme en substance la doctrine de la présence tangible. A ce titre l'arrêt de la Cour Suprême de 1951³⁴¹ affirme que l'enregistrement d'une marque ne crée pas un actif. D'autres jugements l'étayaient comme les affaires *Geoffrey Inc*, ou *Kmart Properties Inc*³⁴², qui se sont tous appuyés sur un vieux jugement du début du XX^e siècle *Muller & Co*³⁴³. Les juges ont souligné que l'enregistrement d'un actif en tant que tel ne pouvait être le seul élément caractéristique de la propriété d'un actif. Autrement dit l'utilisation sur un territoire donné, d'un actif incorporel peut créer de la valeur et constituer également un incorporel qui doit être imposé sur le dit territoire. Dans le cas susmentionné, l'entreprise Foster fit un recours devant la Haute Cour de Delhi. Celle-ci tout en reconnaissant la difficulté de localiser clairement un actif incorporel sans forme physique, a rejeté la position de l'administration fiscale indienne. Pour cela, elle s'est appuyée sur le principe « *Mobilia Sequuntur Personam* » qui veut que les biens mobiliers soient attachés à la personne qui en est propriétaire, en l'espèce Foster's Australia.

³⁴¹ *CIT v. Finlay Mills Ltd*, 1951 *AIR* 464

³⁴² *Geoffrey's Inc v. South Carolina Tax Commission* [(1993).313SC15]; *Kmart Properties Inc v. Taxation and Revenue Department* [2006 *NMCA* 26]

³⁴³ *Commissioners of Inland Revenue v. Muller & Co* [1901] *AC* 217 (*HL*)

575. Les dépenses engagées par les filiales indiennes dans le cadre des services de marketing constituent un autre terrain d'investigation pour les autorités fiscales indiennes. Depuis 2012, la loi indienne a dressé une liste non exhaustive des cas qui pouvaient être qualifiés d'actifs incorporels. Sur la base de cette nouvelle législation, les autorités fiscales considèrent qu' « *un incorporel peut être identifié sur la base des efforts déployés par les filiales indiennes d'entreprise multinationales, pour valoriser une marque étrangère inconnue sur le marché local, pour créer un sentiment de fidélisation, pour créer une chaîne d'approvisionnement efficace, pour établir des canaux de distribution, ou encore réaliser des études de marché* »³⁴⁴.

576. Ces nouvelles dispositions font écho aux préoccupations de l'administration. Elle estime en effet, que la plupart des filiales indiennes engagent des coûts de commercialisation qui bénéficient à l'activité en général, et qu'elles ne sont pas ou peu rétribuées, si ce n'est par le remboursement des coûts qu'elles ont supportés. Or, ce défraiement ne saurait être considéré comme un avantage.

577. Pour estimer cet avantage auquel aurait droit la filiale, l'Inde compare le ratio de dépenses de commercialisation sur les ventes du contribuable, qu'il apprécie par rapport au ratio du secteur. Si le ratio du contribuable est supérieur au ratio moyen du secteur, cela signifie que le contribuable a engagé des dépenses de commercialisation importante, dont les effets directs et indirects bénéficient à l'ensemble, ce qui équivaldrait à la création d'une marque au nom de la filiale indienne³⁴⁵.

578. Mais, encore une fois, la jurisprudence est venue contrecarrer les velléités de l'administration. Dans un arrêt Maruti de 2015, la Haute Cour de Delhi a jugé que le fait pour une société indienne de supporter des dépenses de marketing supérieures à ce qu'elle devrait normalement supporter, et ce à partir du moment où elles sont

³⁴⁴ United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for developing countries (2017)

³⁴⁵ S. Waghi, *Indian transfer pricing aspects of marketing intangibles: an indian perspective*, Bulletin for International Taxation, 2015, volume 69, N°9

déterminées conformément au prix de pleine concurrence, ne saurait caractériser un élément incorporel à hauteur de l'excédent³⁴⁶.

579. Les autres pays émergents, qu'ils soient émergés comme le Brésil, la Russie ou encore l'Afrique du Sud, ou en émergence comme l'Éthiopie, l'Indonésie, le Vietnam, le Nigeria, ou le Mexique, ne disposent pas d'outils législatifs aussi avancés que les deux que nous venons d'évoquer. Le développement ou la configuration de leur économie ne les y incitent pas pour l'instant. Mais il n'en demeure pas moins vrai que leurs dispositions législatives ou leurs positions en matière fiscale internationale, ne ferment pas la porte à ces évolutions éventuelles. Elles sont suffisamment larges pour laisser penser qu'elles y adhèrent plus ou moins.

§ II La territorialité de l'assiette

580. L'atomisation des tâches, et la granularité des fonctions opérationnelles, essentielles dans l'exercice d'une activité et dans l'amélioration de la rentabilité, conduit à s'interroger sur la relation entre la création de valeur et un territoire. Elle pose surtout la question de savoir comment l'assiette de la création de valeur peut être déterminée par rapport au territoire. Les étapes de « production, consommation et disposition » sont des concepts aux frontières bien trop importantes, pour permettre aujourd'hui aux pays émergents d'identifier exactement le fait générateur de la création de valeur.

581. Pour eux, il s'agit de savoir à partir de quel moment ils s'estiment être dans leur bon droit pour imposer un bien ou un service dans la mesure où leur territoire a apporté une contribution majeure au développement de la société résidente filiale d'une entreprise multinationale ou d'une entreprise non-résidente exerçant sur son territoire. Sont ici posées les questions de l'exigibilité de l'impôt lié à la création de valeur et les faits générateurs qui conduisent à asseoir cette exigibilité qui se posent.

³⁴⁶ Maruti Suzuki Limited v. Commission of Income Tax, High Court (Delhi) [ITA N° - 110/2014 et ITA N°710/2015, 11/12/2015]; voir aussi les jurisprudences ITAT, 17 Mai 2013, LG Electronics India Pvt Ltd v. ACIT, 29 Taxmann.com 300, 2013, Delhi SB, Tax treaty case law, IBFD; ITAT, 16 Août 2013, BMW India Pvt Ltd v. ACIT, 37 Taxmann.com 319 (2013) Delhi; High Court, 24 novembre 2014, CIT v. Discovery Communications India, ITAT, 1297/2010, ITA 1101/2011, ITA, 489/2013

582. En matière de TVA, le fait générateur est défini par l'article 62 de la directive 2006/112 /CE comme « *le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de la taxe* ». L'exigibilité quant à elle, est définie comme « *le droit que le Trésor peut faire valoir aux termes de la loi, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour le paiement de la taxe, même si le paiement peut être reporté* ». Tout comme pour certaines opérations en matière de TVA, l'exigibilité et les faits générateurs coïncident, c'est-à-dire interviennent au même moment. Dans cette configuration, la chaîne de valeur est un élément primordial permettant de comprendre la part de chaque entité dans la construction de la rentabilité d'un groupe.

583. L'ensemble des pays s'accorde sur l'importance de cette analyse mais sans forcément en donner la même appréciation. Mais ce consensus ne confère pas la même importance à chaque fait générateur, et les pays émergents ont davantage tendance à privilégier ceux que les pays développés sous estiment (A). Cette disparité conduit les pays émergents à faire émerger de nouveaux faits générateurs (B).

A/ L'importance différenciée des faits générateurs

584. Les étapes des faits générateurs – En 1995, l'OCDE avait émis des indications à suivre permettant de mieux apprécier les méthodes de prix de transfert à appliquer. L'analyse fonctionnelle est alors devenue un outil d'aide à la décision pour les entreprises multinationales dans le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. Elle est aussi, pour les Etats, un élément de compréhension du fonctionnement de ces entreprises. Elle permet aux deux acteurs, Etat et contribuable, de pouvoir identifier les fonctions et les risques inhérents aux activités. Enfin elle est un moyen de sécuriser la répartition du revenu et son imposition. Elle participe de l'identification des faits générateurs.

585. Cependant, la complexité des opérations et la pression exercée par les pays émergents ont contraint les entreprises à détailler davantage encore cette analyse. L'OCDE a admis dans un premier temps, qu'il faille distinguer une analyse générale, dite « masterfile » et une analyse plus locale dite « localfile ». Cette dichotomie n'est qu'un moyen pour identifier les éléments de détermination de création de valeur. Pour

autant cela ne donne pas les caractéristiques des faits générateurs de la création de valeur. C'est une première étape indispensable, mais pas suffisante.

586. La chaîne de valeur – C'est la raison pour laquelle l'étude de la chaîne de valeur constitue le vecteur d'analyse indispensable. Celle-ci s'avère être un instrument destiné à expliquer comment la valeur est créée au sein d'un groupe multinational. Elle doit mettre en lumière la combinaison et le lien entre les fonctions, les actifs les risques. Surtout elle doit permettre de conclure si la création de valeur est pérenne. Cette appréciation légitime et crédibilise l'imposition par les pays émergents.

587. En somme pour les pays émergents, l'analyse fonctionnelle permet en premier lieu d'identifier la société qui assume ces risques. La chaîne de valeur en deuxième lieu contribue à savoir comment ces fonctions, ces actifs, ces risques sont reliés entre eux et interdépendants. Ces deux étapes permettent d'appréhender le caractère pérenne de la création de valeur.

588. A partir de ces postulats, la création de valeur et « *la répartition des revenus tirés par le groupe d'entreprises multinationales considéré de l'exploitation d'actifs incorporels, de même que la répartition des coûts et autres charges liés à ces actifs incorporels entre les membres de ce groupe d'entreprises multinationales, repose sur la rémunération des membres dudit groupe qui exercent des fonctions, utilisent des actifs ou assument des risques dans le cadre de la mise au point, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation de ces actifs incorporels* »³⁴⁷.

589. L'OCDE ne chiffre cependant pas la part contributive de chacune des étapes, partie prenante à la répartition du revenu et la création de valeur. Surtout il n'y a pas de hiérarchisation des différentes étapes. Ainsi les Etats sont-ils libres d'apprécier comme bon leur semble la part contributive de chaque étape. Il est évident que pour un même secteur d'activité, certains estimeront que la mise au point s'avère être déterminante, alors que d'autres considèreront que l'entretien ou même encore

³⁴⁷ OCDE (2016) *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8 – 10 Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>.

l'exploitation permet d'apporter un surplus de création qui donne toute sa valeur à l'activité.

590. La dualité des actifs incorporels – Sur le fond, l'Action 8-10 accède aux demandes des pays émergents, en soulignant qu'il faut distinguer entre « actifs incorporels de commercialisation » et « actifs incorporels manufacturiers »³⁴⁸. Toutefois une certaine ambivalence est maintenue lorsqu'il s'agit d'identifier le fait générateur, qui légitime le droit d'imposer.

591. L'action reconnaît certes que « *La propriété légale d'actifs incorporels par une entreprise associée ne détermine pas à elle seule le droit à percevoir des revenus générés par l'exploitation d'actifs incorporels* ». Mais elle ne précise pas clairement, quelle étape parmi les cinq énoncées revêt le plus d'importance ou tout du moins est significative en tant que fait générateur. Elle laisse même à penser que chaque étape peut potentiellement constituer un fait générateur, ce qui, au demeurant, entretient une insécurité juridique.

592. L'ONU de son côté souligne que « *La chaîne de valeur d'une entreprise multinationale est utilisée pour convertir ses ressources économiques de valeur inférieure en ressources économiques de valeur supérieure* »³⁴⁹. Elle suggère aux pays émergents de mettre en œuvre certaines étapes qui les aideront à isoler et circonscrire la création de valeur³⁵⁰. Le manuel de prix de transfert onusien insiste également sur la dimension géographique du fait générateur de la création de valeur lorsqu'il précise « *Les informations pertinentes sur le secteur peuvent être classées dans les grandes*

³⁴⁸ OCDE (2016) *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8 – 10 Rapports finaux 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249202-fr>.

³⁴⁹ United Nations, Economic and Social Affairs, *Practical Manual on transfer pricing for developing countries*, 2017.

³⁵⁰ Parmi ces étapes, l'ONU incite les pays émergents à :

- Etablir une cartographie de la chaîne de valeur générique pour l'industrie ;
- Etablir une cartographie de la chaîne de valeur d'une multinationale ;
- Comparer la chaîne de valeur générique à la chaîne de valeur d'une multinationale et analyser les différences qui peuvent expliquer pourquoi une multinationale dispose d'un avantage certain par rapport à ses concurrents ;
- Faire la distinction entre les principales fonctions d'une multinationale et ses fonctions d'appui ;
- Identifier et comprendre quelles sont les fonctions principales essentielles au succès de l'organisation ;
- Identifier et comprendre quelles activités apportent un surplus de valeur aux biens et services ;
- Comprendre et confirmer comment les différentes fonctions à travers la chaîne de valeur sont réparties par la multinationale entre les diverses entités légales du groupe.

lignes suivantes: domaines d'activité économique mondiaux et évolutions relatives au secteur auquel appartient l'entreprise; Tendances économiques dans le pays de chaque contribuable pour le même secteur; Position sur le marché de l'entreprise et conditions économiques environnantes »³⁵¹. Il accentue davantage encore sa position lorsqu'il détaille les différents faisceaux d'indices permettant d'identifier la création de valeur. Tous prennent en considération la dimension géographique et considèrent par la même occasion qu'elle constitue un fait générateur³⁵².

593. La place du numérique et fait générateur de la création de valeur – Mais dans un monde en perpétuel mouvement, les travaux fiscaux menés en matière de création de valeur apparaissent obsolètes dès qu'ils sont publiés. Dans un contexte où le numérique touche tous les secteurs de l'économie qu'ils soient traditionnels ou nouveaux, le lien entre le fait générateur et la création de valeur doit être repensé. Cela est d'autant plus important que « *Les modèles d'analyse de l'activité digitale montre que la digitalisation produit des intangibles qui ne peuvent pas seulement être des actifs fixes quantifiables, mais implique aussi des changements de processus et des inventions organisationnelles* »³⁵³. Certains experts estiment que la notion d'actifs s'enrichit de nouvelles formes.

594. Ils soulignent que « *les activités peuvent exploiter ou tirer le meilleur de trois nouveaux types d'actifs que sont les machines (ordinateurs intelligents), les plateformes (les modèles d'activité utilisant les logiciels d'interface) et les foules (accès à de hauts niveaux d'informations et d'utilisateurs)* »³⁵⁴. Ces évolutions n'altèrent pas les principes anciens de reconnaissance d'actifs et de détermination du

³⁵¹ United Nations, Economic and Social Affairs, Practical Manual on transfer pricing for developing countries, 2017.

³⁵² United Nations, Economic and Social Affairs, Practical Manual on transfer pricing for developing countries, 2017. « (...) *Qu'il conviendrait peut-être d'examiner lors de l'analyse du secteur s'ils sont économiquement significatifs pour la transaction contrôlée examinée ; emplacement géographique du marché; niveau du marché (vente au détail ou en gros); niveau de l'offre et de la demande; Les coûts de production spécifiques à l'emplacement, y compris les coûts de la terre, de la main-d'œuvre, des coûts de transport, etc* ».

³⁵³ C. Spengel, et M. Olbert, *Taxation in the digital economy – recent policy developments and the question of value creation*, International Tax Studies / 03-2019, IBFD

³⁵⁴ C. Spengel, et M. Olbert, *Taxation in the digital economy – recent policy developments and the question of value creation*, International Tax Studies / 03-2019, IBFD

fait générateur de l'imposition. Il y a cependant nécessité de trouver un équilibre entre les critères d'identification d'actifs incorporels passés et présents.

595. C'est ainsi que le critère de la « présence économique significative » semble devenir le vecteur d'identification et le déclencheur de l'imposition de la création de valeur. Mais ce fait générateur ne semble pas plus clair que les cinq étapes décrites et développées plus haut. Autrement dit cette présence ne précise pas le degré de présence.

596. Ces évolutions semblent néanmoins avoir déjà été anticipées par certains pays émergents comme l'Inde par exemple. Celui-ci a en effet transposé à la Section 9 de son code fiscal la notion de « business connection » faisant par la même occasion écho à ce critère. Toutes les revendications des pays émergents pour élargir la notion d'actifs incorporels s'inscrivent dans cette volonté de lier le fait générateur de la création de valeur à leur territoire. C'est dans cette perspective que les pays émergents ont développé de nouveaux faits générateurs.

B/ L'émergence de nouveaux faits générateurs

597. Les cinq faits générateurs développés par le projet BEPS en matière de création de valeur ne suffisent pas pour les pays émergents à assurer les conditions d'une imposition au titre de l'utilisation d'un actif incorporel.

598. A ces cinq éléments, la Chine en a ajouté un « la promotion ». Cela fait clairement écho aux divers développements qu'elle a défendu pour faire reconnaître les notions de marchés spécifiques, ou d'avantages tirés par la localisation sur le marché chinois, comme le soulignent Tavares et Owens : « *En ajoutant la promotion à la norme DEMPE, la Chine renforce son point de vue selon lequel des avantages ou des primes de marché spécifiques pourraient atteindre le niveau d'intangible unique et précieux (en plus des analyses de comparabilité des cadres), ce qui est controversé* »³⁵⁵.

³⁵⁵ Romero J.S, J. Owens, *Global tax policy post-beeps and the perils of the silk road*, Asia-Pacific tax bulletin, 2016 vol 22n°6, IBFD

599. Elle rejoint à certains égards la position indienne, qui précise que les incorporels en matière de marketing doivent être identifiés comme suit :

- Augmenter la valeur d'une marque étrangère ou d'une marque inconnue sur le marché indien en engageant de très importantes dépenses de publicité, de marketing et de promotion des ventes ;
- Créer une fidélité de marque et de produit dans l'esprit des clients ;
- Créer une chaîne d'approvisionnement efficace ;
- Établir des réseaux de distributeurs en Inde ;
- Développer un réseau de service après-vente et de support en Inde ;
- Effectuer des études de clientèle et de marché ; et
- La collecte des données client et établissement de la liste des clients.

En outre, l'Inde a clairement indiqué qu'elle appliquerait un "critère de sécurité" pour déterminer si les dépenses en SAP engagées par le contribuable sont supérieures à celles supportées par des sociétés comparables opérant dans un secteur similaire³⁵⁶.

Section II Les mesures anti-abus

600. Les comportements fiscaux des entreprises multinationales amputent lourdement une partie des ressources budgétaires des pays émergents. Leur économie réelle s'en trouve sclérosée, dans la mesure où ces comportements freinent le développement d'un secteur ou d'un marché faute d'investissement suffisant.

601. Pratiques fiscales agressives – Comme le souligne la CNUCED, « *Il existe un rapport clair entre la part d'investissements provenant de centres extraterritoriaux dans le stock intérieur d'investissements étrangers directs (IED) des pays d'accueil et le taux de rendement déclaré (imposable) de l'IED. Plus le montant des investissements*

³⁵⁶ Ce critère de sécurité, « Bright-line test » est une analyse basée sur le ratio dans laquelle le ratio dépense AMP: ventes du contribuable est comparé à la dépense AMP moyenne; ratio des ventes de sociétés comparables dans des industries similaires. Si le ratio du contribuable est supérieur au ratio moyen de l'industrie, cela signifie que le contribuable a engagé des dépenses de SAP excédentaires qui équivaldraient à une stratégie de marque pour le compte de l'entreprise associée.

transitant par des centres extraterritoriaux est élevé, plus le montant de bénéfices imposables est faible. En moyenne, dans les pays en développement, toute augmentation de 10 points de pourcentage du montant des investissements provenant de centres extraterritoriaux correspond une baisse de 1 point de pourcentage du taux de rendement »³⁵⁷.

602. Bien que difficilement quantifiable, certaines institutions internationales tentent d'en estimer le coût. Seules les pratiques fiscales agressives peuvent cependant être appréhendées avec plus ou moins d'exhaustivité. Ainsi les pays émergents auraient perdu entre 858 Milliards de dollars et 1 Billion de dollars³⁵⁸. La CNUCED estime « à 100 milliards de dollars par an les recettes fiscales perdues par les pays en développement sur le stock d'investissements directs via les centres commerciaux »³⁵⁹.

603. En revanche, ces pratiques ne sont pas les seules manifestations de l'érosion des bases fiscales. Il existe des comportements plus dissimulés qui peuvent conduire au même résultat. Ceux-ci ont un impact plus ou moins important en fonction de la structure fiscale des pays concernés. Celle « des pays en développement est radicalement différente de celle des pays développés. Les deux tiers environ des recettes fiscales des pays développés proviennent des impôts directs, principalement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques et des cotisations de sécurité sociale. En revanche, l'imposition des revenus des sociétés fournit aux pays en développement une grande partie de leurs recettes fiscales, contre une faible part dans les pays développés »³⁶⁰. L'impôt sur les sociétés payé par les filiales implantées sur leur territoire ne constitue pas la seule contribution des entreprises multinationales. Les flux intragroupes représentent a priori une manne financière pour les pays émergents si la qualification leur permet de pouvoir prélever une retenue à la source.

³⁵⁷ Rapport CNUCED 2015

³⁵⁸ Addressing tax evasion and tax avoidance in developing countries, The International Tax Compact, 22 décembre 2011

³⁵⁹ Rapport CNUCED 2015

³⁶⁰ R S. Avi-Yonah, Y. Margoloth, *Taxation in developing countries : some recent support and challenges to the conventional view*, University of Michigan law school, 2007.

604. C'est ici tout l'enjeu des relations entre d'un côté un siège et ses filiales étrangères et de l'autre les pays émergents. Aux bornes d'un groupe la retenue à la source peut constituer une charge fiscale définitive si la société prestataire ne peut pas imputer de crédit d'impôt, ou s'affranchir d'un seuil de déductibilité.

605. Bien que les conséquences de l'évasion fiscale soient communément partagées, les mesures ou objectifs assignés pour lutter contre le « *pêché des surdoués de la fiscalité internationale* »³⁶¹, ainsi que les moyens à y consacrer, ne font pas l'unanimité, car la notion même d'évasion fiscale fait débat. Le sujet n'est pourtant pas nouveau. Les experts des années 1920 l'avaient effleuré. Il est réapparu dans la doctrine au cours des années 1950. Celle-ci avait cependant tendance à confondre fraude et évasion fiscale³⁶².

606. La notion d'évasion fiscale – L'émergence de paradis fiscaux trouverait son explication dans l'existence d'enfers fiscaux, et à y regarder de plus près, l'étymologie latine du terme « évasion », « *evasio* »³⁶³ signifie délivrance³⁶⁴. Ainsi, ils permettaient aux contribuables de se délivrer de l'enfer fiscal, que constitueraient les pays qui ne sont pas des paradis fiscaux.

607. Fraude et évasion fiscale – Ils permettraient à l'évasion fiscale de s'épanouir en toute impunité car celle-ci ne saurait être punissable en tant que telle, à moins de prouver son caractère délictueux. La différence entre l'évasion et la fraude, « *tient à l'épaisseur du mur d'une prison* » comme le soulignait un ancien ministre britannique

³⁶¹ M. Cozian, *Eloge de l'habileté fiscale*, La Revue fiscale notariale n°1, janvier 2006, alerte 1.

³⁶² Renvoi à la thèse Antoine Molé, *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Droit. Université Paris Dauphine – Paris IX, 2015. Français. <NNT : 2015PA090007>. <tel-01249391>

³⁶³ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, Lexicographie, article « Evasion », <http://www.cnrtl.fr>.

³⁶⁴ Il est assez intéressant de constater que les premiers exemples de paradis fiscaux, sont issus d'Etats fédérés. En effet, les deux premiers Etats, bien qu'ils ne soient pas dénommés ainsi, sont l'état du New Jersey et celui du Delaware. Ces deux Etats ont mis en place une législation relativement souple afin d'attirer les entreprises. C'est en 1880, que le gouverneur de l'Etat du New Jersey fut convaincu de faciliter l'implantation de sièges sociaux, face aux lois trop restrictives appliquées à l'époque dans les pays anglo-saxons. Face au succès de cette politique, l'Etat du Delaware lui emboîta le pas. Dans les années 1920, les cantons Suisses firent de même, notamment le canton de Zoug, qui reste aujourd'hui un havre de paix fiscal pour toute entreprise qui décide de s'y implanter. La spécificité suisse est d'avoir légalisé le secret bancaire, au lendemain de la crise de 1929 et de son flot de faillites bancaires. Surtout le 'Banking Act' de 1934 a criminalisé, la violation de tout secret d'entreprises et notamment du secret bancaire. Le développement du marché européen a contribué à accélérer l'émergence de paradis fiscaux. R. Palan « History of tax havens », 1^{er} octobre 2009

des finances³⁶⁵. Il est important de rappeler qu'en 1998, l'OCDE « qualifiait collectivement les pratiques fiscales dommageables », aussi bien celles émanant à la fois les paradis fiscaux, que celles mises en œuvre par des pays « bien sous tous rapports ».

608. Le rapport tentait de dégager les critères objectifs. A l'époque, il « *admet qu'il faut distinguer entre régimes fiscaux préférentiels acceptables et dommageables* », et souhaitait analyser « *soigneusement les caractéristiques des systèmes fiscaux du pays de résidence comme du pays de la source qui peuvent produire les effets dommageables des régimes fiscaux préférentiels* ».

609. Le terme même de pratiques dommageables conservait une certaine bienveillance et appelait davantage la mise en place de remèdes que de sanctions. Le vocable a aujourd'hui une connotation différente en élargissant le concept à ce qui est nuisible voire amoral. La communauté fiscale internationale se focalise sur des méthodes de planification, d'optimisation, d'évasion qui conduisent à l'érosion des bases fiscales. Il ne s'agit plus seulement comme en 1998, de vouloir changer la législation interne des Etats, mais de modifier le comportement des entreprises.

610. Avec l'ouverture économique des frontières, les pratiques fiscales des entreprises sont devenues plus créatives, les positions des administrations sont devenues plus sévères, et ce que l'on tolérait naguère, n'est aujourd'hui plus acceptable et encore moins justifiable. En effet, « *Les affaires internationales, donnent souvent lieu à des pratiques que le fisc réprouve, sans pour autant parvenir à en démontrer le caractère frauduleux : soit par difficulté à prouver la violation de la loi, soit parce que le contribuable aura habilement joué avec les silences de celle-ci* »³⁶⁶. Désormais, « *les comportements fiscaux qualifiés pêle-mêle d'optimisants, d'agressifs, de répréhensibles, d'immoraux, d'anormaux ou d'inciviques peuvent recevoir une qualification frauduleuse dès lors que la loi fiscale déciderait de les faire entrer dans*

³⁶⁵ B. Navatte, *La fraude et l'habileté en droit fiscal*, Dalloz 1951 « *La doctrine française s'accordait sur le fait qu'« on ne peut réserver le même sort à une personne qui contrevient sciemment à une prescription claire de la loi et à celle qui cherche à profiter soit d'une imprécision, soit d'une lacune de la loi sans se mettre en contravention avec elle* »

³⁶⁶ M. Collet, *Droit fiscal*, P.U.F. coll. Thémis, 4ed, 2013

la catégorie des comportements illicites »³⁶⁷, car in fine « le contribuable habile poursuit le même but que le contribuable fraudeur : il cherche à se soustraire au paiement de tout ou partie d'un impôt quelconque. C'est cette recherche du même but qui a conduit à les assimiler »³⁶⁸.

611. Mais ce « (...) brouillage lexicologique est sans aucun doute le signe d'un malaise plus profond »³⁶⁹. Il démontre surtout une certaine fragilité dans la manière de combattre ce qui apparaît comme étant une gangrène de la fiscalité internationale. Car « si la distinction entre l'évasion et la fraude, la seconde façon d'éluder l'impôt s'opposant à la première par son caractère illégal, peut être établie de façon à peu près claire à l'intérieur d'un système fiscal étatique donné, elle s'avère à l'inverse, beaucoup plus délicate au plan international. Dans un cas comme dans l'autre on retrouve, en effet, l'intention d'éluder l'impôt et le transfert de la matière imposable. La légalité ou l'illégalité des moyens utilisés à cette fin sont, en revanche délicats à établir. Une telle appréciation nécessite un système de référence inexistant en droit international, c'est ce qui explique, entre autres raisons, l'unité d'approche systématique des deux phénomènes »³⁷⁰.

612. Et pourtant même s'il est difficile « de tracer (...) des lignes séparant l'acceptable de l'inacceptable, le légal de l'illégal, le moral de l'immoral. (...) on ne peut plus aborder la question de l'optimisation fiscale en continuant d'utiliser des cadres d'analyse vieilliss (...). La distinction un peu caricaturale entre la fraude et l'évasion qui seraient interdites et l'optimisation qui pourrait être légale doit être dépassée »³⁷¹.

³⁶⁷ A. Laumonier, *La coopération fiscale entre Etats dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, Thèse, Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français. <NNT: 2017BORD0762>. <tel-01701863>

³⁶⁸ A. Laumonier, *La coopération fiscale entre Etats dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, Thèse, Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français. <NNT: 2017BORD0762>. <tel-01701863>

³⁶⁹ B. Delaunay, *Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning*, Revue de Droit fiscal n°39, 26 septembre 2013, 437.

³⁷⁰ P. Dibout, *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, Regards sur la fraude fiscale, Travaux et recherches, Economica, 1986

³⁷¹ B. Delaunay, *Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning*, Revue de Droit fiscal n°39, 26 septembre 2013, 437.

613. Les mesures anti-abus proposées par l'OCDE jusqu'alors ne semblaient pas efficaces aux yeux d'un certain nombre de pays émergents, d'une part parce qu'elles n'étaient liées qu'à l'application des conventions fiscales internationales, et, d'autre part, parce qu'elles ne permettaient pas de combattre aussi bien l'utilisation abusive de ces conventions que les pratiques d'évitement de l'impôt.

614. Ce fut le cas de l'Afrique du Sud, du Brésil ou encore de l'Inde, qui pour la plupart publièrent des décrets, allant en ce sens³⁷². C'est sous leur impulsion que les mesures développées par l'action « Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales »³⁷³, ont pu aller aussi loin et mettre davantage en lumière la volonté et l'intention du contribuable dans toute opération. Parmi les normes minimales auxquelles ont souscrit obligatoirement les Etats, lors de la ratification de la convention multilatérale, figurent les mesures anti-abus telles que présentées par l'Action 6 du projet BEPS.

615. Bien que l'OCDE dans son rapport de 1998 ait rappelé qu'« (...) en mai 1996, un communiqué ministériel demandait au Comité des affaires fiscales « de mettre au point des mesures pour limiter les distorsions introduites par la compétition fiscale dommageable dans les décisions d'investissement et de financement et leurs conséquences pour la matière imposable au niveau national, et soumettre un rapport en 1998 »³⁷⁴, il fallut attendre près de vingt ans pour qu'elles voient le jour.

616. Loin d'être entièrement nouvelles, ces clauses ne sont ni plus ni moins que des mesures anciennes connues sous le nom de mesures générales et mesures spéciales. Finalement « *La principale préconisation est l'insertion dans les conventions fiscales*

³⁷² P. Rosenblatt, *Tax avoidance in emerging countries: is a GAAR a suitable measure?*, Revista Direito Tributario Internacional Actual 01, Mars 2017

³⁷³ OCDE (2017), *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales, Action 6 - Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278035-fr>

Les pays émergents ont pris toute la mesure du constat de l'OCDE lorsqu'il « reconnaît que l'adoption de règles anti-abus dans les conventions fiscales ne suffit pas à combattre les stratégies fiscales d'évasion fiscale qui cherchent à contourner le droit fiscal interne ; il faut adopter des règles internes anti-abus notamment des règles susceptibles de résulter des travaux portant sur d'autres aspects ».

³⁷⁴ Rapport OCDE, 1998, *La concurrence fiscale dommageable, un problème mondial*

d'une clause générale anti-abus »³⁷⁵. Cependant, le mérite du projet est de les avoir remises au goût du jour, et d'avoir synthétisé toutes ces mesures éparpillées dans l'ensemble du projet.

617. L'Action 6 du projet BEPS distingue deux types de clauses, que les Etats peuvent introduire dans leur dispositif conventionnel, et qui peuvent être suffisamment larges pour qu'elles n'entrent pas en conflit avec les dispositifs de droit interne. Pour les pays émergents, c'est l'objectif commercial d'une opération, d'une activité, qui révèle l'intention du contribuable. Et c'est uniquement sous le prisme de cet objectif, que tout avantage fiscal octroyé de manière conventionnel ou au regard de dispositions de droit interne, doit s'apprécier.

618. Si l'activité d'un contribuable non-résident, ou une opération mise en œuvre par celui-ci poursuivent un objectif commercial, alors l'avantage fiscal qu'il aura perçu ne saura être remis en question (Paragraphe I). L'information est un élément capital pour appréhender les déviances fiscales. A ce titre l'OCDE a fourni un panel de dispositifs leur permettant de connaître et scruter les éventuels abus commis par les entreprises notamment multinationales exerçant leurs activités sur leurs territoires (Paragraphe II).

§ I L'objectif commercial au cœur des mesures générales et spéciales

619. *« Le premier modèle, dite clause de limitation des bénéficiaires de la convention (Limitation of Benefits, LOB), est inspiré de la pratique conventionnelle américaine ; très détaillée, la clause repose sur une série de « teste » successifs en vue de vérifier si le résident remplit des critères objectifs ouvrant droit au bénéfice de la convention (présenter un certain profil, exercer une activité dans l'Etat de résidence,...) »*³⁷⁶. Ce type de clause se « traduit par l'ajout à la convention d'un long article tentant de prévoir un ensemble de situations permettant, en creux, de désigner des situations

³⁷⁵ F. Deboissy, *Articulation de la procédure d'abus de droit et des clauses anti-abus*, Revue de Droit fiscal, N°49, 8 décembre 2016, 632.

³⁷⁶ E. Lesprit, *La réaction de l'OCDE face à l'évasion et la fraude fiscale : le plan d'action BEPS*, Revue Droit fiscal, N°49, 8 décembre 2016, 630

d'abus ne permettant pas de se prévaloir de la convention »³⁷⁷(...) Le second modèle, dite clause du motif principal (Principal Purpose Test, PPT), empêche l'application de la convention lorsque l'obtention de l'avantage est en accord avec l'objet et le but de la disposition conventionnelle ; il s'agit donc de s'assurer que seules les opérations « authentiques » bénéficient de la convention, à l'exclusion de celles qui sont principalement mises en place pour profiter de l'avantage conventionnel »³⁷⁸. Mais comme le souligne Eric Lesprit « cette approche (est) imparfaite, car elle contraint à une appréciation subjective ex post »³⁷⁹.

620. Pour les pays émergents, l'intention du contribuable se mesure à l'aune de l'objectif commercial qu'il poursuit, quel que soit son secteur d'activité. Pour certains elle se satisfait de l'adoption d'une mesure générale anti-abus (A), alors que d'autres sont ambivalents dans le choix de la mesure à prendre (B).

A/ L'objectif commercial comme mesure générale anti-abus

621. Depuis 2008, la position de la Chine est assez claire. Elle a introduit dans ses règles fiscales relatives aux entreprises multinationales, un principe général de mesure anti-abus, qui dénonce tout manquement commercial d'une opération déterminée. L'article 120 de ce code posait en effet comme principe le manque d'objectif commercial raisonnable d'une opération, dont in fine le seul objectif est de tenter de réduire, de différer le paiement d'impôt, ou encore d'obtenir une exonération. Le 8 décembre 2014, les autorités fiscales chinoises ont élaboré un guide contenant 22 articles répartis en 6 chapitres.

622. Outre l'aspect purement procédural, ce guide décrit à l'instar des guides diffusés par l'administration fiscale française, les schémas d'évasion fiscale répréhensibles. Il rappelle la ligne directrice fixée en 2008, et s'éloigne en cela des législations

³⁷⁷ E. Lesprit, *La réaction de l'OCDE face à l'évasion et la fraude fiscale : le plan d'action BEPS*, Revue Droit fiscal, N°49, 8 décembre 2016, 630

³⁷⁸ E. Lesprit, *La réaction de l'OCDE face à l'évasion et la fraude fiscale : le plan d'action BEPS*, Revue Droit fiscal, N°49, 8 décembre 2016, 630.

³⁷⁹ E. Lesprit, *La réaction de l'OCDE face à l'évasion et la fraude fiscale : le plan d'action BEPS*, Revue Droit fiscal, N°49, 8 décembre 2016, 630.

occidentales et des préceptes BEPS qui privilégient la recherche d'un but exclusivement fiscal.

623. Le caractère commercial raisonnable – Le bénéfice fiscal d'une opération devrait être évalué selon le critère de substance économique lui-même appréhendé par le caractère commercial raisonnable de ladite opération ou d'un contrat. Ce principe ouvre des perspectives importantes aux autorités fiscales chinoises.

624. En effet, une opération ou une entreprise peut très bien être dénuée de substance commerciale, sans pour autant rechercher un avantage fiscal. Car il existe une différence entre rechercher purement et simplement un avantage, et bénéficier de dispositions fiscales inhérentes à une opération, sans pour autant les avoir recherchées. C'est sous cet angle qu'il faut comprendre les dispositions chinoises concernant leur propre régime de holding, mais également la méfiance que les autorités fiscales peuvent nourrir lorsqu'apparaît dans un schéma, une société holding non-résidente établie dans un pays développés.

625. Le Brésil pour sa part avait introduit dans sa législation, une doctrine similaire à celle de la Chine. Il avait en effet adopté, en 2001, une règle générale anti-abus qui figurait à l'article 116, de son code fiscal fédéral. Mais sa position est plus d'inspiration prétorienne que législative. En 2013, une série de jurisprudences de la Cour d'Appel fiscale, a tenté de préciser ce qu'il fallait entendre par « objectif à des fins commerciales ». A titre liminaire, il convient de souligner que le juge utilise ce moyen dans des affaires, qui a priori ne relèvent pas de cas de manœuvre, de fraude, ou de transactions illégales.

626. Il en ressort ainsi, que la motivation commerciale est une condition essentielle pour valider un schéma, et en l'espèce la mise en place d'une structure adoptée par un contribuable. Il convient alors de savoir si une transaction a été prise avec l'unique objectif d'obtenir un avantage fiscal³⁸⁰. En procédant de la sorte, le juge se contraint à opérer une analyse au cas par cas, en sondant les véritables motivations des

³⁸⁰ Conselho Administrativo de Recurso Fiscais (Administrative Council of Tax Appeals, CARF), 9 juillet 2013, *Décision N°1402-001.404* ; CARF, 6 novembre 2013, *Décision N°1202-001.060f*; 18 août 2016, *Décision N°9101-002.429*

contribuables, et plus particulièrement des contribuables non-résidents. Cette approche conduit à adopter une approche empirique des situations et oblige l'administration fiscale à être subjective dans son analyse.

627. C'est justement cette subjectivité qui n'a pas convaincu les juges suprêmes brésiliens et a éveillé un certain nombre de critiques. La première d'entre elles fustige le manque de cadre légal nécessaire, pour contenir l'appréciation subjective. En effet, remettre en cause un avantage fiscal obtenu légalement, uniquement sur la base d'un objectif commercial non atteint sans que la preuve de l'intention manœuvrière, délibérée du contribuable ait été apportée par l'administration, peut être potentiellement néfaste pour l'économie et fait courir le risque d'une grande insécurité juridique³⁸¹.

628. Or, l'intention, ou la fictivité d'une opération est établie par l'article 167 du code civil brésilien, autour de trois situations clairement identifiées : les transactions juridiques donnent des droits à des personnes autres que celles à qui ont les droits sont accordés ou transférés ; les transactions légales contiennent un élément, une déclaration ou ont pour cause quelque chose d'inexact ; l'accord juridique a été anti daté. L'application de ce principe souffrait de trop d'écueils pour que la cour supérieure de justice brésilienne suive la jurisprudence de la cour fiscale administrative. Sa position révèle cependant une position de principe plus profonde, plus structurante, dans la mesure où elle n'accorde pas la même importance au principe d'objectif commercial, que ce qu'il devrait avoir.

629. Dans un arrêt de 2010, elle précise que « *la dimension économique, bien qu'importante pour évaluer la capacité de paiement du contribuable, ne doit pas prévaloir sur toute autre forme légale, sauf si les autorités fiscales peuvent prouver l'existence d'une manœuvre frauduleuse liée à la transaction légale en cause* »³⁸². Cette décision n'est pas satisfaisante pour autant. Elle alimente une certaine insécurité juridique aussi bien pour les entreprises que pour l'administration fiscale brésilienne.

³⁸¹ J. Francisco Bianco et R. T. Santos, *Brazilian anti-avoidance legislation: recent refinements and major deviations from international practice*, Bulletin for International Taxation, (Vol 71), N°6, 26 Avril 2017

³⁸² Superior Tribunal de Justiça (Superior Court of Justice, STJ), 18 mars 2010, *Special Appeal N°1,119,405-RS*

Elle est surtout révélatrice de l’ambiguïté dans laquelle s’inscrivent certains pays émergents entre le respect des formes légales, et la volonté de prendre en considération la réalité économique et commerciale des opérations. Au-delà, elle n’indique pas clairement l’option d’anti-abus choisie par le Brésil, entre mesure générale et mesure plus spécifique.

630. La notion d’engagement – L’attitude de l’Afrique du Sud est symptomatique de ce positionnement. Sans être aussi ambivalent que le Brésil, le droit sud-africain manque de clarté. Surtout, bien qu’elle ait fait le choix de l’adoption d’une mesure générale anti-abus, dont les dispositions étaient déjà codifiées à la section 80A-M de son code fiscal, l’Afrique du Sud maintient un doute quant à son choix entre mesure générale et mesure spécifique.

631. L’Afrique du Sud met en avant l’absence d’objectif commercial assigné à une opération ou un montage qui ne répondrait pas à cet objectif. Mais la Section 80C-E identifie par ailleurs certaines situations qui peuvent laisser penser que l’opération ou l’arrangement en cause constitue une forme d’évasion fiscale.

632. La nouvelle section introduit la notion d’« arrangement » qui se veut bien plus large que l’ancienne rédaction. Celle-ci énonçait les cas de figure qui pouvaient entrer dans le périmètre d’application des mesures anti-abus. Il s’agissait de toute transaction, opération, ou schéma. Cette nouvelle disposition peut cependant laisser perplexe, eu égard notamment à une jurisprudence récurrente qui concevait la notion de schéma de façon suffisamment large pour y appréhender toutes les étapes liées à ces cas³⁸³. Toutefois, la loi ajoute au texte existant sans pour autant supprimer les anciens concepts.

633. Plus innovant, la loi instaure une nouvelle conception de l’abus dénommée « misuse », qui se veut bien plus subjectif que l’abus normal³⁸⁴. C’est la description dans sa clause générale anti-abus de cas spécifiques, mais également l’insertion de

³⁸³ [1963] (3) SA 863 (A), 25 SATC 287 ; CIR v. Conhage [1999] (4) SA 1149 (SCA), 61 SATC 391 at 393

³⁸⁴ A.G Langenhoven, *Does the South Africa GAAR criteria of the ‘misuse or abuse’ of a provision included in section 80A of the Income Tax Act add any value?*, Mémoire, Université Cape Town, Août 2016

concepts, comme ceux évoqués, qui suggèrent l'élaboration d'une liste de cas de figure, qui entretiennent un certain flou juridique. Bien que l'Afrique du Sud n'ait pas fait jouer l'article 7(6) de la convention multilatérale, sa législation laisse à penser qu'en pratique elle associe à une mesure anti-abus générale, une clause de limitation des bénéficiaires.

B/ La double nature de l'objectif commercial

634. Justement l'article 7 (6) de la convention multilatérale permet aux pays contractants de jumeler une provision générale anti-abus avec une disposition simplifiée de limitation des bénéficiaires. Il stipule « *Une partie peut également choisir d'appliquer à ses Conventions fiscales couvertes les dispositions aux paragraphes 8 à 13 (ci-après dénommées la « règle simplifiée de limitation des avantages ») en formulant une notification décrite à l'alinéa c) du paragraphe 17. La règle simplifiée de limitation des avantages ne s'applique à l'égard d'une Convention fiscale couverte que si toutes les Juridictions contractantes choisissent de l'appliquer* »³⁸⁵. Seulement onze pays ont choisi cette option, uniquement des pays émergents ou en émergence, parmi lesquels l'Inde, la Russie ou encore l'Indonésie, le Mexique. Sans opter formellement et officiellement, la nature de l'objectif commercial synthétise ces deux dimensions.

635. Avant la mise en œuvre le 1^{er} avril 2017, des nouvelles dispositions anti-abus, l'Inde a oscillé entre différentes approches. Il a voulu dans un premier temps s'affranchir de son ancien tuteur, en privilégiant l'intention du contribuable plutôt que la forme. C'est ainsi qu'en 1985, dans l'affaire « *McDowell & Co Ltd v. Commercial Tax Officer* »³⁸⁶, la Cour Suprême d'Inde précisait, que la planification fiscale n'était pas autorisée à partir du moment où elle a pour but de mettre en place un dispositif destiné à masquer une optimisation fiscale induite ou encore un subterfuge pour éviter le paiement de taxes.

³⁸⁵ Convention Multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, signée le 7 juin 2017, OCDE.

³⁸⁶ Cour Suprême d'Inde, *McDowell & Co Ltd v. CTO*, 1985, 154 ITR 148

636. Mais elle opéra un revirement de jurisprudence. A travers les affaires Azadi³⁸⁷ et Vodafone³⁸⁸, elle revient à la célèbre décision « Duke of Westminster » de 1936. L'arrêt de la Haute Cour de Gujarat dans une affaire Vodafone, autre que celle qui a fait les délices de la doctrine fiscal internationale, est très éclairante. La Cour souligne qu'en l'espèce « *le schéma appliqué par la société, peut entraîner une évasion fiscale de la part du contribuable ; mais il convient de noter que même si l'effet ultime du schéma peut procurer des avantages fiscaux, ou même si le schéma s'inscrit dans un cadre d'économie d'impôt, ou bien s'il en résulte une évasion fiscale, il ne peut être soutenu que le seul objet du schéma mis en place, est l'évasion fiscale* »³⁸⁹.

637. Cette position permet au contribuable, tout du moins il lui donne le droit de gérer ses affaires comme il l'entend, fût-ce au prix de schémas fiscaux agressifs, à condition que la forme soit privilégiée³⁹⁰. Ces jurisprudences divergent fortement des interprétations avancées par les autorités fiscales indiennes. Au-delà de ces sensibilités différentes, elles sanctionnent les vides juridiques laissés par le législateur. C'est dans ce contexte qu'intervient loi de finances pour 2012, venue codifier les mesures anti-abus.

638. Les dispositions internes combinées des pays émergents : entre « GAARistes » et « LOBistes » - Désormais le Chapitre X-A du code fiscal indien de 1961 permet aux autorités fiscales indiennes de venir redresser toute opération, tout schéma mis en place par une entreprise, générant un bénéfice fiscal, au titre des mesures anti-abus. La Section 90(2A) renvoie en premier lieu à l'article 102(10) pour définir la notion de bénéfice fiscal. Celui s'entend d'une réduction, d'un contournement ou d'un report d'imposition. Cette définition rappelle celle donnée par la Chine. Les dispositions s'attachent ensuite à associer un principe général d'objectif fiscal principal (Principal Purpose Test) et une énumération de dispositions visant à limiter les bénéfices

³⁸⁷ Cour Suprême d'Inde, 7 octobre 2003, Union of India v. Azadi Bachao Andolan, (2003) 263 ITR 706 (SC), *Tax Treaty case law IBFD*

³⁸⁸ Cour Suprême d'Inde, 20 janvier 2012, Vodafone International Holdings BV v. Union of India, (2012) 341 ITR 1, *Tax treaty case law IBFD*

³⁸⁹ Haute Cour de Gujarat, Vodafone Essar Gujarat Ltd v. DIT (2013) 353 ITR 222 (Guj)

³⁹⁰ R. Rawal, *GAAR becomes operational in India*, Asia Pacific Tax Bulletin, 2017, volume 23, N°5

(limitation of benefit). Le code fiscal indien dispose que si un des objectifs principaux d'une opération est d'obtenir un avantage fiscal, alors les autorités fiscales ont la possibilité de procéder à un redressement.

639. A cette disposition générale première, la loi fait par ailleurs référence à l'absence de substance commerciale supposée d'une opération ou d'une activité. Cette notion s'attache particulièrement à ce que la loi indienne désigne comme « arrangements » et dont la définition semble relativement adaptable³⁹¹. En effet, soucieuse d'éviter toute disparité ou toute tentative d'interprétation qui lui serait défavorable, les autorités fiscales ont souhaité encadrer de façon très stricte les schémas conduisant, à bénéficier de façon abusive, de dispositions fiscales avantageuses.

640. C'est ainsi que la loi fiscale énumère un certain nombre d'arrangements susceptibles a priori d'être soumises aux mesures anti-abus. Cette description ressemble aux mesures de « limitation of benefits », mais reprend tout de même les deux principes généraux. Aussi la portée de cette seconde mesure est-elle relative, bien qu'elle laisse la possibilité à l'Inde de pouvoir l'amender. Finalement la loi indienne associe bénéfice fiscal et substance commerciale, au point que si une entreprise, en général non-résidente, jouit d'un bénéfice fiscal, cela laisse à penser qu'il n'est pas corrélé à une substance commerciale.

641. La Russie utilise cette possibilité d'associer ces deux types de mesures anti-abus, en l'absence de véritables mesures générales. Jusqu'à l'adoption de l'article 54.1 le code fiscal russe ne contenait pas ce type de dispositifs. Il revenait aux cours d'arbitrage d'apprécier la légitimité de l'obtention de l'avantage fiscal par le contribuable, conformément à la doctrine posée par un arrêt de la Cour Suprême d'arbitrage du 12/10/2006. Elle définit un cadre et énumère un certain nombre de critères qui ne justifient pas qu'un contribuable ait pu tirer un avantage fiscal ou qu'une opération présente un caractère abusif. Ainsi en présence d'une capacité à produire ou à livrer des biens et services dans le cadre d'un contrat et en l'absence de personnel qualifié ou d'équipement nécessaire pour remplir les obligations contractuelles, en cas

³⁹¹ R. Rawal, *GAAR becomes operational in India*, Asia Pacific Tax Bulletin, 2017, volume 23, N°5

de conflit entre la forme juridique et la substance d'une transaction, un tribunal doit définir les obligations conformément à la substance de l'opération. L'article 54.1 du code fiscal russe vient préciser d'une part que « *la transaction à l'origine de la charge n'a pas pour objectif principal le non-paiement ou le paiement partiel de l'impôt, et d'autre part l'accomplissement de l'engagement contractuel bénéficie effectivement à la personne partie au contrat* »³⁹².

642. Les mesures anti-abus ne se limitent pas à combattre les avantages fiscaux indûment octroyés par les Etats ou utilisés par les entreprises multinationales. Pour les pays émergents, ces mesures plus ou moins nouvelles leur permettent d'améliorer leurs propres législations internes et de légitimer leurs pratiques. Mais même si le canevas juridique proposé par les actions BEPS, et plus particulièrement par la convention multilatérale reste souple, force est de constater que les choix opérés par les pays émergents, entre l'une ou l'autre mesure, restent flous. A l'exception de la Chine, ils ne sont finalement ni pleinement « GAARistes » ni totalement « LOBistes ». Cette incertitude reflète une certaine appréhension de ne pas être suffisamment solides sur leurs fondements, pour justement mieux appréhender une matière fiscale qui leur échappe.

643. Pour certains auteurs³⁹³, la clause d'objectif fiscal principal (principal purpose tax), ne peut se confondre avec la recherche de motivation du contribuable. Pourtant, on peut opposer le fait que l'article 7 de la Convention permet aux autorités fiscales de rechercher la motivation réelle qui sous-tend une opération, ou un schéma en précisant que « *l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de cette convention fiscale ouverte* »³⁹⁴. Mais il n'en

³⁹² N. Sheveleva, S. Shevelev, *Russie : chronique de l'année 2017*, Revue de droit fiscal N°9, 5 mars 2018

³⁹³ P. Piantavigna, *The role of the subjective element in the tax abuse and aggressive tax planning*, World Tax Journal, Volume 10, N°2, 15 mars 2018

³⁹⁴ Convention Multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE, 7 juin 2017

demeure pas moins vrai, que pour les pays émergents, la seule clause anti-abus légitime est la recherche dans toute opération, toute activité, d'un lien commercial raisonnable.

§ II La transmission de l'information, une arme fiscale au service des pays émergents

644. Les fondements historiques de la transmission de l'information – Les relations interétatiques, sont indispensables pour que les mesures anti-abus ne restent pas lettre morte. Les experts des années 1920 avaient bien mesuré cette problématique. C'est ainsi que les modèles de convention fiscale proposés en 1927 et 1928 se composaient de trois parties. La première concernait le modèle de convention classique établissant les règles pour éviter toute double imposition. La deuxième établissait les mêmes types de règles en matière de successions. Enfin la troisième proposait un modèle de convention en matière d'échanges d'informations, « *afin d'obtenir une meilleure répartition des charges fiscales dans l'intérêt tant des pouvoirs publics que des contribuables, les Etats contractants s'engagent, sous réserve de réciprocité, à se prêter une assistance administrative pour tout ce qui est nécessaire aux fins de l'évaluation fiscale* »³⁹⁵. Cet échange devait « *être disponible dans l'un ou l'autre des pays contractants. L'échange aura lieu à la suite de cas concrets ou sans demande particulière* »³⁹⁶. Encore une fois, ces développements indiquent déjà les travaux accomplis par l'OCDE dans le cadre des travaux BEPS.

645. Aujourd'hui, « *La coopération entre Etats peut revêtir deux formes. La première est désignée par le vocable de « coopération administrative » et concerne historiquement la mise en œuvre des mécanismes conventionnels d'entraide au contrôle et au recouvrement ; cette coopération est donc par essence essentiellement bilatérale. La seconde plus ambitieuse, relève de la « coopération politique » et consiste à établir des règles de droit fiscal international visant à lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales ; cette coopération, plus récente, est essentiellement de nature multilatérale.*

³⁹⁵ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II? Geneva, April 1927

³⁹⁶ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Geneva, April 1927

Cette distinction fait apparaître, sous l'angle de l'application dans le temps des politiques considérées, une autre distinction selon qu'il s'agit d'une collaboration de type ponctuel (sur demande) ou de type permanent (générant, par exemple, des flux constants d'informations fiscales). Ainsi, alors que la coopération administrative relève d'un type de coopération ponctuelle, la coopération politique se caractérise, quant à elle, par sa permanence dans le temps »³⁹⁷.

646. La coopération administrative fiscale – Il convient de souligner que l'auteur assimile « échanges de renseignements » et « coopération » fiscale sur le plan administratif, sous le même vocable de « coopération ». Or, justement cette coopération doit être scindée entre échanges de renseignements et coopération stricte. La seconde, plus politique, relève d'associations, de forums, alors que la première s'attarde à une coopération fiscale de nature plus répressive ou tout du moins destinée à prévenir tout risque d'érosion de la base fiscale. Ce type de coopération dépend avant toute chose de la politique fiscale des Etats et notamment de leur politique conventionnelle.

647. La coopération administrative, technique est aujourd'hui un outil incontournable pour à la fois retranscrire les principes et les mesures anti-abus, mais également pour asseoir les fondements de la collecte d'impôts dans le cadre international. Car sans recouvrement de l'impôt, l'exercice de la souveraineté des Etats demeure fragile.

648. Dans ce domaine, les pays émergents disposent de faibles moyens. C'est la raison pour laquelle, avec l'aide des instances fiscales internationales, ils cherchent à conclure le maximum d'accords d'échanges d'informations (A). L'Action 1 du projet leur donne cependant une nouvelle opportunité. En effet, en élaborant un panel diversifié en matière de documentation de prix de transfert, l'OCDE leur donne la possibilité de disposer de matériaux, pour à la fois traquer les flux douteux, et assurer le cas échéant une meilleure collecte de l'impôt. L'objectif de ces mesures n'est pas nouveau, mais les pays émergents ajoutent au texte qui leur est proposé, ce qui n'est pas sans créer

³⁹⁷ A. Laumonier, *La coopération fiscale entre Etats dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, Thèse, Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français. <NNT: 2017BORD0762>. <tel-01701863>

quelques tiraillements avec les puissances industriels, mais aussi avec les entreprises multilatérales (B).

A/ Les modes de coopération utilisés par les pays émergents

649. Bien souvent la seule traduction comptable d'une opération fiscale, est le seul élément dont disposent les autorités fiscales du pays pour comprendre la rationalité économique et commerciale d'une opération. Cette situation est d'autant plus avérée lorsqu'il s'agit de filiales d'entreprises étrangères. Aussi, dans certaines situations la coopération fiscale entre Etats s'avère être d'autant plus précieuse que sans elle il semble impossible de remonter jusqu'à l'origine de l'écriture.

650. Les instruments juridiques de la coopération – Aujourd'hui, on recense trois instruments juridiques qui permettent de pouvoir procéder à des échanges d'informations. Deux relèvent de modèles conventionnels universels, et un autre met en relation les pays émergents entre eux.

L'article 26 du modèle de convention OCDE – On distingue, en effet, les conventions fiscales classiques issues du modèle OCDE, qui retranscrivent à l'article 26 la procédure et les accords ayant pour objectifs l'échange de renseignements. L'activation de cet article dépend du réseau conventionnel de chaque Etat. Ainsi parmi les pays émergents, l'Inde et la Chine ont le réseau conventionnel le plus développé, alors que l'Afrique du Sud et le Brésil ont celui, le moins important. Cet article se révèle être assez politique quant à sa teneur, et aléatoire dans son application. Il ouvre simplement la possibilité à un Etat de transmettre des informations sur la demande d'un autre. Mais celui-ci peut refuser de les fournir s'il estime que sa propre législation ne lui permet pas de pouvoir les adresser, ou encore si tout simplement il ne le souhaite pas. A ce titre un certain nombre de pays émergents à l'instar de la Chine, du Brésil, de la Malaisie ou encore de la Thaïlande arguent de leur droit interne pour apporter des réserves à l'application de l'article 26 dans son ensemble et particulièrement de la dernière phrase. Celle-ci précise que « L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2 » du modèle de convention qui désignent les personnes et les impôts visés. Selon eux cette disposition pourrait faire naître des situations dans lesquelles les Etats demandeurs utilisent l'article 26 dans un but autre que fiscal. Ces

limites démontrent la dépendance au droit interne des pays émergents à l'application des principes de fiscalité internationale. Elles sont également une des justifications à la mise en œuvre d'outils spécifiques à l'échange d'informations en matière fiscale.

La Convention Multilatérale d'échanges d'informations – A côté de cet article, l'OCDE a élaboré en 2014 une convention multilatérale d'échanges d'informations en matière financière. Cette convention cible les renseignements que pourraient fournir les institutions financières des pays.

Les accords bilatéraux d'échanges d'informations – Les pays émergents ont en revanche été plus prompts à conclure et mettre en œuvre, des accords d'échange d'informations fiscales plus générales. L'OCDE a présenté ce type d'accords à la fois comme un instrument multilatéral et non un traité mais également comme pouvant servir à la conclusion d'accords bilatéraux. Parmi les pays émergents analysés, le Mexique et l'Inde sont les deux pays qui en ont conclu avec respectivement 26 accords et 23. Toutefois, il convient de préciser que les accords conclus le sont avec des pays identifiés comme étant des pivots de l'évasion fiscale.

651. L'échange d'informations entre pays émergents – Trois des pays BRICS, ont conclu des accords très ciblés en matière d'échanges d'informations. C'est ainsi que l'Afrique du Sud, l'Inde, et le Brésil ont ratifié le 17 octobre 2017³⁹⁸, un accord en matière de droits de douanes et de coopération entre administrations fiscales. De son côté, le Continent africain a mis en place entre les pays d'Afrique de l'Est un marché commun, dont les instances ont élaboré un modèle de convention fiscale qui contient un article d'échange d'information à l'instar de l'article 26 du modèle conventionnel OCDE.

652. Mais la multiplication des modèles de convention d'échanges, en tous genres leur fait perdre en efficacité si tant est qu'ils aient pu en avoir. C'est peut-être ce manque d'efficacité tout du moins d'efficience, qui freine les pays émergents les moins avancés, comme le Nigéria ou l'Ethiopie, à en conclure davantage. Surtout les accords d'échange

³⁹⁸ Agreement on Customs and Tax Administration Co-operation between the Government of the Republic of South Africa, the Government of the Republic of India, and the Government of the Federal Republic of Brazil; www.ibsa-trilateral.org/images/stories/documents/agreements/20071017IBSATaxAdministrations.pdf

d'information ne s'appliquent pas à tous les échelons au sein même des Etats. Il en est de l'Argentine qui précise que les accords ne sont applicables qu'au niveau fédéral et ne concernent pas les provinces ou les municipalités.

653. En outre, les pays émergents ne disposent pas d'une pleine autonomie. Ils sont effectivement dépendants, d'une part de la volonté politique des Etats avec lesquels ils souhaitent contracter, et d'autre part, du bon vouloir des autorités fiscales administratives, de leur fournir les informations demandées.

654. Par ailleurs, il convient de souligner que la majeure partie de ces accords sont la plupart du temps, trop généraux pour répondre de façon satisfaisante à une motivation fiscale spécifique. Ils sont de plus conclus avec des pays qualifiés pour la plupart de paradis fiscaux, et se retrouvant de façon cyclique sur la liste noire officielle de l'OCDE. L'enjeu semble donc ailleurs pour les pays émergents. Il leur faut nouer ou renouer avec davantage d'autonomie dans la lutte contre l'érosion de leurs bases fiscales.

B/ Le Country by Country Report et les pays émergents

655. Depuis de nombreuses années voire des décennies, ces pays exigeaient de la part des filiales d'entreprises multinationales et de leur siège directement qu'ils fournissent davantage d'informations en matière de prix de transfert que ce que la documentation proposée par l'OCDE leur permettait d'avoir. L'Action 13 du projet BEPS semble leur avoir permis d'asseoir cette légitimité.

656. A l'origine, la documentation en matière de prix de transfert devait décrire les flux intra groupe entre la société mère et la filiale implantée dans le pays d'accueil de celle-ci. En 1997, l'OCDE avait fait paraître un guide pratique permettant aux contribuables de savoir ce que l'on devait entendre par documentation de prix de transfert, et qui devait être présentée aux autorités fiscales au moment d'un contrôle fiscal.

657. Les contours de cette documentation se limitaient aux flux touchant la filiale établie sur son territoire. En aucun cas, il était fait obligation de décrire l'ensemble des activités du groupe de façon détaillée et d'exposer implicitement la stratégie fiscale du

groupe, comme la localisation des actifs incorporels, ou bien l'identification des éléments qui concourent à la création de valeur.

658. Toutefois, ces dispositions n'empêchaient pas les pays émergents de s'intéresser davantage aux niveaux de facturation qui touchaient les autres pays. Ainsi, les filiales locales d'entreprises multinationales se retrouvaient contraintes de démontrer pour une même nature de service le détail de facturation pour les autres filiales du groupe. Les autorités fiscales établissaient alors des comparaisons entre le montant facturé et le chiffre d'affaires généré, voire le résultat net de la filiale, afin d'apprécier le poids des charges de services étrangers parmi les dépenses déductibles de la filiale, ou tout simplement pour savoir si la société mère ou toute autre entreprise associée ne tentait pas d'y loger des pertes. En soumettant l'ordre fiscal international à trois piliers fondamentaux que sont la cohérence, la substance et la transparence, et avec pour principe cardinal, l'identification de la création de valeur, les actions BEPS, et notamment l'action 13 a élaboré un certain nombre de dispositifs documentaires qui à notre sens, vont bien au-delà de la simple documentation de prix de transfert.

659. Elle développe *« une approche normalisée à trois niveaux (...). En premier lieu (...), les entreprises multinationales doivent communiquer aux administrations fiscales des informations générales concernant leurs activités et leur politique de prix de transfert à l'échelle mondiale, au moyen d'un « fichier principal » qui serait mis à la disposition de toutes les administrations fiscales des pays concernés. En deuxième lieu, des renseignements sur les prix de transfert axés sur l'aspect transactionnel doivent également être communiqués au moyen d'un « fichier local » spécifique à chaque pays, indiquant les opérations pertinentes entre parties liées, les montants que ces opérations mettent en jeu, et l'analyse par l'entreprise des prix de transfert qu'elle a fixés au titre de ces opérations. En troisième lieu, les grandes entreprises sont tenus de déposer chaque année une déclaration pays par pays indiquant chacune des juridictions fiscales où elles exercent des activités, le montant de leur chiffre d'affaires, leur bénéfice avant impôts, les impôts sur les bénéfices qu'elles ont acquittés et ceux qui sont dus. Elles doivent également y indiquer leur nombre d'employés, leur capital social, leurs bénéfices non distribués et leurs actifs corporels dans chaque juridiction fiscale. Enfin, elles doivent identifier dans cette déclaration chacune des entités du*

groupe qui exerce des activités dans une juridiction fiscale donnée et, pour chacune d'elles, indiquer la nature de ces activités. »³⁹⁹. A chaque étape, les pays émergents ont ajouté au texte, et en font une arme dépassant le simple cadre d'une documentation de prix de transfert.

660. Cette nouvelle disposition exige désormais qu'un « master file » général ainsi qu'un master file local soient présentés, non plus uniquement lors d'un contrôle fiscal, mais chaque année. Le premier a pour but d'établir une analyse fonctionnelle de l'ensemble des activités du groupe et d'indiquer le business model, ainsi que la localisation des éléments qui peuvent concourir à la création de valeur. Le second tend à décrire les flux existants avec l'entité locale concernée. Enfin le troisième outil mis à disposition des Etats est ce que l'on désigne comme un « Country by Country Report ».

661. Un outil de mesure du « tax gap » – Ce document essentiellement financier décrit l'ensemble des indicateurs financiers des sociétés d'un groupe. A ce titre, il recense aussi bien les actifs comptabilisés au sein de chaque société, que son chiffre d'affaires, son résultat net, le nombre de personnes y travaillant, le niveau de dette. Il s'agit d'une véritable introspection au cœur de la vie d'un groupe que les Etats veulent aujourd'hui avoir à disposition.

662. Ces mesures ont pour objectif d'aider les Etats à lutter contre l'évasion fiscale. Mais surtout, elles leur permettent d'apprécier ce qu'aujourd'hui beaucoup tentent de mesurer avec plus ou moins de succès, à savoir le 'tax gap', ou l'érosion de la base fiscale. A travers les documentations notamment en matière de prix de transfert et d'organisation de chaque entreprise multinationale que les pays peuvent recevoir, ces derniers tentent de mesurer la différence entre le revenu qu'une opération devrait en toute hypothèse générée et le revenu réellement perçu. Ces outils constituent une avancée majeure pour les pays émergents, dans la mesure où ils légalisent ce qu'ils pratiquaient jusqu'à présent.

³⁹⁹ OCDE (2015), *Documentation des prix de transfert et déclarations pays par pays, Action 13 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264248502-fr>

663. En 1929, le Professeur Adams avait synthétisé cette approche globale, lorsqu'il soulignait que « *presque tous les Etats exigent une déclaration intégrale des bénéfices* » de l'ensemble des entités des entreprises implantées aussi bien sur le territoire des colonies, qu'à l'étranger⁴⁰⁰. Cependant, il ne manquait pas de relever que « *Certains pays placeraient le curseur différemment en demandant aux entreprises d'inclure, dans leur déclaration pays par pays, des données supplémentaires sur les transactions (en sus de celles figurant dans le fichier principal et dans le fichier local à propos des opérations réalisées par des entités actives sur leur territoire) concernant les paiements d'intérêts entre parties liées, les paiements de redevances et surtout les commissions au titre de services rendus entre parties liées. Les pays en question sont principalement des économies émergentes (Afrique du Sud, Argentine, Brésil, Chine, Colombie, Inde, Mexique et Turquie), qui estiment que ces renseignements supplémentaires leur sont nécessaires pour évaluer les risques et qui jugent difficile de se procurer des informations sur les activités mondiales d'une entreprise multinationale dont le siège se trouve dans une autre juridiction.* »⁴⁰¹. C'est peut-être inspiré par ce constat que l'OCDE a rendu public en 2017 un manuel destiné à évaluer les risques fiscaux⁴⁰². Ce document peut avoir vocation à compenser les manques du CBCR à savoir l'absence de mention des actifs intangibles, de la dette ou des paiements d'intérêts et de redevances. Il est à mettre en parallèle avec une autre disposition non fiscale mais qui peut avoir certaines conséquences à savoir la norme IFRIC 23. Celle-ci contraint les entreprises à recenser les risques potentiels qu'elle a pu identifier au sein de son groupe qui n'ont pas encore fait l'objet de redressements mais qui pourraient l'être. Ainsi le CBCR ne se suffit pas à lui-même. Il est un complément des autres éléments de documentation développés par l'OCDE. Toutefois à la lumière du rapport OCDE de 2019, il existe certains risques d'utilisation inappropriée de ce document par les autorités fiscales.

⁴⁰⁰ Référence rapport Adams

⁴⁰¹ Référence rapport Adams

⁴⁰² OCDE/G20, Country by Country Reporting: handbook on effective tax risk assessment, HETRA, (OCDE 2017)

1. Des pays émergents plus exigeants

664. Aujourd'hui, à chaque étape certains pays émergents ont ajouté au texte. Cette adjonction se traduit par des dispositions spécifiques liées à la recherche d'objectifs déterminés ou adaptées à leur capacité à traiter les informations qu'ils peuvent collecter. Ils en font ainsi une arme qui dépasse le simple cadre d'une politique de prix de transfert. Ainsi, l'ensemble des pays a transposé de manière plus ou moins renforcée ces dispositifs. C'est une des caractéristiques majeures de l'évolution récente.

665. Le Vietnam et le Mexique ont adopté des mesures plus contraignantes que celles prévues par l'OCDE. Pour le premier, les nouvelles dispositions documentaires en matière de prix de transfert inscrites dans le décret du 24 février 2017, un décret⁴⁰³ s'avèrent être très lourdes pour les contribuables vietnamiens, et notamment ceux dont la société mère est à l'étranger. Ce décret transcrit la démarche en trois étapes préconisées par l'Action 13. Toutefois, il introduit quatre types de déclarations que chaque entreprise devra produire à l'administration fiscale. La quatrième déclaration concerne la déclaration pays par pays à proprement parlé. L'article 10 alinéa 4(c) est assez stricte ou tout du moins exige qu'une filiale vietnamienne d'une entreprise étrangère dépose auprès des autorités fiscales une copie de la déclaration pays par pays que cette-dernière a pu réaliser « *Pour un contribuable ayant sa société mère ultime à l'étranger, le contribuable doit soumettre une copie du rapport pays par pays de sa société mère ultime lorsque cette dernière est tenue de soumettre ce rapport à l'autorité fiscale du pays hôte, en utilisant le formulaire donné par cette autorité fiscale ou le formulaire de déclaration N°.04 figurant en annexe du présent décret* »⁴⁰⁴. Pour autant à la lumière d'une circulaire de juin 2017 certaines zones d'ombre subsistent. Ainsi, les autorités ne précisent pas sous quelle forme doit être établie la déclaration 4 relative à la déclaration pays par pays. Il n'est par ailleurs pas précisé de quel actionnaire les autorités ont-elles besoin dans le cadre d'une joint-venture.

⁴⁰³ Décret n°20/2017/ND-CP, 24 février 2017, Hanoï

⁴⁰⁴ Décret n°20/2017/ND-CP, 24 février 2017, Hanoï, traduction par l'auteur

667. La législation mexicaine semble également être bien plus restrictive et contraignante, au point que des recours ont été déposés devant le Conseil Constitutionnel. En effet, d'après la Section III, paragraphe C de l'article 76-A du code fiscal mexicain, qui est venu transposer les mesures de l'Action 13, les autorités fiscales pourraient exiger des informations qui s'ajoutent à celles de l'Action 13 mais qui sont pour autant conformes à leur Constitution.

668. En sus de ces dispositions, le contrôle des données chiffrées transmises peut-être source de complication pour les contribuables mexicains et notamment pour les filiales mexicaines de sociétés mères étrangères. Le Mexique exige que les sources de données transmises soient compatibles avec leurs propres systèmes informatiques ERP. A défaut de pouvoir fournir ce type d'informations et d'être conforme avec les dispositions informatiques, les entreprises mexicaines filiales de sociétés étrangères pourraient ne plus avoir le droit d'exercer leurs activités sur le territoire. L'enjeu s'avère être énorme aussi bien pour l'OCDE qui doit composer avec un de ses membres que pour les investissements étrangers dans le pays.

669. Les pays émergents majeurs n'échappent pas à cette dynamique intrusive. L'Inde a transposé aux Sections 92 à 92F, les principes de l'Action 13 de façon exhaustive. Toutefois, la loi indienne y a apporté certaines spécificités, qui ne sont pas sans conséquence. Sur la forme elle précise que les entreprises soumises à la déclaration pays par pays et aux nouvelles prédispositions de l'Action 13, devront établir une déclaration spécifique, bien connue des filiales indiennes de sociétés étrangères, à savoir la « Form 3CEAA ».

670. La particularité de ce type de déclaration est qu'elle doit être signée par la société mère, qui par là même engage sa responsabilité fiscale. Cette déclaration doit être adressée par les filiales indiennes consolidées, et ce alors que la société mère consolidante est établie dans un autre pays. Sur le fond, alors que l'Action 13 de l'OCDE ne demande aux entreprises, que de décrire de façon générale les éléments principaux qui peuvent contribuer à la création de valeur, les autorités indiennes ont une conception quelque peu différente de celle-ci. Elles estiment, en effet, que l'entreprise doit décrire les fonctions, les actifs qui contribuent à hauteur de 10% des

revenus ou des profits générés. En sus de ces éléments, les autorités indiennes exigent que toutes les données et informations servant de base à établir l'ensemble de la documentation prix de transfert soient conservées et compatibles avec les systèmes d'informations indiens.

671. La Chine poursuit ce même objectif, d'utiliser ces nouvelles dispositions pour quérir de plus amples informations sur les opérations des entreprises multinationales qui pourraient gangréner l'érosion fiscale sur leur territoire. Ainsi le 29 juin 2016, la Chine a publié une notice 42 qui a enrichi les deux outils classiques de toute documentation prix de transfert à savoir le master file et le local file. Elle a par ailleurs transposé la déclaration pays par pays et a adopté un nouveau document spécifique à certaines transactions. Le master file entre davantage dans les détails que ne le font les propositions émanant de l'Action 13. A l'instar de l'Inde, la Chine exige une description minutieuse et quelque peu détaillée des différentes fonctions portées au sein du groupe. Cette analyse fonctionnelle doit se faire non plus de façon classique et purement descriptive, mais elle doit insister sur la mise en valeur des actifs utilisés par le groupe et les entités le composant, leur localisation. A ce titre, les entreprises doivent s'attacher à décrire le nombre mais également la fonction des employés dédiés aux travaux de recherche et développement. Elle pointe également les transferts de fonctions et les risques assumés.

2. Des pays émergents plus conformes

672. En revanche, d'autres pays émergents ont adopté des positions plus conformes à celles de l'OCDE. Il en est ainsi en Indonésie. En effet les dispositions adoptées par la Direction générale des impôts indonésienne, le 29 décembre 2017 n'exigent pas comme le Vietnam, que les filiales établies sur son territoire, quel que soit la réglementation à laquelle est assujettie sa société mère, remettent une copie de la déclaration pays par pays. L'article 1 précise cependant que le pays dans lequel est établie la société mère doit avoir conclu un accord d'échange de renseignements avec l'Indonésie, ou bien une Convention fiscale internationale, ou encore ait signé la Convention multilatérale d'assistance administrative (Article 7). En somme, seules les filiales dont les sociétés mères sont implantées dans des paradis fiscaux, ou figurent sur une liste de pays pratiquant une politique fiscale agressive, sont concernés.

673. Au Nigéria le décret S.I. N°6 du 8 janvier 2018⁴⁰⁵, prévoit en son article 6 que les filiales nigérianes de sociétés étrangères notifient aux autorités la société chargée d'établir la déclaration pays par pays. L'objectif clairement établi par l'article 2 du décret est de fournir toutes les informations concernant les activités du groupe dans son ensemble, afin de prévenir tout risque d'évasion et de fraude fiscale, ainsi que d'améliorer la transparence des pratiques des entreprises multinationales.

3. Le CBCR un outil de traçabilité de la création de valeur pour les pays émergents.

674. Les différents dispositifs mis en œuvre par les pays émergents ont vocation à collecter le maximum de données afin de mieux comprendre l'architecture d'un groupe et les relations entre filiales. Mais l'objectif sous-jacent est de pouvoir identifier, traquer et localiser les différents facteurs, qui contribuent à la création de valeur. Cette approche est fondamentale. Elle leur donne la possibilité de diffuser leur propre interprétation des sources de création de valeur, et de poser les conditions d'allocation des profits et des revenus sur leur territoire.

675. Le local file devient alors un outil essentiel à la mise en œuvre de cette approche. En effet, celui-ci s'attache aux relations intra groupe dans son ensemble. Ainsi, la chaîne de création de valeur doit appréhender l'apport des flux intra groupe en termes de valeur ajoutée, qui elle-même doit être quantifiée en prenant en considération les avantages locaux spécifiques obtenus par la filiale. Ensuite cet agrégat de prix de transfert doit insister selon les autorités chinoises sur les services intra groupe fournis, et notamment leur nature, leurs montants les clés d'allocation utilisées, en général par la société.

676. Les données de consolidation – On peut, en toute hypothèse, considérer que les autorités fiscales établiront une comparaison avec ce que des parties tierces pourraient faire, mais surtout avec les services localisés dans les filiales locales de sociétés étrangères. Dans ce cas de figure, la déclaration pays par pays ne fait que donner du relief aux agrégats précédents. Seule la collecte des données peut s'avérer compliquer.

⁴⁰⁵ Federal Republic of Nigeria, Official Gazette, No2, Lagos 8 janvier 2018, volume 105.

677. Ces données sont le reflet de comptes consolidés issus de l'application des normes de consolidation IFRS⁴⁰⁶. Or, ces dernières sont cantonnées à la détermination du résultat consolidé groupe. De nombreux pays parmi lesquels de plus en plus de pays émergents, font converger, voire modifient leurs comptes sociaux afin qu'il n'y ait pas de divergences avec les comptes consolidés. Ce sont ce que l'on appelle des « Native IFRS ». La Chine, par exemple, ne les a pas transposés in extenso dans son plan comptable général, mais elle a fait converger certaines de ses normes vers les standards proposés par la fondation IFRS.

678. Ainsi ces différents agrégats nourrissent la documentation de prix de transfert. Elle devient un outil de contrôle des flux intra groupe et un moyen de lutte contre l'érosion des bases fiscales au sens de l'évasion fiscale. Sans dévier de ce schéma, les pays émergents en font un instrument de traçabilité des revenus actifs qui a priori ne sont pas imposables sur leur territoire. Elle leur ouvre la voie à la légalisation de leurs propres conceptions des normes fiscales internationales. Surtout elle sécurise leurs revenus existants mais également futurs. Cette volonté d'ajouter aux règles proposées peut être perçue comme un signe de défiance à l'égard des normes fiscales internationales élaborées par les puissances industrielles occidentales.

679. La dimension du secret des affaires prend ici tout son sens. En effet, le degré de divulgations et de transparence entre Etats prend toute sa dimension. Car en exigeant des filiales locales de sociétés étrangères des informations que l'on retrouve dans le master file ou dans les comptes consolidés et analytiques est révélateur. Les pays émergents ne sont pas complètement rassurés à l'idée de laisser aux pays industrialisés toute latitude quant à la transmission des informations.

⁴⁰⁶ En effet, ces différents éléments sont communiqués via des comptes consolidés qui pour la plupart utilisent le même standard de règles de consolidation à savoir International Financial Reporting Standards (IFRS). La majeure partie des pays dans le monde a adopté ces normes. Les pays émergents font en revanche converger leurs propres normes vers ces normes IFRS, à l'exception de l'Indonésie qui les a adoptées. Certains auteurs soulignent le fait la souveraineté des Etats soient battus en brèche, dans la mesure où une institution privée impose ce type de normes à des Etats. En France, la Constitution de la Vème République précise en son article 34 que ces dispositions relèvent du pouvoir législatif.

Conclusion Chapitre II

680. La démarche entreprise par les pays émergents de transformation des pratiques fiscales internationales et la reconnaissance de leurs positions par les autres acteurs institutionnels pourraient laisser penser qu'ils sont devenus des auteurs de la norme fiscale internationale. Telle n'est cependant pas notre conclusion. Ils ne sont certes plus les acteurs passifs qu'ils ont été pendant près d'un siècle. Ils s'appuient cependant toujours sur les travaux existants de l'OCDE. Mais ils ne créent pas pour autant de nouvelles dispositions. Ils apportent leur propre interprétation, leur vision de la fiscalité internationale et surtout la façon dont celle-ci devrait être orientée.

681. L'écoute qui leur est accordée démontre qu'ils ont trouvé une certaine audience au sein du système fiscal international et au-delà qu'ils ont acquis un statut. Dans le domaine économique et financier, ils sont devenus une plaque tournante des affaires internationales. Dans le domaine fiscal, ils sont devenus des acteurs influents de la régulation des principes dominants de la fiscalité internationale. La consécration par le projet BEPS de la création de valeur comme déterminant de la compétence fiscale des Etats peut apparaître comme la simple consécration de ce qui se pratique depuis de nombreuses années. Cela met en lumière la capacité des pays émergents, à agir concrètement sur les pratiques fiscales. Mais il ne s'agit donc pas d'affirmer que leur comportement est à lui seul responsable de ce changement. Le prisme adopté épouse parfois les positions doctrinales actuelles, comme les critiques formulées à l'encontre des prix de transfert. Bien souvent il y déroge. La question est de savoir si leur comportement est uniquement contextuel, influencé par leur situation économique ou si leur attitude est plus fondamentale et révèle une volonté de modifier l'ordonnement fiscal actuel ? Il s'agit également de savoir à l'instar du Professeur Einaudi si la pérennité des dispositions fiscales se mesure à l'acceptation par des pays aux systèmes fiscaux économiques différents de ceux qui les ont élaborées. La question induite est celle de savoir si une fois qu'ils auront pleinement émergé, qu'ils seront devenus des pays développés au sens où nous l'entendons, leur interprétation de la fiscalité internationale changera et qu'ils reviendront aux interprétations originelles de l'OCDE. Cela suppose que le système fiscal anticipe ou accompagne de manière très étroite le développement économique. Ce raisonnement pouvait se justifier lorsque l'ordre fiscal international s'inscrivait dans un monde mondialisé. Or la mondialisation

a démontré que le niveau de développement économique importait peu pour répartir les bases imposables aussi infimes soient-elles au sein de systèmes fiscaux différents. La transformation des pratiques fiscales opérées par les pays émergents accompagne les réflexions de l'OCDE et contraint les pays développés à s'adapter. Juridiquement, elle pose de nouveau la question de la reconnaissance de l'intérêt groupe en fiscalité internationale. Celui-ci doit nécessairement être envisagé à travers une approche multidisciplinaire⁴⁰⁷. Mais le premier élément révélateur de cette reconnaissance est la documentation prix de transfert. La place accordée aussi bien par les pays émergents que l'OCDE, l'importance manifeste du CBCR, du HETRA, de l'analyse fonctionnelle militent pour l'adoption de cet intérêt groupe.

682. Elle se conforme au nouvel ordonnancement de la vie des affaires. Elle est donc bien réelle. Elle a une incidence sur la politique fiscale des Etats et la stratégie fiscale des entreprises multinationales. Celles-ci doivent apprendre à travailler dans un environnement juridique nouveau. A titre d'exemple, la notion d'incorporel développée dans leur droit interne, et le traitement fiscal qui y est associé, altère non seulement la définition apportée par le modèle conventionnel de l'OCDE, mais il pose également la question la portée juridique de ces conventions.

683. Cette transformation ne s'opère cependant pas totalement en dehors de l'ordre fiscal international. Tout d'abord, le travail de persuasion s'effectue au sein de l'OCDE, de l'ONU, ou encore du cadre inclusif. Elle résulte de plusieurs dynamiques : la situation économique, l'intégration accrue des affaires commerciales, l'évolution du droit interne de ces pays émergents et leur travail dans les instances internationales ; et la reconnaissance officielle par ces-dernières, du rôle des pays émergents.

⁴⁰⁷ R.G.Anton, Enhancing the group interest in transfer pricing analysis, IBFD International Tax studies 5-2020

CONCLUSION PARTIE I

684. L'application par les pays émergents des principes dominants de fiscalité internationale, révèle une particularité que connaissent peu de normes ou de règles de droit. La nature même de ces principes n'augure en rien la vérité ou la justesse d'application de la norme. En droit fiscal celle-ci est juste selon que l'on soit un Etat de résidence ou un Etat source. C'est une opportunité pour les pays émergents, qui pose à tout le moins un positionnement délicat. D'une part, à privilégier un raisonnement exclusivement d'Etat source, ils ne sauraient préjuger de l'avenir et rejeter les positions d'Etat de résidence. D'autre part, leur intérêt est de continuer de démontrer qu'ils restent attachés à l'application de ces principes, et de participer à l'architecture institutionnel du système fiscal international, tout en préservant leur spécificité.

685. La force obligatoire des principes de fiscalité internationale – Juridiquement la transposition de ces principes dans leur droit interne, ou encore leur instrumentalisation pose avec encore plus d'acuité, deux problématiques auxquelles la fiscalité internationale est confrontée, et qui restent interdépendantes : la normativité de la règle et sa légitimité institutionnelle. La normativité des principes de fiscalité internationale et particulièrement leur force juridique obligatoire a toujours fait l'objet de discussions. La position des pays émergents illustre la difficulté rencontrée par l'OCDE à imposer en l'état les règles et pratiques qu'elles élaborent. Certains auteurs comme Maxime Chrétien estiment que la force juridique d'une disposition de fiscalité internationale ne puise pas sa source dans une action coercitive mais dans la reconnaissance par un autre Etat de cette disposition indépendamment du fait que sa transposition ne corresponde pas exactement aux recommandations de l'institution qui l'a érigée. Concrètement les pays émergents accordent une place juridique aux principes dominants de fiscalité internationale dans leur droit interne.

686. La question de la place de l'article 7 du modèle de convention de l'OCDE illustre cette problématique. Le paragraphe 1 de cet article dispose que « *Les bénéficiaires d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéficiaires qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux*

dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre Etat »⁴⁰⁸. Cet article est considéré comme l'un des principes majeurs de fiscalité. Il fonde aussi bien la compétence fiscale des Etats que la répartition des profits entre entreprises et activités. Il assoit le principe d'imposition au lieu de résidence et non à la source. Cet article est l'antithèse de ce que préconisent les pays émergents et surtout va à l'encontre de leurs propres intérêts fiscaux. A ce titre, lors de leurs négociations bilatérales, ils n'ont aucun intérêt à lui faire une place ou même à l'inclure in extenso dans leurs conventions.

687. Pourtant il est repris in extenso dans la quasi-totalité des conventions fiscales internationales conclues entre pays développés et pays émergents mais également entre pays émergents. La raison est simple, cet article apparaît comme étant un moyen d'attirer des investissements directs sur leur territoire. Aucune raison juridique ou fiscale ne justifie l'adoption de ce texte, si ce n'est l'intérêt économique qu'il porte. Cependant, avec la nouvelle ère économique contemporaine il perd de plus en plus son intérêt, parce que les pays émergents ont tendance à adopter dans leur droit interne, des dispositions qui le contredisent, et à faire primer celles-ci sur ces accords internationaux.

688. Mais la façon dont les pays émergents adaptent ou instrumentalisent ces principes, conduit à nous interroger sur le pouvoir normatif dévolu en matière de fiscalité internationale aux institutions internationales, et aux Etats. Les premières se sont plus ou moins octroyées ce rôle. C'est le cas de l'OCDE, dont les statuts fondateurs ne prévoyaient pourtant pas ce type de compétence. L'ONU a pu en revanche décevoir dans ce domaine, et plus particulièrement les pays émergents. Cette organisation avait en effet pour objectif de défendre les intérêts de ces derniers. Mais le modèle conventionnel proposé en 1980 reprend en grande majorité les dispositions de celui du Palais de La Muette.

689. Particulièrement, le travail en matière d'établissement stable n'a pas répondu à leurs attentes. Conscient de ces lacunes, les différentes commissions mises en place bien avant l'adoption du lancement projet BEPS, leur ont permis de faire entendre leurs

⁴⁰⁸ OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (2010).

positions de façon plus ou moins unanime, au point qu'il fût envisagé la création d'une commission fiscale parallèle à celle de l'OCDE. Elle aurait eu davantage de légitimité, puisqu'elle aurait correspondu à la configuration du G20. Cette proposition, comme nous l'avons évoqué, n'aboutit pas en raison de l'opposition des pays développés.

690. Ainsi la question fondamentale est de savoir, qui, des instances ou des Etats, sont les auteurs des principes de fiscalité internationale⁴⁰⁹. C'est donc de façon très pragmatique et stratégique, que les pays émergents conservèrent leur compétence normative en matière de fiscalité internationale, faute de pouvoir faire entendre leurs positions. Certains auteurs estiment toutefois, qu'aucun Etat n'entend complètement abandonner cette compétence, même si sa présence ou sa participation à des institutions internationales, le contraint à respecter les dispositions qui y sont adoptées⁴¹⁰. Ils ne font que déléguer à ces instances leur compétence fiscale. Dans tous les cas ils la conservent. Les pays émergents participent aujourd'hui de ce mouvement. Mais ils façonnent davantage les principes de fiscalité internationale qu'ils ne les créent ou qu'ils les écrivent.

691. Théorie des jeux, fiscalité internationale et pays émergents – En somme, l'application par les pays émergents des principes dominants de fiscalité internationale, fait écho à la théorie des jeux développée par John Nash. Eduardo Baistocchi l'a transposé dans le cadre de l'utilisation des conventions fiscales internationales⁴¹¹. On

⁴⁰⁹ A. Kallergis, *La compétence fiscale*, Dalloz Nouvelle bibliothèque de thèses, 2018.

⁴¹⁰ Sur cet aspect, nous rappelons comme évoqué précédemment les dispositions constitutionnelles allemandes qui en tant que telles ne donnent pas une supériorité juridique aux Directives ou règlements européens sur le droit européen. A contrario, il convient de souligner que le régime fiscal français en matière de brevets a été profondément modifié afin de se conformer aux dispositions BEPS et plus particulièrement de l'Action 5 destinée à « Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance » OCDE (2016), Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance, Action 5 - Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, *Éditions OCDE, Paris*. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255203-fr>. Ces deux exemples illustrent la dimension politique de la force juridique contraignante d'une disposition fiscale internationale.

⁴¹¹ E. Baistocchi, *The use and interpretation of tax treaties in the emerging world : theory and implications*, BTR : N°4 SWEET & Maxwell and contributions, 4 Juillet 2008. Eduardo Baistocchi souligne que le système fiscal international est une démonstration de la théorie des jeux. En ce sens il précise « *La théorie des jeux, qui inclut le dilemme du prisonnier en tant qu'outil conceptuel, convient particulièrement bien aux relations fiscales internationales car le manque d'autorité supérieure place les nations dans une situation d'interaction purement stratégique : elles ne sont préoccupées que par les limites que le comportement d'autrui place sur leur propre poursuite de l'intérêt personnel. Le dilemme classique du prisonnier implique deux personnes accusées d'avoir commis un crime et interrogées dans des salles séparées. Si aucun d'eux n'avoue, tous deux se verront infliger une peine mineure, telle que deux mois de prison. Si à la fois se confesser et s'incriminer mutuellement, ils seront condamnés à une peine plus lourde de trois mois de prison. Enfin, si l'un d'eux seulement avoue et incrimine l'autre, ce détenu recevra une peine plus sévère (un mois) et l'autre personne, la pire (quatre mois). Les accusés sont incapables de communiquer entre eux et ne respectent aucun principe moral. Chacun cherche seulement à suivre la stratégie qui lui profitera le plus, peu importe ce que fait l'autre joueur. Dans le jeu du dilemme du prisonnier, la combinaison de stratégie qui est dans*

peut aisément souligner que c'est l'ensemble de la fiscalité internationale qui est une déclinaison de cette théorie et pas seulement la négociation des conventions. Cette comparaison confirme une certaine dimension politique pas seulement des conventions fiscales internationales, comme le rappelait Bruno Gouthière, mais de l'ensemble des principes de fiscalité internationale.

692. L'approche holistique de l'activité d'une entreprise défendue par les pays émergents se traduit aussi bien par une remise en cause des structures classiques que par l'élargissement de la notion d'établissement stable. Elle place le revenu au centre de l'application des normes, pratiques et principes qui ont jalonné depuis près d'un siècle la construction du système fiscal international.

693. La conjugaison de ces deux tendances, une dimension politique du réseau conventionnel accentuée par des circonstances économiques et financière mondiale nouvelles, et une approche globale de l'activité des entreprises positionne les pays émergents au cœur d'une nouvelle grammaire fiscale internationale, à laquelle ils participent directement ou indirectement.

694. La théorie des services rendus – La distinction entre la source et la résidence repose sur le postulat que la compétence fiscale, donc la faculté d'imposer, doit être attribuée à l'Etat, qui a permis qu'une entité puisse exercer son activité dans un autre Etat. Cette appréciation du partage de l'imposition, confortait la position des pays développés, de taxer au lieu de situation des facteurs de production qui ont participé à la création de profits.

695. L'objectif pour les pays émergents était de démontrer qu'ils participaient de près ou de loin à cette activité, en arguant notamment du fait que le contribuable avait un rôle dans la vie économique du pays dans la mesure où il utilisait les infrastructures, les biens ou services publics du pays. Cette démonstration ne justifiait cependant pas juridiquement, le fait qu'ils puissent s'arroger un droit quelconque à imposer. Pourtant

l'intérêt commun des joueurs (garder le silence en réponse à la question d'un procureur) n'est pas jouée, car chaque joueur trouve que la stratégie de garder le silence est « strictement domina [ted] » par l'autre stratégie (avouer). Ce jeu est emblématique de certains problèmes d'action collective du droit dans lesquels l'intérêt personnel conduit à des actions qui ne sont pas dans l'intérêt du groupe dans son ensemble.

on trouve dans la théorie fiscale des développements qui permettent de corroborer cette tendance. Nicolas Vergnet dans sa thèse rappelle que les Economistes de 1923 se sont appuyés sur la théorie de l'échange pour élaborer leurs propositions. « *Cette théorie a pris deux formes que sont la théorie des frais encourus (...) et la théorie des services rendus, selon laquelle les impôts doivent correspondre aux avantages que tirent les contribuables de l'action publique de l'Etat percepteur* »⁴¹². Le comportement des pays émergents dans l'application des principes de fiscalité internationale s'inspire de cette théorie. Leur volonté de participer à l'élaboration d'une nouvelle grammaire fiscale internationale peut correspondre à la traduction dans les faits de cette théorie.

696. Ils revendiquent aujourd'hui un droit de regard sur cette production normative. La dénégation de ce droit nourrit chez eux un sentiment de défiance. Celui-ci est exacerbé par un contexte économique difficile, qui tend leurs capacités budgétaires. Cette situation les contraint à ne plus être simplement spectateur de leur destin et à ne plus compter sur les subsides versés par les pays industrialisés dans le cadre de l'aide au développement.

697. Aussi est-ce fort de ce souci d'autonomie croissant que les pays émergents souhaitent co-écrire, voir écrire cette nouvelle grammaire fiscale internationale. Pour certains, ils vont à contre-courant de la doxa fiscale actuelle. Pour d'autres, ils indiquent la marche à suivre de la nouvelle fiscalité internationale. En tout état de cause, les instances fiscales internationales sont contraintes d'accepter cette démarche.

⁴¹² N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

SECONDE PARTIE

LES PAYS EMERGENTS ET LA DEFINITION D'UNE NOUVELLE GRAMMAIRE FISCALE

698. BEPS, ou le « grand soir » de la fiscalité internationale ? – L'époque actuelle a tendance à montrer l'érosion des bases fiscales comme la conséquence d'opérations malveillantes réalisées par des entreprises multinationales sans scrupules, avec le concours complice ou bienveillant de certains Etats. Cette situation serait favorisée par la globalisation des échanges et l'intrusion du numérique dans toutes les strates des secteurs de l'économie. Elle conduirait à un bouleversement du système fiscal international. Le projet BEPS est alors présenté comme une révolution annonciatrice du grand soir de la fiscalité internationale. Comme le résume le Professeur Delaunay⁴¹³ « Un regard chaud » laisse effectivement à penser que « tout change ». La teneur du projet cautionne ce sentiment : « *L'Action 1 du Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est consacrée aux défis fiscaux posés par l'économie numérique. Dans le monde entier, les dirigeants, les médias et la société civile expriment une préoccupation croissante vis-à-vis des pratiques d'optimisation fiscale des entreprises multinationales, qui exploitent les failles provoquées par l'interaction entre les différents systèmes fiscaux pour réduire artificiellement leur bénéfice imposable ou transférer des bénéfices vers des pays à faible fiscalité dans lesquels leur activité économique est très modeste, voire inexistante* »⁴¹⁴.

⁴¹³ B. Delaunay, *Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008*, Revue de Droit Fiscal, n°39, 470, 28 Septembre 2017

⁴¹⁴ OCDE (2017), *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252141-fr>

699. Mais un « regard froid » tempère ce premier élan et confirme que l’illusion de la modernité ne signifie pas pour autant nouveauté. Même le Directeur du Comité des Affaires Fiscales de l’OCDE, chargé par le G20 d’être l’inspirateur et le rédacteur du projet BEPS, tient à en corriger la portée : « *Le projet BEPS constitue le premier remaniement d’importance des règles fiscales internationales depuis près d’un siècle, il ne remet jamais en cause les principes fondamentaux qui structurent le système fiscal international hérité du XX^{ème} siècle. (...) Les mesures de ce paquet sont donc tout le contraire d’une révolution ou d’une tabula rasa. Elles correspondent en substance à une remise à niveau (ou lifting) des normes fiscales non seulement pour combattre les pratiques de BEPS, mais aussi pour conserver et garantir le cadre international consensuel existant pour l’élimination de la double imposition* »⁴¹⁵. Ce projet agit comme une loupe, comme un effet grossissant des dysfonctionnements du système actuel expliquant cette impression.

700. Il est indéniable que le changement impulsé par le projet BEPS peut être annonciateur de bouleversements structurels pour les acteurs fiscaux internationaux au premier rang desquels on retrouve les pays développés et les contribuables. Mais ce contexte était latent, tant l’équation du système fiscal international devenait de plus en plus déséquilibrée, et apparaît pour les pays émergents comme désavantageux. Là où elle était orientée vers le respect de la souveraineté des Etats, et particulièrement la préservation de la compétence fiscale des pays de résidence, la fiscalité internationale exige que les facteurs de cette équation soient modifiés afin de rétablir un certain équilibre au profit des Etats dit de source. Là où elle était garante d’une certaine neutralité pour l’ensemble des systèmes fiscaux, ces pays de source demandent que l’imposition soit réellement effectuée au lieu de la création de valeur.

701. Ces revendications ne peuvent plus être tenues à distance de la vie des affaires qui dépend aujourd’hui de leur pleine participation. La conjugaison du projet BEPS et l’influence croissante des pays émergents dans la vie fiscale des affaires dessinent les contours d’une nouvelle grammaire de la fiscalité internationale. La partition de cette dernière ne se joue désormais plus à deux mains mais à quatre mains. Le rôle exercé

⁴¹⁵ P. Saint-Amans et E. Robert, *Le projet BEPS et la longue marche en direction d’une fiscalité globale pour l’économie du XXI^{ème} siècle*, Revue de Droit Fiscal, n°49, 709, 3 Décembre 2015

par les pays émergents est majeur, et prégnant. Deux mouvements la traversent. Le premier conduit à redécouvrir l'esprit des principes dominants de fiscalité internationale, élaboré par les experts des années 1920. Le fonctionnement du système fiscal contemporain a été conçu en 1960. Depuis il n'a guère varié ou à la marge. Il s'agissait de privilégier l'Etat de résidence au profit de l'Etat source. Le consensus établi autour de lui s'effrite parce que le choix des canons fiscaux ne correspond plus tellement à l'évolution générale de l'économie. Cette inaptitude à régler les défis constitue le second mouvement. Ces deux mouvements se cultivent l'un l'autre.

702. Pour autant le système fiscal ne s'effondre pas. Il trouve en lui-même les ressources nécessaires permettant de répondre aux nouveaux enjeux. La démarche entreprise, voulue ou non par les pays émergents de remettre au cœur de la réflexion, les travaux menés il y a un siècle participe de cette dynamique nouvelle. Cette reconnaissance de l'actualité des travaux anciens et du rôle des pays émergents semble être la manifestation d'un courant doctrinal d'un droit international de la reconnaissance⁴¹⁶.

703. En fiscalité internationale, ce droit ne se définit pas seulement et uniquement sous un prisme philosophique. Certes la morale et la justice fiscale irriguent le fonctionnement nouveau du système fiscal international. Ces concepts constituent des critères d'évaluation, guident la rédaction de cette nouvelle grammaire fiscale internationale. Il n'en demeure pas moins que ces tendances se sont inspirées des faits, de la réalité nouvelle qui s'impose d'elle-même. L'ensemble conditionne la lecture actuelle de la vie fiscale des affaires.

704. Longtemps, celle-ci a accordé davantage de poids à la forme, à la structure juridique, plutôt qu'à la constitution du revenu pour déterminer la compétence fiscale des Etats. Cette appréciation ne permettait pas aux pays émergents de pouvoir exercer pleinement leur compétence. Pire elle suscitait à tort ou à raison une certaine frustration de leur part. L'accélération des échanges, l'intégration croissante des économies, l'effritement des frontières fiscales placent l'ensemble des pays, qu'ils soient

⁴¹⁶ E. Tourme Jouannet, Colloque de Lyon « Droit international et Développement », Société française pour le Droit International, Paris Edition Pedone, 2015.

développés ou émergents face aux mêmes défis fiscaux. Les pays émergents ne sont plus les seuls à éprouver une certaine difficulté à faire reconnaître leur compétence. En privilégiant une analyse du revenu et non du profit, les pays émergents creusent le sillon d'une nouvelle lecture de l'assiette fiscale à répartir (Titre I). Celle-ci ne se limite cependant à une redéfinition technique des règles et pratiques fiscales internationales. Fort de leur présence dans la stratégie des entreprises multinationales, de la portée de leurs analyses, ils s'invitent de plus en plus à la table des négociations et obligent les institutions et acteurs traditionnels à repenser la gouvernance fiscale internationale (Titre II).

TITRE I – LA REDEFINITION DES REVENUS FISCAUX

705. Le poids de l'impôt sur les sociétés dans les budgets des pays émergents – Les études réalisées par le Fonds Monétaire International démontrent que les recettes d'impôt sur les sociétés ne sont pas réparties proportionnellement au poids économique des pays. Ainsi, alors que les pays émergents représentent 37 % du PIB mondial, ils perçoivent 40 % des recettes d'impôt sur les sociétés. Bien que ce rapport apparaisse avantageux pour les pays émergents, il reste faible.

706. Surtout, il est à mettre en perspective avec le poids de l'impôt sur les sociétés dans les recettes des Etats. En effet, celui-ci représente 33 % de leurs recettes fiscales, contre 10 % en moyenne pour les pays développés. La répartition des bénéfices mondiaux est plus explicite. Les pays émergents récoltent 40 % des bénéfices mondiaux des entreprises multinationales, qui génèrent 11000 Milliards de dollars de profits.

707. Ces profits sont, en toute hypothèse, générés par des structures juridiques classiques et localisés dans ces dites structures. Jusqu'à présent, elles permettaient d'identifier les revenus, de les percevoir, et le cas échéant constituaient un outil de répartition des bases imposables entre Etats. Les experts fiscaux des années 1920 et 1930 rattachaient finalement le revenu au lieu de situation de l'entité créatrice de celui-ci, qui pour la plupart était celui de la résidence. C'est autour de cette notion, que les principes dominants de fiscalité internationale ont été élaborés.

708. Une première distinction a été opérée entre les « impersonal taxes » des « personal taxes ». Les premières concernent les impôts réels, établis à la source, comme l'impôt sur les terres ou sur les profits. Les secondes s'attachent à imposer les personnes et tous les revenus qui lui sont liés. Pourtant, aucun texte ne définissait clairement ce que l'on entendait par « revenu ». La convention fiscale entre la France et les Etats-Unis de 1939 avait exclu cinq types de revenus. Mais aucune définition fiscale générale ne fut donnée à cette notion. Les experts des années 1920 avaient estimé à propos du mode d'attribution des profits aux établissements stables, qu'il fallait s'attacher à la comptabilité de l'entité et déterminer les charges supportées et les revenus perçus pour calculer le profit réalisé, qui devra lui-même ensuite être réparti. Cette tentative fut une

des seules puisque le rapport Carroll publié dans les années 1930 s'intéressa davantage à la détermination du profit plutôt qu'à sa définition du profit. C'est à ce titre que la notion de « net business income » sera invoquée, et assimilée à un revenu qu'à un profit.

709. Le modèle de convention fiscale proposé par l'OCDE stipule qu'il s'agit d'un modèle de convention sur le revenu et la fortune. L'intitulé de la plupart des conventions fiscales conclues entre Etats montre que celles-ci sont destinées à prévenir les doubles impositions, à lutter contre l'évasion et la fraude fiscale en matière d'impôt sur le revenu. L'article 7 du modèle OCDE, majoritairement adopté par les pays émergents semble définir ce que l'on entend par revenu. Mais l'intitulé même de cet article prête à confusion dans la mesure où il évoque les bénéfices des entreprises. Or les bénéfices d'une activité ne sauraient être assimilés à des revenus, qui eux-mêmes ne constituent pas des bénéfices. Les bénéfices sont à la fois constitués de produits ou revenus et de charges. Aucune disposition ne définit clairement ce que l'on doit entendre par revenu mis à part des cas spécifiques comme l'immobilier, la navigation ou encore les intérêts. Aussi serait-il plus adéquat de parler de rémunération.

710. La définition économique du revenu – Ainsi, à défaut de présenter une définition juridique et fiscal autonome du revenu, ce qui est au demeurant difficile, la communauté fiscale internationale emprunte aux économistes leur propre conception. Le revenu est défini, comme une rémunération en nature, ou en monnaie, en contrepartie d'un capital placé, ou comme l'exercice d'une activité. Il est donc être le fruit du capital et/ou la rémunération d'un travail rendu. Cette distinction permet d'identifier fiscalement les revenus passifs et les revenus actifs. Elle sert de base et de fondement, à la localisation des revenus et des profits, et à la détermination de la compétence fiscale des Etats.

711. Or, l'avènement de l'économie numérique notamment modifie la perception de la notion de revenu. Avec elle, la hiérarchie des concepts qui a guidé l'application et la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale, s'en trouve bouleversée. Dans un monde de partage des données, d'accessibilité et de fluidité des informations, la rémunération virtuelle devient un élément fondamental des rapports d'échanges. Se

pose alors la question de la valeur d'un flux, d'une prestation, et place la gratuité au centre de cette nouvelle ère du digital qui infuse tous les secteurs de l'économie mondiale.

712. Elle n'est pas sans conséquence fiscale majeure pour les pays émergents qui accueillent les outils de création, de production de cette nouvelle économie. L'appréhension du profit doit être global et s'affranchit inéluctablement des frontières et des espaces de souveraineté. Il devient alors difficile d'en maîtriser sa détermination, son évaluation de manière objective. Aussi s'attacher au revenu comme le font les pays émergents revient potentiellement à accroître leurs ressources et en tout état de cause à se donner les moyens de conserver le contrôle de leurs bases imposables. Cela signifie également pour eux, lui donner un cadre juridique et fiscal nouveau qui reste néanmoins conforme à l'esprit des principes dominants de fiscalité internationale.

713. C'est en somme aborder la notion de rémunération sous un autre angle. Celle-ci ne repose plus uniquement sur le profit mais sur le revenu généré par une activité. Le paradoxe de ce cadre est qu'il ne déroge pas aux critères existants bien qu'il soit nouveau. Le projet BEPS s'intéresse certes davantage à identifier le revenu mais les propositions restent des outils pour répartir un revenu dont on considère qu'il est déjà à un stade primaire un bénéfice dégagé par l'entreprise. C'est la nouvelle problématique qui se pose aujourd'hui à l'évolution de l'économie, et plus particulièrement aux principes de fiscalité internationale.

714. Les pays émergents impulsent une dynamique de plus en plus contagieuse qui conduit la communauté fiscale internationale à revoir les facteurs d'allocation du revenu (Chapitre I). Pour autant cette dynamique ne leur permet pas d'imposer de nouvelles clés de répartition, dans la mesure où les méthodes s'attachent elles à s'interroger sur la façon dont le profit peut être réparti. Pour autant cela ne les empêche pas de tracer de nouvelles lignes de conduite (Chapitre II).

Chapitre I L'allocation du revenu

715. Depuis près d'un siècle, les revenus ont été alloués en fonction d'une catégorie spécifique selon qu'ils soient passifs ou actifs. La compétence fiscale des Etats était et reste encore établie sur un double principe. Les pays exportateurs de capitaux ont la primeur pour taxer les profits, les produits ou revenus des entreprises dont le siège social est établi sur leur territoire, parce que leurs outils et leur capacité de production ont permis l'exercice et le développement de l'activité à l'étranger. Ce raisonnement rejoint la théorie des frais encourus. Celle-ci est une des deux sous théories de la théorie de l'allégeance. Elle fait valoir que « *les prélèvements fiscaux doivent compenser les dépenses supportées par l'Etat pour les services publics qu'il rend aux contribuables* »⁴¹⁷.

716. De leur côté les pays importateurs devaient se limiter à imposer un certain nombre de flux, sous la forme d'une retenue à la source à un taux fixe. En contrepartie les entreprises bénéficiaires effectives de ces flux pouvaient imputer un crédit d'impôt sur leur impôt à payer dans leur Etat de résidence. Cette distinction et le mécanisme tel que nous le connaissons se sont cristallisés avec les modèles conventionnels de Mexico et de Londres. Chacun d'eux adopte cependant une lecture différente du droit d'imposer les intérêts, redevances, ou encore le capital.

717. Le premier modèle, celui de Mexico, rédigé à l'initiative des pays en développement, privilégiait la proximité entre le lieu d'imposition et l'utilisation du revenu ou encore sa création. C'est ainsi qu'aux articles 8, 9 et 12, les dividendes, redevances ou le capital, devaient être imposés au lieu de situation de la société qui en est à l'origine. Les deux modèles s'accordent sur ce point. Mais pour les pays industrialisés, l'origine n'a pas la même signification que pour les pays émergents. La source se situe au lieu de situation du siège de l'entreprise qui a permis que le revenu soit créé, alors que pour les pays en développement la source est considérée comme étant le lieu qui participe activement à la création de ce revenu.

⁴¹⁷ N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, LGDJ, 2020

718. Le comité des experts de la Société des Nations avait initié cette distinction sans pour autant aller jusqu'au bout de cette logique. Elle apparaît comme une méthode de détermination de la compétence fiscale. Elle semblait faire consensus, encore aujourd'hui, entre pays émergents et pays développés. Elle est cependant de plus en plus contestée par les pays émergents. Elle apparaît à tort ou à raison comme un terreau favorable à l'évasion fiscale. Surtout elle encourage, à leurs yeux, l'érosion classique de leurs bases fiscales accentuée par le développement des échanges, et l'augmentation des flux de rémunération en tous genres, au profit des Etats de résidence des sièges sociaux des filiales implantées sur leur territoire.

719. La lecture divergente par les pays émergents des dispositions de fiscalité internationale remet en cause la qualification séculaire des flux. Elle entrave par la même occasion le consensus entre Etats, et nourrit une insécurité juridique pour les contribuables. A travers leurs positions les pays émergents reviennent à certains fondamentaux parfois oubliés, et ouvrent de nouvelles perspectives à l'allocation du revenu telle que la communauté fiscale internationale pouvait l'envisager. C'est ainsi qu'ils envisagent une nouvelle cartographie des flux (Section I) et lui attribuent de nouveaux critères d'affectation (Section II).

Section I La nouvelle qualification du revenu

720. Une nouvelle cartographie fiscale des flux – Le revenu est la contrepartie d'un service fourni par une entreprise. Il permet de rémunérer ses activités. La valorisation du revenu est souvent une démarche propre à l'entreprise qui estime les coûts générés et la rémunération qu'ils attendent afin de couvrir ces charges et de dégager une marge.

721. Afin de maintenir leur rentabilité et de rester compétitives les entreprises multinationales se comparent mutuellement. Les méthodes de prix de transfert encadrent fiscalement cette comparaison afin de déterminer de la manière la plus juste et la plus objective possible le prix des services fournis. Pourtant au fur et à mesure des années, ces méthodes ont eu tendance à valoriser et à assimiler profit et revenu. A la

différence du revenu, le profit est une somme entre des charges et des produits. Pour autant il convient de souligner que cette notion ne fait pas non plus l'objet de définition si ce n'est que sur un plan économique⁴¹⁸. C'est autour de cet amalgame que le système fiscal international s'est construit.

722. Ce descriptif aussi simple soit-il n'apparaît plus aussi évident pour les acteurs de la vie des affaires lorsqu'il s'agit de définir le périmètre du revenu, d'en répartir son montant et le cas échéant d'en allouer un profit constaté. Aussi face à une fiscalité de plus en plus intégrée, et un principe apparemment immuable d'imposition des profits au lieu de résidence des sociétés mères, la démarche des pays émergents est de faire reconnaître davantage la notion de revenu plutôt que celle de profit sans pour autant en donner une définition précise. Avec le développement de l'économie numérique, ils cassent quelque peu les codes presque centenaires de la catégorisation et contribuent à l'émergence à d'une nouvelle distinction (Paragraphe I). Par la même occasion ils mettent en lumière de nouveaux revenus supposés (Paragraphe II).

§ I Une nouvelle catégorisation du revenu

723. La création de valeur est devenue un critère d'analyse déterminant et structurant de l'activité d'une entreprise. Bien qu'elle ne fût pas formalisée ainsi, elle n'apparaît pas comme une innovation juridique ou fiscale dans la mesure où elle figurait parmi les différentes dispositions de fiscalité internationale. Elle prend toutefois une autre dimension aujourd'hui au gré de la conjoncture économique et financière mondiale. A l'appui d'une nouvelle grille d'analyse les pays émergents ont tendance à soutenir que tout produit quelle que soit sa nature est forcément le résultat de l'exploitation, de l'exercice de l'activité de cette entreprise. De ce fait ils mettent à mal la distinction entre revenus passifs et actifs est alors en sursis et en particulier sa pérennité (A). Les pays émergents ne peuvent toutefois pas échapper à leurs engagements fiscaux internationaux. Aussi, pour respecter leurs obligations juridiques et conserver une

⁴¹⁸ Avery Jones (JS), *What we learn from the history of article 21 of the OECD model?*, Bulletin for International Taxation, 2021 (volume 75), N°11/12. Dans cet article l'auteur souligne que le groupe de travail WP14 avait tenté une définition en 1962 de la notion de profit, la version proposée finalement renvoie au droit interne des pays : « qu'aucune définition du terme profits ne devrait être tentée dans le présent article. Aux termes du paragraphe 2 de cet article 3, le terme bénéfices, i, en l'absence de définition, refléterait les législations fiscales nationales des 2 États concernés ».

certaine latitude ils privilégient la notion d'« autres revenus » figurant dans le modèle de convention OCDE (B).

A/ Revenu actif, revenu passif, une distinction en sursis

724. La qualification du revenu est une étape majeure avant de pouvoir envisager son allocation. Elle se structure aujourd'hui autour de deux grands types de revenus. Depuis la mise en place du comité des experts économistes de 1923, la doctrine fiscale s'est attachée à appréhender le traitement des revenus actifs. Ceux-ci sont considérés comme le résultat d'une activité économique active de production, de distribution. Il s'agit d'une rémunération du travail. A l'inverse les revenus dits passifs incarnent l'investissement réalisé. Ils rémunèrent le capital. Les premiers constituaient les seuls éléments identifiables de l'activité transfrontalière d'une entreprise. C'est ce qui ressort de l'article 5 du modèle conventionnel de 1927 et à sa suite celui de 1928. A l'époque les revenus dits passifs, tels que nous les entendons aujourd'hui, se limitaient seulement aux intérêts ou aux dividendes, qui étaient regroupés dans un seul et même article 4.

725. En s'attardant aux seuls revenus d'activités industrielles, ou commerciales, les experts de l'entre-deux guerres ont peut-être semé les germes de la confusion de deux manières. D'une part ils soutenaient qu'ils devaient être imposés dans l'Etat dans lequel la personne qui contrôle cette activité dispose d'un établissement stable, à savoir une entité juridique, ou toute autre forme d'implantation. D'autre part ils soulignaient, que l'imposition des revenus dits actifs ne devait pas se limiter à un seul Etat, comme le précisent les commentaires de 1927.

726. Cette confusion était accentuée avec la notion de crédit d'impôt. Pour éliminer toute double imposition, les comités des experts ont élaborés un mécanisme permettant à un contribuable imposé dans un Etat de pouvoir bénéficier dans un autre Etat d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé sur le revenu doublement taxé⁴¹⁹. Ce système est à l'heure actuelle principalement utilisé pour les revenus passifs à savoir

⁴¹⁹ C'est le modèle de convention de 1928 et notamment le modèle 1c qui aborde la notion de crédit d'impôt dont peut bénéficier une entité dans un Etat ou un autre à partir du moment où son activité est imposée deux fois.

les dividendes, les intérêts et les redevances. Or le mandat des Economistes de 1923 et le travail des experts fiscalistes dans leur sillage n'avaient à traiter que de l'élimination des doubles impositions des revenus actifs. Mais cette notion s'applique davantage au profit qu'au revenu.

727. Revenu = Profit – A partir du troisième rapport publié par l'Organisation Européenne de Coopération Economique, le sens donné à la notion de revenu s'apparentera davantage au profit ou au bénéfice. Les modèles conventionnels successifs ainsi que leurs commentaires passent de la notion de revenu à celle de profit sans s'attarder à définir l'un ou l'autre élément, et encore moins à préciser ce qui les dissocie.

728. Pourtant, un revenu constitue la somme perçue par un agent économique afin de rémunérer l'activité qu'il exerce. Toutes les charges qui y sont attachées et intégrées au prix sont celles qui se rattachent à la prestation. Ce revenu ne prend pas en compte l'ensemble des charges de fonctionnement de l'entreprise. A contrario le profit ou le bénéfice est la somme algébrique des revenus et des charges de l'ensemble des activités de l'entreprise. A la différence d'un revenu, le profit peut être négatif.

729. Redevances = revenu – Cette ambiguïté sémantique est révélatrice d'un amalgame entre ces deux notions de revenus actifs et passifs. Cette distinction apparaît à l'initiative des pays émergents avec le modèle conventionnel de Mexico en 1943. Il distingue, en effet, à l'article 4 les revenus tirés de l'activité d'une entreprise, à l'article 9 les dividendes, et à l'article 10 les redevances. Le modèle de Londres de 1946, ainsi que ceux de l'OCDE conserveront cette dichotomie.

730. L'intérêt de dissocier les redevances des autres types de revenus puise son origine dans la volonté des pays développés de valoriser l'apport des progrès techniques à l'amélioration des activités industrielles et commerciales. Cet apport se traduit économiquement par des revenus complémentaires facturés aux filiales sous forme de prestations.

731. Alors que les pays émergents cherchaient à les imposer et asseoir leur compétence fiscale, les pays développés émettaient des réserves pour ne pas dire un refus. C'est au demeurant la différence majeure voire unique entre le modèle de Mexico et celui de Londres, le second privilégiant une imposition dans l'Etat de résidence.

732. La propriété juridique justifie cette position. Economiquement elle se traduit par le fait que les pays développés sont des exportateurs de capitaux. Les filiales de leurs entreprises multinationales, établies sur leur territoire, constituent des relais de croissance, mais peuvent apparaître aussi comme des instruments de leur politique fiscale. Ce raisonnement, qui se justifiait et auquel la doctrine a donné corps, semble aujourd'hui battu en brèche.

733. Plusieurs phénomènes comme la situation exsangue des finances publiques, le poids de l'impôt sur les sociétés des filiales des sociétés non-résidentes dans les comptes publics des pays émergents, et l'entrée dans l'ère du digital bouleversent cette architecture fiscale. Aussi la vision globale de l'activité des entreprises implantées sur leur territoire défendues par les pays émergents pour pouvoir définir le périmètre de leur compétence fiscale leur permet de contrôler le traitement fiscal des flux, qui concernent de près ou de loin leur territoire. Elle s'accompagne en même temps d'un effritement de la forme au profit de la substance. Les écrans juridiques que sont les sociétés et les établissements stables ont de plus en plus de mal à dissimuler la réalité économique des entreprises multinationales. Tout du moins, ils ne constituent plus une frontière intangible.

734. les développements précédemment évoqués de requalification, ou d'assimilation de certains services en redevances trouvent une assise nouvelle avec la distinction opérée par l'action 10 du projet BEPS entre services à faible valeur ajoutée et ceux à forte valeur ajoutée. Ces tendances ne modifient pas uniquement la répartition de la compétence fiscale. Elles perturbent la distinction entre revenus passifs et revenus actifs. Ces exemples démontrent surtout que les revenus passifs grignotent les revenus actifs. La porosité de la frontière prend une autre dimension. Pour les pays émergents la frontière entre ces deux notions n'est plus aussi apparente. A tout le moins ils tentent soit de l'effacer et de plus en plus d'en amoindrir l'impact et la pertinence. La

pénétration du digital dans les pores de tous les secteurs de l'activité des entreprises, accentue cette tendance à ne plus vouloir catégoriser les revenus. Elle va même jusqu'à brouiller la distinction entre revenu et profit. Il y a comme un abus de langage à affirmer que l'on cherche à taxer le profit des entreprises fortement digitalisées, alors qu'elles facturent des revenus et ne répartissent pas leur profit.

735. La requalification de certains flux en redevances n'est pas chose aisée dans le cadre d'accords bilatéraux. Aussi les pays émergents utilisent-ils une autre notion, souvent oubliée du modèle OCDE, celle d'« autres revenus ».

B/ Une notion qui se cherche : autres revenus

736. Les fondements de la notion – Il peut arriver que la complexité des opérations commerciales, économiques ou financières, ne permette pas de qualifier a priori un revenu. L'article 2 du modèle conventionnel 1a de 1928 avait prévu cette éventualité. Il précisait à ce titre que « *les revenus provenant de biens immobiliers, c'est-à-dire ceux qui correspondent à la valeur locative de ce bien, ainsi que tout autre revenu provenant de ce bien qui n'est pas visé à l'article 5 sont imposables dans l'Etat dans lequel sont situés les biens en question* »⁴²⁰. Cette disposition est reprise par les deux autres modèles proposés 1b et 1c. Le terme peut prêter à confusion aujourd'hui.

737. Les commentaires précisait qu'il fallait entendre par « autres revenus » ceux qui ne sont pas concernés par l'article 5 à savoir les revenus issus des activités industrielles, commerciales, ou agricoles. Toutefois cette précision apportée par ces commentaires lève toute ambiguïté en assimilant cette notion « autres revenus » aux revenus immobiliers. Ce n'est pourtant pas ce que semble évoquer un panel d'auteurs qui fait un parallèle entre cet article et celui que nous connaissons actuellement⁴²¹.

738. La version du paragraphe 2 de l'article 21 du modèle OCDE se rapproche peu ou prou de celle de 1928. Il précise en substance que « *Les dispositions du paragraphe 1*

⁴²⁰ SDN, *Double taxation and tax evasion, Report presented by the general meeting of Government Experts on Double taxation and Tax evasion*, Archives SDN, C.562.M.178. 1928 II, Genève Octobre 1928

⁴²¹ J.F.Avery Jones et al, *The origins of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States*, Bulletin Tax Treaty Monitor, IBFD 2006, Juin 2006

ne s'appliquent pas aux revenus autres que les revenus provenant de biens immobiliers tels qu'ils sont définis au paragraphe 2 de l'article 6, lorsque le bénéficiaire de tels revenus, résident d'un Etat contractant, exerce dans l'autre Etat contractant une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé et que le droit ou le bien générateur des revenus s'y rattache effectivement. Dans ce cas les dispositions de l'article 7 sont applicables ».

739. C'est surtout le paragraphe 1, qui reflète la volonté des rédacteurs. Ces derniers stipulent que « *Les éléments du revenu d'un résident d'un Etat contractant, d'où qu'ils proviennent, qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente convention ne sont imposables que dans cet Etat* »⁴²². Le but est de traquer l'ensemble des revenus qui n'auraient pas été mentionnés expressément par la convention, ou « *qui proviennent de sources non expressément mentionnées. L'application de cet article n'est pas limitée aux revenus qui ont leur source dans un Etat contractant ; elle s'étend aussi aux revenus en provenance d'Etats tiers* »⁴²³. Il convient ici de préciser que l'inscription même du terme de revenu a fait l'objet de différentes évolutions puisque le premier projet de modèle de 1959 n'évoquait pas « les éléments du revenu ». Ce n'est qu'en 1963 que cette expression a été définitivement utilisée.

740. Les termes mêmes de cette disposition avantagent les pays de résidence au détriment des Etats dits source. C'est ce que soulignent les commentaires lorsqu'ils indiquent qu'« *en vertu de ce paragraphe, le droit d'imposition appartient exclusivement à l'Etat de résidence* ». En sus, il « *s'applique aussi bien dans le cas où le droit d'imposition est exercé par l'Etat de la résidence que lorsqu'il ne l'est pas ; en conséquence, lorsque le revenu provient de l'autre Etat contractant, celui-ci ne peut l'imposer même si le revenu n'est pas imposé dans le premier Etat* »⁴²⁴.

⁴²² OCDE (2016), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète), Editions OCDE, Paris.

⁴²³ OCDE (2016), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète), Editions OCDE, Paris.

⁴²⁴ OCDE (2016), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète), Editions OCDE, Paris.

741. Le modèle de l'ONU⁴²⁵ ne diffère pas de celui de l'OCDE. Les commentaires même s'ils ne sont pas aussi explicites que ceux de l'OCDE, conservent l'esprit d'une imposition dans l'Etat de résidence. Mis à part la volonté d'inclure un paragraphe additionnel relatif aux instruments financiers, les experts onusiens n'ont pas saisi l'occasion de tenter une définition de ce que pourrait être des revenus autres que ceux qui ne sont pas mentionnés dans la convention. Cet article constitue un outil de répartition à destination essentiellement des pays de résidence, sans définir le sous-jacent qui doit être réparti.

742. L'exploitation de la notion par les pays émergents – C'est la raison pour laquelle, la majeure partie des pays émergents étudiés se réservent « *le droit d'imposer les revenus tirés de sources situées sur leur propre territoire* »⁴²⁶. C'est le cas de l'Afrique du Sud, du Brésil, de l'Inde, de la Russie, de l'Indonésie, du Vietnam. L'Inde mentionne dans la convention qu'elle a conclu avec la France que « *Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les éléments du revenu d'un résident d'un Etat contractant qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente convention et qui proviennent de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat* ». L'Inde a transposé ce même type de clause dans les conventions qu'elle a négocié aussi avec la Chine, le Royaume-Uni, ou encore l'Indonésie et la Russie.

743. La convention entre la Chine et la Russie est plus explicite et démontre la volonté de s'attacher à lutter contre les revenus cachés. L'article 21 de cette convention stipule « *La disposition du présent article ne s'applique pas si c'était l'objet principal ou l'un des objectifs principaux de toute personne concernée par la création ou la cession des droits pour lesquels le revenu est versé afin d'en tirer profit au moyen création ou*

⁴²⁵ Modèle de Convention des Nations Unies Article 21 : «1. Les éléments du revenu d'un résident d'un Etat contractant, d'où qu'ils proviennent, qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente Convention ne sont imposables que dans cet Etat.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux revenus autres que les revenus provenant de biens immobiliers, tels qu'ils sont définis au paragraphe 2 de l'article 6, lorsque le bénéficiaire de tels revenus, résident d'un Etat contractant, exerce dans l'autre Etat contractant soit une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, soit une profession indépendante au moyen d'une base fixe qui y est située, et que le droit ou le bien générateur des revenus s'y rattache effectivement. Dans ces cas, les dispositions de l'article 7 ou de l'article 14, suivant le cas, sont applicables.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les éléments du revenu d'un résident d'un Etat contractant qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente Convention et qui proviennent de l'autre Etat contractant sont également imposables dans cet autre Etat »

⁴²⁶ OCDE (2016), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète), Editions OCDE, Paris.

cession »⁴²⁷. La Russie a transposé l'esprit de cette clause tout du moins dans sa formulation, dans la convention fiscale conclue avec l'Indonésie notamment. L'article 20 est même en contradiction avec le modèle de l'OCDE puisqu'il dispose « *Les éléments de revenu d'un résident d'un Etat Contractant qui ne sont pas expressément mentionnés dans les articles précédents du présent accord et qui proviennent de sources situées dans l'autre Etat Contractant sont imposables dans cet autre Etat* »⁴²⁸. Cette même clause a été également transposée dans la convention conclue avec le Brésil. Ces clauses se sont inspirées des propositions faites par l'ONU⁴²⁹ en 2011, ou bien elles sont la copie conforme du paragraphe 3 proposé, que la Russie a repris dans sa convention avec le Brésil.

744. Cet article souvent oublié devient un outil pour les pays émergents leur permettant de combattre l'abus de qualification d'une prestation⁴³⁰. Ainsi, à côté des clauses générales anti-abus destinées à lutter contre les pratiques fiscales agressives, les pays émergents introduisent une nouvelle dimension définissant de manière claire les flux multiples et variés entre entreprises liées.

§ II L'émergence de revenus supposés

La pénétration du digital dans l'économie classique, et l'émergence d'une véritable économie du digital bouleversent l'identification des flux et le cas échéant leur qualification. Intuitivement les pays émergents estiment que cette activité difficilement détectable génère des revenus (A). Les restructurations transfrontalières de groupe sont également une source de revenus supposés, même si elles n'agissent pas directement sur leur territoire (B).

⁴²⁷ Agreement between the government of the People's Republic of China and the Government of the Russian Federation for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, 13 Octobre 2014.

⁴²⁸ Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Indonesia for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, 12 mars 1999.

⁴²⁹ Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, Affaires économiques et sociales, Révision de 2011.

⁴³⁰ F. Souzan de Man, *Taxation of services in treaties between developed and developing countries – A proposal for new guidelines*, IBFD Doctoral Series 39, IBFD 2017

A/ Les revenus du e-commerce (digital)

745. Internet, une opportunité fiscale pour les pays émergents – Internet, avec toutes les nouvelles possibilités de communication, d'échange et de collecte de données, offre aux utilisateurs mais également aux entreprises de ce secteur d'immenses opportunités de revenus⁴³¹. A ce titre, les pays émergents représentent de nouvelles parts de marché considérables. Une étude du Boston Consulting Group affirme que d'ici 2022 trois milliards de consommateurs seront connectés⁴³². Grâce à ces connections, les achats seront influencés à hauteur de 3,9 billions de dollars. Derrière ces achats potentiels se nichent une croissance de chiffres d'affaires pour les entreprises du secteur, une amélioration de la rentabilité et le cas échéant des rentrées fiscales pour les pays émergents.

746. Or, ces ressources budgétaires nouvelles ne peuvent être assurées à la seule condition que les revenus soient justement rattachés, de près ou de loin, à un territoire. Mais à l'instar des rémunérations de prestations de services, qui dissimulent aux yeux des pays émergents, des redevances, les revenus liés à l'économie numérique sont encore moins apparents. Parce que cette nouvelle ère de l'économie « *ressemble à un corps impalpable dont on connaît la forme, l'existence, mais pas vraiment la réalité physique. C'est ainsi que l'économie numérique s'est – très certainement*

⁴³¹ Rapport P. Collin et N. Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Ministère de l'Economie et des Finances, Ministère du redressement Productif, Janvier 2013

« *La révolution numérique a eu lieu. Elle a donné naissance à une économie numérique qui remet en cause notre conception de la création de valeur. L'économie numérique repose certes sur des activités traditionnelles de production de biens et de services. Mais de plus en plus, des startups en amorçage ou des entreprises globales servant des centaines de millions d'utilisateurs bouleversent les règles du jeu et transforment radicalement tous les secteurs de l'économie : par l'intensité de leur recours aux technologies numériques ; par le caractère innovant de leurs modèles d'affaires ; par l'abondance du financement auquel elles ont accès, notamment grâce au capital-risque ; par l'amélioration en continu du design de leurs interfaces et des expériences qu'elles proposent à travers leurs applications ; par la relation privilégiée qu'elles nouent avec les utilisateurs de ces applications ; enfin, par le levier qu'elles font des données issues de l'activité de ces utilisateurs. A travers ces entreprises, l'économie numérique représente une part croissante de la valeur ajoutée des économies des grands Etats.*

Alors même que l'économie numérique investit l'intimité de milliards d'individus, sa valeur ajoutée nous échappe. La façon dont elle s'organise, la puissance de ses effets de réseau et l'ampleur des externalités induites par ses modèles d'affaires déjouent les règles de mesure de la valeur ajoutée. Or le nombre de terminaux et objets connectés augmente de façon exponentielle ; le temps passé à les utiliser connaît une croissance soutenue ; le divertissement, les achats, la production ont désormais lieu dans une économie numérique qui investit le quotidien et même l'intimité de milliards d'individus – consommateurs, créateurs, salariés ou travailleurs indépendants.

L'économie numérique est donc partout, mais l'on ne sait toujours pas bien la mesurer. La réalité est qu'une part significative de sa valeur ajoutée s'échappe tendanciellement du territoire des grands Etats vers les comptes de sociétés établies dans des paradis fiscaux, non sans de lourdes conséquences économiques et surtout fiscales : malgré un intense activité sur le territoire des Etats les plus peuplés, les grandes entreprises de l'économie numérique n'y paient quasiment pas d'impôts. Les gains de productivité générés par l'économie numérique ne se traduisent donc pas par des recettes fiscales supplémentaires pour les grands Etats. Cette situation est sans précédent historique ».

⁴³² On peut imaginer que la pandémie du COVID 19 au cours de l'année 2020 a accéléré ce phénomène.

involontairement au départ – jouée de l’impôt »⁴³³. C’est ce qui explique, à titre d’exemple, que les entreprises majeures de cette nouvelle économie, Google, Amazon, Facebook, Apple, aient enregistré en France en 2012, un chiffre d’affaires de l’ordre de 5 Milliards, et ne se soient acquittées, dans le cas de Google que « de 5 millions d’euros d’impôts en 2011 pour un chiffre d’affaires compris entre 1,25 et 1,4 milliards d’euros. Google ne paye en moyenne que 3,2% d’impôt sur les sociétés sur ses profits mondiaux hors Etats-Unis »⁴³⁴.

747. Au moment où l’économie numérique se mue en économie digitale, les enjeux fiscaux sont d’autant plus cruciaux. Pourtant malgré l’adoption des piliers 1 et 2, on peut imaginer que le consensus sera difficile à trouver quant à la base fiscale à taxer et surtout quant à la nature de cette base⁴³⁵. La question centrale est de savoir ce qui constitue le cœur de métier de ces entreprises digitales. L’algorithme originel est l’outil qui a permis leur développement, et qui leur permet d’attirer un nombre d’utilisateurs de plus en plus importants. En somme la valeur de l’économie digitale repose sur un algorithme qui constitue en quelque sorte, le seul élément de valorisation. Pour autant les revenus générés reposent sur le nombre croissant d’utilisateurs, qui font vivre l’application. A elle seule, l’économie digitale synthétise les trois critères de compétence fiscale identifiés par les Economistes de 1923, la production, la distribution et la disposition. Il s’avère alors difficile de scinder la base fiscale et de la circonscrire indépendamment et de façon exclusive de chacun de ces leviers. C’est à partir de ce socle unique qui apparaît indivisible, que les pays émergents envisagent plusieurs pistes de réflexion pour taxer ces revenus non apparents.

1. L’établissement stable

748. La position de l’OCDE – La définition conventionnelle actuelle de l’établissement stable exige, somme toute, une présence physique, ou la réunion des caractéristiques d’une installation fixe d’affaires pour qu’un Etat puisse exercer sa

⁴³³ V. Renoux et S. Bernard, *Quelle imposition des revenus de l’économie numérique ?*, Revue de Droit Fiscal n°39, 477, 28 Septembre 2017

⁴³⁴ A. Gobel, *Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data*, Bulletin Fiscal 6/13

⁴³⁵ D.Gutmann, *Les piliers de la réforme fiscale internationale : état des lieux*, Feuillet rapide fiscal social 36/21, 37/21, éd Francis Lefebvre

compétence fiscale et taxer le revenu ou les profits dégagés par cet établissement stable. L'établissement stable ne permet cependant pas de tracer ces flux ou produits taxables générés par l'économie digitale. Celle-ci semble alors échapper à toute emprise fiscale. Nombre d'auteurs ont alors tenté de tordre le bras à la définition classique de l'établissement stable, à l'instar de Pascal Pistone. Il aboutit à la conclusion qu'il faut créer une nouvelle définition de l'établissement stable. Mais on pourrait très bien imaginer deux définitions distinctes qui s'adressent à des secteurs distincts et des objectifs différents, car il semble difficile de donner une seule et même définition pour des situations dont les ressorts ne sont pas communs.

749. Les commentaires OCDE sur le commerce électronique sont pourtant assez clairs quant à la position à retenir. Elle souligne tout d'abord qu' *« une distinction doit être faite entre l'équipement informatique, qui pourrait être installé sur un site de façon à constituer un établissement stable dans certaines circonstances, et les données et le logiciel qui sont utilisés par cet équipement ou stockés dans celui-ci. A titre d'exemple, un site web, qui est une combinaison de logiciels et de données électroniques, n'implique en soi aucun bien corporel. Il n'a donc pas d'emplacement qui puisse constituer une « installation d'affaires » car il n'existe pas « une installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage » en ce qui concerne le logiciel et les données constituant ce site web. En revanche le serveur sur lequel le site web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible est un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation physique peut donc constituer une « installation fixe d'affaires » de l'entreprise qui exploite ce serveur »*⁴³⁶.

750. Les conclusions de l'Action 1 présuppose que la seule adoption du projet BEPS conduira à une réduction de l'érosion de la base fiscale induite par les activités du numérique. Mis à part la possibilité de modifier les exceptions au statut d'établissement stable, ou encore l'invitation formulée par l'OCDE à l'adresse des pays à respecter les *« règles des Principes directeurs internationaux pour l'application de la TVA/TPS et à envisager de mettre en place les mécanismes de collecte qui y sont décrits, aucune*

⁴³⁶ OCDE (2016), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète), Editions OCDE, Paris.

des autres approches étudiées par le Groupe de réflexion sur l'économie numérique, à savoir : i) une nouvelle règle de lien sous la forme d'une présence économique significative ; ii) une retenue à la source sur certaines transactions numériques ; et iii) un prélèvement d'égalisation ; n'a donné lieu à une recommandation à ce jour. Ce choix s'explique, entre autres raisons, par trois effets attendus du Projet BEPS : les mesures découlant du projet BEPS devraient réduire significativement l'ampleur des phénomènes de BEPS précédemment recensés dans l'économie numérique ; elles devraient également remédier en partie à certains problèmes de nature plus large en matière de fiscalité ; enfin les impôts sur la consommation devraient être recouverts effectivement dans le pays du marché »⁴³⁷.

751. La position des pays émergents – Les pays émergents ont clairement affiché leur désaccord avec la position de l'OCDE avant l'adoption du projet BEPS. C'est le cas du Brésil dans ses observations au modèle OCDE en 2014. Ses observations étaient laconiques puisqu'il se réservait le droit de mentionner dans ses conventions fiscales bilatérales la référence qu'il souhaite. D'autres Etats vont plus loin comme l'Inde. Il se trouve être le premier pays à vouloir faire reconnaître la qualité d'établissement stable à toute activité digitale. Il signifiait en effet, dans les commentaires 2014, qu'il ne partageait pas la position de l'OCDE au paragraphe 5.5. des commentaires de l'article, « *selon laquelle l'étendue du territoire d'un Etat dans lequel les signaux émis par un satellite peuvent être captés (l'empreinte du satellite) ne peut constituer un établissement stable. Selon l'Inde, dans un tel cas, l'Etat de la source fournit non seulement les clients potentiels mais aussi l'infrastructure nécessaire pour la réception des signaux du satellite ou du procédé de télécommunication* »⁴³⁸.

752. Le point de vue indien fait écho à la problématique soulevée par l'économie digitale, dont le fondement même de l'activité consiste à ne pas disposer de structures fixes. Le fait d'invoquer les clients potentiels qu'un Etat fournit à une activité rappelle

⁴³⁷ OCDE (2017), *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252141-fr>

⁴³⁸ OCDE (2017), *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252141-fr>

la position des pays émergents en matière d'intangibles. A ce titre ils considèrent que leur propre marché local a une valeur intrinsèquement et pourrait être par la même occasion assimilé à un incorporel.

753. De son côté l'Indonésie a adopté une règle spécifique avec effet au 1^{er} Juillet 2020, selon laquelle les entreprises non-résidentes spécialisées dans le digital qui exercent sur le territoire indonésien une activité commerciale via le e-commerce et qui ne disposent pas d'une présence physique clairement identifiée, sont réputées disposer d'un établissement stable⁴³⁹. La loi de finance pour 2020 du Nigeria ouvre la voie à ce type de qualification avec l'introduction dans son droit interne de la notion de « présence économique significative ». L'OCDE avait cependant posé une fin de non-recevoir à l'adoption du concept d'établissement stable virtuel, malgré les efforts déployés par nombre d'auteurs⁴⁴⁰, et reste attachée à la notion d'installation fixe d'affaire. Cette conduit les pays émergents à envisager deux autres voies.

2. La qualification de redevances en droit interne

754. L'importance de la jurisprudence – Comme nous l'avons démontré précédemment les pays émergents ont tendance à requalifier tous types de flux en redevances. Dans le cadre d'une économie mondialisée ceux-ci sont facilement identifiables. Il en est différemment pour les activités issues de l'économie digitale.

755. En effet, pour ce faire encore faut-il que ces services soient rendus directement à une entreprise localisée sur le territoire d'un pays émergent, ce qui n'est pas le cas. Mais comment établir cette relation à moins de considérer que le site ou l'application sur lequel se connectent les utilisateurs constitue un établissement stable ? Faute de pouvoir établir l'existence d'un établissement stable, certains pays émergents considèrent par exemple les rémunérations versées au titre de l'utilisation ou la transmission de données, par satellite, câble ou fibre optique, ou de toute autre technologie similaire, comme des redevances.

⁴³⁹ Regulation no. of 2020, citée par Annet Wanyana Oguttu, A critique from a developing country perspective of the proposals to tax the digital economy, World Tax Journal, IBFD, Novembre 2020

⁴⁴⁰ P. Pistone et P. Hongler, *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*, IBFD, Working paper, 20 Janvier 2015

756. C'est le cas des autorités fiscales indiennes. Les juridictions d'Etats ne partagent cependant pas cette position. Bien que prolixes dans ce domaine la jurisprudence n'est pas toujours uniforme. Trois affaires rendues par des juridictions d'Etats, retiendront notre attention dans ce domaine. Face à la position constante de l'administration fiscale, elles ont à chaque fois considéré que les rémunérations des services fournis en matière d'e-commerce, ne pouvaient être qualifiés de redevances. C'est le cas dans l'affaire Yahoo. En l'espèce, l'administration fiscale indienne a estimé que la rémunération versée par Yahoo India à Yahoo UK devait être assimilée au versement d'une redevance. Pour le juge ce versement ne saurait être assimilé à une redevance, dans la mesure où il ne correspond pas à l'utilisation ou un droit d'utiliser une bande publicitaire. Cette jurisprudence fut confirmée par le jugement « Right Florists », plus explicite.

757. Dans cette affaire, la société « Right Florists » faisait de la publicité via des moteurs de recherche, tel que Google ou Yahoo. Aucun impôt indien n'était prélevé sur les montants versés par cette société à ces entreprises au motif que les revenus ne pouvaient être attribués à un établissement stable. Les autorités fiscales ont remis en cause cette position et ont estimé que ce revenu devait faire l'objet d'une imposition au mois par le biais d'une retenue à la source, les rémunérations versées étant assimilées à des prestations d'assistance technique.

758. Le juge indien a maintenu cette ligne jurisprudentielle à propos de la transmission de données par satellite ou câble. En effet, les autorités fiscales avaient considéré que les prestations fournies par la société B4U⁴⁴¹, devaient être assimilées à des redevances et sujettes par conséquent à retenue à la source. Le Tribunal fiscal de Bombay rejeta cette interprétation au motif qu'il n'y avait aucune transmission de secrets, d'informations acquises en raison d'une expérience industrielle ou commerciale.

759. Cette position fut tout de même contestée par un jugement de la Haute Cour de Madras⁴⁴². Dans une affaire Verizon, ces mêmes types de services transmis par câble

⁴⁴¹ IN : ITAT, 29 Avril 2015, B4U International Holding Ltd v. DCIT, I.T.A. N°3326/Mum/3006, Tax Treaty Case Law IBFD.

⁴⁴² IN : MHC, Novembre 2013, Verizon Communication v. ITO, Tax Case Appeal 147 to 149 of 2011 and 230 of 2012

devaient être considérés comme des redevances. Il fallut attendre un arrêt de la Cour Suprême pour le moins surprenant, et qui allait éteindre toutes velléités de l'administration fiscale indienne. En effet, dans l'affaire Kotak Securities, la Cour estime que la présence humaine est indispensable pour qualifier des services de redevances.

760. Les pays émergents concilient difficilement les normes fiscales internationales classiques et les enjeux de cette économie du digital. C'est la raison pour laquelle une fiscalité du numérique propre se dessine ou tout du moins devient inéluctable. Les pays émergents apparaissent comme des pionniers dans ce domaine. Elle se traduit par la création de taxes clairement dédiées à l'imposition des revenus liés à l'activité digitale.

3. Le recours à une imposition de droit interne

761. Un certain nombre de pays émergents a introduit dans leur droit interne des dispositions ciblées destinées à taxer les revenus issus du commerce digital. Celles-ci se traduisent par la création sui generis d'une taxe dont le nom diffère selon les Etats comme l'Argentine⁴⁴³, la Thaïlande⁴⁴⁴, la Malaisie⁴⁴⁵. Toutefois nous étudierons ici deux exemples de pays émergents, l'Inde et le Brésil, qui appréhendent les revenus des activités de l'économie digitale selon deux types de voies. La première adoptée par l'Inde est ex nihilo, et elle est considérée comme une imposition directe alors que celle du Brésil est de nature indirecte et s'appuie sur une extension de définition.

762. L'Inde – Les soubresauts de la jurisprudence, analysés infra, ont convaincu les autorités indiennes de passer par la loi pour pouvoir imposer les revenus de l'économie digitale. C'est dans ce contexte que l'Inde a adopté en 2016 la taxe dite « Equalization levy ». Cette taxe est applicable sur certains « revenus spécifiques » versés par un résident indien à un non-résident. La notion de « revenus spécifiques » couvre des

⁴⁴³ La ville de Buenos Aires a ainsi adopté une résolution no.593/2014 qui soumet à une retenue à la source interne de 3% tous les fournisseurs de contenu online.

⁴⁴⁴ En 2019, la Thaïlande a introduit une retenue à la source de 5% applicable aux opérateurs établis en dehors de la Thaïlande, qui conduisent des transactions d'achat et de revente de biens ou qui offrent des services de transfert d'argent.

⁴⁴⁵ En 2019, la Malaisie a mis en place une taxe sur le digital de 6% applicable à toute personne non-résidente qui fournit des services digitaux à des consommateurs malaisiens ou qui opère via une plateforme digitale pour acheter, vendre ou fournir des services.

services de publicité online, et tout type de services qui peuvent se rattacher de près ou de loin à la fourniture publicitaire en ligne. Le Chapitre VIII de la loi de finances précise que la notion « en ligne » signifie que le support peut prendre la forme d'installation ou de service ou de droit ou encore de bénéfice, ou d'accès obtenu grâce à toute autre forme de réseau digital⁴⁴⁶. La taxe google française fait écho à ce type de nouvelle taxe, qui constituerait le seul moyen d'imposer les revenus issus de l'économie digitale⁴⁴⁷.

763. Nombre de questions se posent alors quant à la compatibilité de la taxe avec les conventions fiscales internationales. Ce sujet est relativement prégnant en Inde, car comme le souligne Amar Mehta, différentes Cours ont estimé qu'un Etat ne pouvait pas de façon unilatérale venir imposer un revenu transfrontalier, dont l'imposition n'était pas elle-même prévue par une convention fiscale⁴⁴⁸. Il convient de souligner que les juges se sont prononcés avant l'adoption de cette nouvelle taxe. Par ailleurs, ces affaires intervenaient dans un cadre bien spécifique qui est celui de l'interprétation de la Section 9 (1)(vi) du code fiscal, et notamment de l'explication 2, qui équivaut au bulletin officiel. Il sert de fondement juridique aux autorités fiscales indiennes, pour lui permettre d'établir un lien territorial ou de requalifier les revenus d'une activité qui a priori lui échapperait.

764. La Section 9 était susceptible d'interprétations variables aussi bien entre les contribuables non-résidents et l'administration fiscale, qu'entre les diverses juridictions qui ont eu à se prononcer. Elle se rattachait également à des normes fiscales internationales que le législateur indien semblait vouloir interpréter à son avantage. En ce qui concerne la taxe digitale instaurée et codifiée, la problématique nous semble être quelque peu différente. Il s'agit de pallier le vide juridique laissé par les normes fiscales internationales pour imposer les revenus d'une activité nouvelle.

⁴⁴⁶ A. Mehta, *Equalization Levy, proposal in Indian Finance Bill 2016 : Is it legitimate tax policy or an attempt of treaty dodging ?*, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016, (Volume 22), N°2, 21 mars 2016.

⁴⁴⁷ Le Royaume-Uni ainsi que l'Australie ont clairement adopté ces taxes qui viennent imposer ces revenus non apparents.

⁴⁴⁸ La Haute Cour de Bombay dans l'affaire Siemens Aktiengesellschaft (310 ITR 320) ; Deputy Commissioner of Income Tax v. Mustaq Ahmad Vakil : ITA N°. 1531/DEL/2011, du 26 Août 2011 ; Sumitomo Mitsui Banking Corporation v. Dy. Director of Income Tax : ITA n°. 5402/Mum/2006 du 3à Mars 2012 ; Reuters Transaction Services Ltd v. DDIT : ITA N°. 6947 et 7211/Mum/2012 du 18 juillet 2014, Tax Treaty Case Law IBFD.

765. Le Brésil – L’autre voie empruntée par le Brésil s’attache à adapter la définition des services et s’appuie sur un système fiscal applicable à différents niveaux. Trois types d’imposition viennent frapper les échanges de biens et de services. Au niveau fédéral, l’« imposto sobre produtos industrializados » (IPI) s’applique aux ventes et transferts de produits manufacturés et aux importations. Les Etats fédérés prélèvent l’« imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação » (ICMS), sur la circulation de marchandises et la rémunération de services entre Etats. Enfin au niveau municipal, l’« imposto sobre serviços » (ISS) s’applique sur la fourniture de services autres que ceux imposés au titre de l’ICMS.

766. La particularité du Brésil est que les notions de marchandise pour l’ICMS et de services pour l’ISS ne sont pas clairement définies. La Cour Suprême Fédérale n’avait pas pour autant pallié ce manque d’éclaircissements, dans la mesure où elle avait estimé qu’une marchandise était un objet bien conçu destiné au commerce⁴⁴⁹. L’expression « services », au sens où doit l’entendre le champ d’application de l’ISS, répond à une obligation de faire, contrairement à l’obligation de fournir quelque chose⁴⁵⁰. Il n’était pas certain que ces éléments de compréhension permettent aux autorités brésiliennes de pouvoir tirer les conséquences de l’économie digitale pour l’application de l’ICMS ou encore de l’ISS⁴⁵¹.

767. C’est la raison pour laquelle un amendement constitutionnel a été introduit le 17 avril 2015, établissant un nouveau cadre fiscal pour l’ICMS. Désormais, la vente de biens matériels en ligne est assujettie à l’ICMS. A la suite de cet amendement, un autre plus adapté à l’économie digitale fut adopté par le Congrès⁴⁵² et vint ajouter de nouveaux types de services à la liste de celle concernant l’ISS. Ainsi, le traitement, le stockage, l’hébergement de données, de textes, d’images, de pages électroniques, les applications et systèmes d’informations, ..., entrent dans le champ d’application de

⁴⁴⁹ BR : STF, 11 Novembre 1998, Extraordinary Appeal N°. 176.626

⁴⁵⁰ BR : STF, 11 Octobre 2000, Extraordinary Appeal N° 116.121.

⁴⁵¹ D. Castro, « The digital economy and indirect taxation: the Brazilian perspective », 71 Bulletin for International Taxation 6 (2017), 7 juin 2017.

⁴⁵² BR : National Congress LC 157/2016 du 29 décembre 2016.

l'ISS. Il en est de même de la fourniture, sans transfert permanent, de vidéos, d'images. La granularité d'application de cette taxe, prouve la volonté des autorités de vouloir élargir l'assiette de la taxe.

B/ Les transferts indirects de titres de sociétés

768. La recherche d'économies d'échelle conduit les groupes multinationaux à opérer des rapprochements stratégiques animés par des considérations de réalité opérationnelle. Ils se traduisent par des opérations de fusions, d'acquisition, ou de transferts de titres de sociétés entre filiales sœurs. Pourtant ces transferts de titres cachent la plupart du temps des réalités bien plus vénales. Les entreprises peuvent en effet nourrir des volontés d'optimisation fiscale soit pour bénéficier d'un réseau conventionnel plus avantageux, soit pour transférer la propriété d'actifs dans d'autres juridictions. Car lorsque le transfert de titres ne s'accompagne pas uniquement d'un changement de propriétaire des titres de la société, il conduit également à changer le propriétaire des actifs qui font partie de la valorisation de la société.

769. Les règles fiscales de droit interne dans la plupart des pays notamment développés, permettent que le transfert de titres d'une société résidente entre deux sociétés non-résidentes ne soit pas imposé dans le pays de résidence de la société objet du transfert. Ainsi, une société hollandaise décidant de transférer les titres d'une société chinoise ou indienne à une autre de ses filiales établies au Luxembourg ou dans tout autre pays, ne saurait être imposée aux Pays-Bas dans la mesure où elle ne réalise pas de cession et surtout parce que ce type d'opération n'impacte ni le résultat ni le bilan de la société concernée. Les conséquences aux bornes de la société dont les titres sont transférés sont secondaires, puisqu'il ne s'agit que d'un changement de capital, au demeurant sans effets sur les activités du pays dans lequel elle est implantée.

770. Or, ce n'est pas ainsi que l'envisagent certains pays émergents. Leur jurisprudence dans ce domaine a créé un véritable retentissement dans la vie des affaires, et ouvert la voie à d'autres pays en émergence. La problématique posée est de savoir comment interpréter l'imposition de transfert de titres d'une société établie en Inde ou en Chine entre deux sociétés non-résidentes de ces pays d'un même groupe ? Est-ce que l'on considère que la plus-value potentiellement dégagée constitue un revenu actif, alors

qu'il peut s'agir d'une simple réorganisation interne ? Le nexus, autrement dit le rattachement d'une activité à un territoire, est lié originellement à l'exercice d'une activité. Il sert néanmoins de fondement à la taxation de ces transferts de titres de sociétés.

771. Le « nexus fiscal » indien des sociétés holding non-résidentes – Le cas Vodafone⁴⁵³ en Inde est l'exemple flagrant du pouvoir que s'arroge une autorité fiscale d'imposer des transferts indirects de titres d'une société résidente, au motif que ce transfert même indirect touche directement des actifs situés sur le territoire indien. En l'espèce, la société Hutchinson Telecommunications International Limited, société établie au Cayman détenait indirectement une société holding CGP Investment, elle-même située au Cayman, par l'entremise d'une société HTI Holding localisé dans les îles vierges britanniques. La société CGP détenait différentes filiales, dont l'une à Maurice qui possédait 66,97 % des titres d'une société indienne Hutchinson Essar Ltd (HEL). En 2007, Vodafone acquit les titres de HTIL dans CGP, et devint la société tête ultime de l'ensemble des sociétés, jusqu'à celle localisée en Inde. Ce rachat se fit par l'intermédiaire d'une filiale hollandaise de Vodafone située aux Pays-Bas, Vodafone International Holdings BV (VIH). Pour les autorités fiscales indiennes, bien que le transfert se fasse entre deux sociétés non-résidentes, il a pour objectif de transférer le contrôle des titres d'une société indienne.

772. Aussi, conformément aux Section 5 et 9 du code fiscal, les autorités sont en droit de taxer ce transfert indirect de titres. La Section 5 dispose que « *tout revenu d'un non-résident quelle que soit son origine est considéré comme reçu ou supposé être reçu, accumulé en Inde, et doit être taxé en Inde au cours de la même année* ». La Section 9 précise que les revenus supposés être accumulés ou dérivés d'Inde doivent s'entendre comme tout revenu accumulé ou dérivé directement ou indirectement d'une activité en lien avec le territoire indien. C'est sur la base de ce fondement que l'administration fiscale indienne imposa le transfert des titres de la société CGP vers VIH.

453 IN : Supreme Court of India, 20 Janvier 2012, Vodafone International Holdings B.V. v. Union of India, 6 SCC 613, Tax Treaty Case Law IBFD

773. La Cour Suprême Indienne conclut différemment et donne raison à Vodafone. Elle estime, que cette opération n'était pas entachée de fraude ou de volonté manifeste d'éviter l'impôt. Elle poursuit en soulignant que les structures concernées étaient présentes depuis de nombreuses années et avait un objet commercial. Enfin elle rappelle un vieux principe du temps de la colonisation britannique, qui veut qu' « *une imposition, pour qu'elle soit acceptée, doit être fondée sur une formulation claire de la loi et non sur une interprétation téléologique et extensive, afin d'assurer certitude, objectivité et transparence pour les contribuables* »⁴⁵⁴.

774. Les arguments de la Cour étaient sans appel : la loi n'était pas claire et l'utilisation de la Section 9 était aléatoire. La conception « *de revenus supposés avoir une connexion avec le territoire indien* » s'avérait être trop incertaine pour qu'un redressement puisse passer avec succès l'épreuve d'un procès. La loi de finances de 2012 tenta de pallier les manques de définition, en introduisant des adverbess de cause et de conséquence comme « en conséquence de », « en raison de ».

775. Pour éviter un nouvel échec, le législateur adopta en 2015, les règles analysées précédemment, qui exigent que ce type d'opérations soit animé par un rationnel commercial qu'il n'y ait pas de montages artificiels reposant sur des sociétés fictives. Mais la position indienne reste tout de même fragile. Même si elle a donné du corps à sa législation, la notion de revenus transparents ou supposés générés sur son territoire dans le cadre de transferts indirects de sociétés, a du mal à convaincre le juge indien. Pourtant, la finalité de l'Inde est bien d'imposer, ex nihilo, une extra-territorialité du principe de territorialité. Or, cette construction ne peut que l'emporter à partir du moment où les concepts sont clairement définis. Il a fallu qu'elle se range derrière une conception anti-abus classique alors que sa position originelle ne semblait pas s'inscrire dans cette démarche.

776. La holding chinoise, une société opérationnelle – Le positionnement de la Chine est plus clair et, s'inscrit dans une démarche de lutte contre les abus. La circulaire 698 de 2009, donne corps à cette volonté en insistant sur le fait que tout transfert de titres

⁴⁵⁴ UK : HC, 1921, Cape Brandy Syndicate v. IRC, CA 1921 12 TC 358 (1921) 2 KB 403 (1921).

de sociétés chinoises, même lorsqu'il s'agit de transfert indirect, doit être motivé par des raisons économiques et commerciales. La société qui accueille ces titres ne doit pas simplement être une société tampon ou dénuée de substance économique. Si une entreprise étrangère vend ou réorganise les titres d'une société chinoise dans une autre entreprise étrangère, qui détient directement ou indirectement les actifs chinois, et si ce changement peut être assimilable à un transfert direct des actifs chinois, dans ce cas de figure le transfert de titres sera soumis à l'impôt si cette réorganisation ne poursuit pas un objectif commercial. La circulaire 698 ou encore la combinaison des articles 47 et 120 du code fiscal chinois ont souvent été appréhendés comme des mesures anti-abus⁴⁵⁵.

777. Une des conséquences de la mise en œuvre de ces dispositifs est sans aucun doute de sanctionner des comportements abusifs. Mais à l'instar de la position indienne, la législation interne de certains pays émergents en matière de transfert d'actifs ou de titres de sociétés, cherche à imposer des revenus non-apparents que révèlent potentiellement le transfert de titres de sociétés.

778. Un cas, que l'on peut apprécier comme étant aussi une conséquence des nouvelles dispositions chinoises, concerne une société italienne⁴⁵⁶. Celle-ci détentrice des titres d'une société chinoise, fut absorbée par une autre société italienne, qui était en l'occurrence sa société mère. Les autorités fiscales chinoises ont estimé que cette fusion constituait un transfert indirect de titres et d'actifs d'une société chinoise et que par conséquent cette opération ou tout du moins la plus-value des titres dégagée devait être soumise à une retenue à la source de 10%.

779. Il semble que l'affaire soit pendante devant la Cour d'appel de la province de Shandong. A priori, les autorités chinoises n'ont pas cherché à rectifier une opération qui leur semblait être abusive. Cela signifie simplement que tout revenu, qui pour une entreprise multinationale, n'est pas la conséquence d'une activité industrielle ou

⁴⁵⁵ B. Savero, *An analysis of the taxation of indirect transfers of assets in China and India*, Bulletin for International taxation (Volume 72), N°2, 17 janvier 2018

⁴⁵⁶ Affaire citée par Abe Zhao, avocat Baker McKenzie FenXun (FTZ) Joint Operation, *China, CIT impact on chinese mergers and acquisitions*, The bureau of national affairs, Inc. Tax Planning International Asia-Pacific focus, Bloomberg BNA ISSN 1478-5129

commerciale, et donc n'a pas lieu d'exister si ce n'est dans ses écritures comptables ou de consolidation, constitue potentiellement un revenu non apparent.

780. A travers, la taxation des transferts indirects de titres, les pays émergents et notamment la Chine et l'Inde cherchent à appréhender les actifs de la société, ceux-là même qui font la valeur de la société. En imposant comme méthode de valorisation de ces sociétés, soit la méthode des flux futurs (Discounted Cash Flow), soit la valeur de marché, ce sont les actifs de la société locale que les administrations fiscales cherchent à imposer, de peur qu'ils ne quittent le territoire en toute légalité.

781. C'est très clairement ce que recherchent certains pays africains en imposant les transferts des titres des sociétés minières établies sur leurs territoires. Ces sociétés minières sont sujettes à changer de société de contrôle assez régulièrement. Elles enferment surtout des actifs importants, majeurs de la société. Cette imposition va à l'encontre de la position de l'OCDE et notamment de l'article 13.5 du modèle de convention, qui stipule que l'aliénation de valeurs mobilières soit imposable dans l'Etat de résidence du cédant.

Section II Les nouveaux critères d'affectation du revenu

782. Une fois le flux identifié et le revenu qualifié, il reste à en affecter l'imposition à un territoire déterminé. Souvent ce processus ne soulève guère de problématique dans la mesure où il est la conséquence logique des deux étapes précédentes. Elles sont en effet liées entre elles. La stratégie menée par les pays émergents conduit toutefois à scinder et désolidariser ces étapes dans le but d'asseoir davantage leur compétence fiscale. La nouvelle cartographie des flux dessinée par les pays émergents ou encore les critiques adressées aux pratiques fiscales internationales et particulièrement les méthodes d'évaluation des prix de transfert conduisent à définir de nouveaux critères d'affectation du revenu. Celle-ci ne se construit pas seulement sur la qualification donnée. Attribuer une compétence fiscale à un territoire plutôt qu'à un autre doit reposer sur une démarche scientifique. A ce titre, le professeur Einaudi précisait « A

chacun de ces passages, du type des petits Etats féodaux aux communes, de celles-ci aux principautés, et ensuite aux Etats nationaux, et puis des faibles aux grands Etats modernes, s'est toujours posé le problème de la réorganisation fiscale »⁴⁵⁷. Les systèmes de distribution des impôts, qui pouvaient convenir aux nécessités économiques, aux rapports sociaux, aux exigences des Etats du XV^{ème} siècle, sont devenus anti-économiques et anti-juridiques dans les Etats absolus d'avant la Révolution et on a dû les changer encore à l'époque des Etats nationaux.

783. Le conflit d'imposition en fiscalité internationale – Le professeur Griziotti avait ébauché un premier classement scientifique. Il distinguait entre le concours d'imposition et le conflit d'imposition⁴⁵⁸. Dans le premier cas, il s'agirait d'une répartition de l'imposition entre deux Etats ayant conclu un accord fiscal, ou bien la compatibilité des lois fiscales « *inspirés de principes fiscaux conciliables* ». Le second cas appelle plus une opposition entre Etats, n'ayant pas conclu d'accords fiscaux ou des lois fiscales inspirées de principes fiscaux différents : « *c'est le cas lorsqu'un premier pays admet le criterium de la nationalité pour l'application de ses impôts directs, un second le criterium du domicile, un troisième le principe de la situation de la chose* ». Cette dichotomie ne saurait être de vigueur aujourd'hui. Les Etats se sont répartis la matière imposable selon « *la capacité contributive réelle des personnes ou des groupements soumis* ». Ce dernier élément oblige les Etats à avoir une appréciation globale de la capacité réelle du contribuable, ce qui reste toujours aléatoire.

784. Les pays émergents ont conclu des conventions fiscales internationales avec des Etats dont les principes d'imposition sont opposés. La question sous-jacente ici et contrairement au droit international privé, n'est pas d'attribuer une compétence à l'un au détriment de l'autre sans que celui-ci ait eu à exprimer son opinion. En fiscalité internationale, il y a potentiellement encore plus aujourd'hui une multiplicité de compétences. La question est de savoir comment répartir la base taxable d'une même opération, d'un même contribuable sur la base de concepts communément admis. En cela, le conflit de qualification et celui de l'attribution restent toujours posés.

⁴⁵⁷ L. Einaudi, *La coopération fiscale des Etats*, Cours de l'Académie de Droit Internationale de La Haye, Volume 025, 1928

⁴⁵⁸ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, RCADI, 1926

785. On dénie cependant à la matière fiscale de générer des conflits de lois. Pourtant il s'agit de savoir quel traitement fiscal appliqué à un revenu perçu par un contribuable. En apparence ce raisonnement appelle bien à résoudre un conflit de lois dans la mesure où deux Etats souhaitent appréhender la même matière. Mais il ne saurait en être ainsi parce que la matière fiscale fait appel à la souveraineté des Etats, et que celle-ci ne souffre d'aucune contestation à partir du moment où elle ne contrevient pas directement et explicitement aux engagements fiscaux internationaux. Cet argument s'accommode mal aujourd'hui de l'évolution de la vie des affaires.

786. Il ne résout pas la situation dans laquelle, comme le précise Dominique Bureau, « *le conflit de lois naît de la vocation concurrente de diverses lois à appréhender une situation juridique* »⁴⁵⁹. Il cite en cela le célèbre arrêt Lautour du 25 Mai 1948 rendu par la Cour de Cassation. Dans cette affaire, la Cour a eu à trancher une affaire, dans laquelle la veuve d'un ouvrier employé par une entreprise française de transport, décédé en Espagne, réclamait des dommages intérêts à l'employeur de son mari. Avant d'accorder ces dommages et intérêts, la Cour a eu à s'interroger sur la loi applicable au litige qui lui était soumis. Le raisonnement lié à la souveraineté pour nier tout conflit de lois peut le cas échéant nourrir et laisser en l'état des situations de double imposition. En matière fiscale, le juge est confronté au même cas de figure avec toutefois, un élément d'extranéité fiscale qui potentiellement s'impose à lui. Le Professeur Daniel de Vries Reilingh recense trois grands types de cas de conflits en matière de fiscalité internationale, qu'il subdivise eux-mêmes en trois. Parmi ceux-ci, il distingue les conflits d'assujettissement, de qualification ou encore d'attribution, chacun avec des variantes propres au droit fiscal, selon la résidence du sujet de droit et la source du revenu ou de la matière imposable.⁴⁶⁰

787. Pays émergents et le concurrence d'imposition – Ces trois types de conflits étaient latents, mais restaient maîtrisés et sous contrôle encore une fois entre pays aux systèmes fiscaux similaires. Cependant l'intégration économique des pays émergents, et leur poids commercial ont exacerbé les lectures et les appréciations différentes des

⁴⁵⁹ D.Bureau et H.Muir Watt, *Droit International Privé*, Themis Droit, PUF 2017

⁴⁶⁰ D. de Vries Reilingh, *Manuel de droit fiscal international*, Doctrina, www.weblaw.ch

normes fiscales internationales entre les pays développés et leurs anciennes colonies pour la plupart. Force est de constater que la nouvelle économie a rebattu les cartes de l'application classique des principes fiscaux. Alors que l'on s'attendait à une évolution en douceur, permettant à chacune des parties surtout aux pays riches de l'anticiper, la remise en cause fut plus brutale et plus rapide.

788. Certains auteurs l'avaient déjà annoncé. Les Professeurs Schindel et Atchabahian, constataient déjà lors du colloque de l'IFA en 2005 à Buenos Aires⁴⁶¹, que l'on ne pouvait plus partager le monde fiscal entre les pays riches fondant leurs relations fiscales à travers le principe de résidence et les pays pauvres ou en devenir, utilisant le principe de la source comme bouclier permettant de préserver leurs prérogatives fiscales.

789. Ce débat, vieux d'un siècle, pose toujours la question de la légitimité de la taxation des revenus d'une entreprise et, au-delà les prérogatives fiscales dévolues à un Etat sur une matière de plus en plus mobile. Né dans les années 1930 au fil des sessions du Comité Fiscal, il est aujourd'hui d'une acuité particulière, au point de générer polémique sur polémique entre pays développés, et de devenir une source récurrente de confrontation entre pays riches et pays émergents.

790. Les mécanismes de crédits d'impôts conventionnels donnent la possibilité de limiter, voire d'éliminer les effets de doubles impositions. Ils légitiment en quelque sorte la théorie réaliste de la compétence normative, et démontrent, que la compétence fiscale des Etats, ne présume pas de l'allocation des revenus, à un Etat plutôt qu'à un autre.

791. Le débat ne porte plus tellement, sur le lien entre allocation des profits et élimination des doubles impositions. Il ne s'agit plus de savoir si la compétence normative permet d'éliminer les risques de double imposition. Le lien existe de toute évidence, mais ce sont deux problématiques bien distinctes. La volatilité de la matière imposable dans un monde global régénère le débat doctrinal. La détermination de la

⁴⁶¹ A. Schindel, A. Atchabahian, *Source and Residence: New configuration of their principles*, Cahiers de Droit Fiscal International, IFA, Volume 90a, 2005 Buenos Aires Congress

source des revenus conditionne la compétence fiscale normative dévolue aux Etats. La question est désormais celle de savoir quel Etat a plus de légitimité qu'un autre de taxer des revenus parce que ceux-ci y puisent plus ou moins leur source. De ce degré de légitimité dépend le niveau d'allocation des revenus.

792. C'est à travers ce prisme que le débat doctrinal prend une autre dimension en ce début de XXIème siècle. L'accélération de la mondialisation et l'émergence d'un monde de plus en plus global au sein duquel la souveraineté des Etats, au sens classique, est de plus en plus flouée, y contribue.

793. Ce nouvel environnement est une source d'inspiration et de création pour les pays émergents. Avec l'aide de la nouvelle économie du digital ils repensent les formes d'activité (Paragraphe I), mais également les lieux d'affection des revenus (Paragraphe II).

§ I Pays émergents et les nouvelles formes d'activité de la vie des affaires

794. Les fondements classiques de l'activité – La dimension historique des principes dominants de fiscalité internationale, nous enseigne que l'identification de l'activité n'a pas été une chose aisée. Les premiers modèles de conventions, publiés en 1927 et 1928, démontrent une volonté de circonscrire matériellement l'unité économique de production. Cette volonté se heurte toutefois à la forme que les rédacteurs et les gouvernements souhaitent lui donner. La liste des différentes installations énoncées à l'article 5 de ces modèles témoigne d'une certaine perplexité pour définir clairement la ou les structures. Celles-ci peuvent par exemple prendre la forme d'unités de production, et sont considérées par la même occasion, comme étant une source d'activité. Sans pour autant préciser leur cadre juridique, les modèles établissaient une sorte de fil conducteur aux différentes formes d'installations, à savoir l'existence d'une installation fixe et permanente, sans quoi il ne pouvait y avoir d'activité. Cette double caractéristique constitue la quintessence de l'activité, tout du moins de son identification.

795. Ces deux dimensions *rationae materiae* et *rationae temporis* sont la traduction fiscale de l'exercice d'une activité. Elle doit être constituée d'une fixité physique qui doit elle-même avoir une durée de vie minimum. Elles conditionnent la compétence fiscale d'un Etat. Juridiquement, elles permettaient de satisfaire les deux systèmes de civil law et de common law⁴⁶². Dans le premier, une entreprise établie sur le territoire d'un Etat exerce forcément une activité taxable. Alors que dans le second une entreprise peut poursuivre une activité, sans que ce soit une obligation ni que cela suscite une suspicion.

796. Pour autant, les principes de fiscalité internationale ne posent pas clairement le cadre juridique de l'exercice de l'activité, même si les rédacteurs des conventions s'efforcent de dresser une liste la plus exhaustive afin de donner de la substance à ce que l'on entend par installation fixe. Toute autre forme de structure peut servir de base juridique à l'exercice d'une activité et le cas échéant être imposée à ce titre.

797. La notion d' « undertaking » – La difficulté à trouver une assise juridique commune et immuable permet aux pays émergents d'interpréter ces dispositions comme ils l'entendent et surtout de les adapter à leurs propres intérêts et aux évolutions de l'économie et de la vie des affaires. Ils se fondent indirectement sur cette notion ancienne, innovante mais quelque peu vaporeuse d' « undertaking » apparue dans le modèle conventionnel de 1927. A travers elle il donne une définition large destinée à couvrir toute forme d'activité⁴⁶³. C'est, en substance, ce que révèlent la teneur des commentaires aux conventions, aussi bien celle de 1927 que de 1928 lorsqu'ils soulignent que « *Le mot 'entreprises' doit être compris dans son sens le plus large, de manière à couvrir toutes les entreprises y compris les mines, le pétrole sans distinction entre les personnes physiques et les personnes morales* »⁴⁶⁴.

⁴⁶² J. Avery Jones et al, 2006, *The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by States*, Bulletin – Tax Treaty Monitor, IBFD 2006.

⁴⁶³ John Avery Jones et al, 2006, *The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by States*, Bulletin – Tax Treaty Monitor, IBFD 2006. Ce terme signifie entreprise. Mais cette définition ne semble cependant pas trouver un écho dans les différentes législations de l'époque. Elles s'accordent, encore aujourd'hui, à estimer qu'une entreprise ou undertaking est une organisation capable de produire, comme le précise la législation belge.

⁴⁶⁴ SDN, *Double taxation and tax evasion, Report presented by the general meeting of Government Experts on Double taxation and Tax evasion*, Archives SDN, C.562.M.178. 1928 II, Genève Octobre 1928,

798. Aujourd’hui que l’économie se globalise, que les organisations ou unités économiques sont intégrées, cette approche de l’entre-deux guerres résonne comme une vision à long terme⁴⁶⁵. La pénétration du digital dans tous les secteurs de l’économie adresse un message aux institutions internationales chargées de revisiter ces principes. Celui selon lequel, l’exercice de l’activité telle que l’on pouvait la concevoir, au sein d’une organisation juridique, capitaliste, fixe et permanente ne permet plus aux Etats d’appréhender correctement un revenu qui leur échappe à mesure que les échanges et la localisation de la création de valeur se complexifie. Une partie de plus en plus importante du revenu s’évapore.

799. Les tendances fiscales des pays émergents – Cette dynamique naissante démontre que la notion d’activité transcende ces structures, et toute forme d’organisation dotée, ou non de la personnalité morale. Cela ne signifie pas pour autant que les entités juridiques ne soient plus considérées comme des lieux d’activité, mais ceux-ci peuvent prendre diverses formes.

800. Trois tendances (holistique, localisation de la création de valeur, fiscalité indirecte) juridiques et fiscales principalement initiées par les pays émergents, alimentent ce mouvement.

Tout d’abord la lecture globale de l’activité de l’entreprise, semble aujourd’hui plus conforme à la réalité des affaires, ou tout du moins se veut plus cohérente, avec l’environnement économique. Même si les principes de fiscalité internationale privilégient une approche singulière et appréhendent leur mise en œuvre uniquement sous le prisme de l’entité et non du groupe, les mesures prises par l’OCDE dans le cadre du projet BEPS, privilégient, sans l’explicitier clairement, cette tendance. En revanche, l’application par les pays émergents des principes de fiscalité internationale, s’attachent au contraire à cette notion de groupe. Ils l’envisagent de manière objective. Le premier mouvement des pays émergents est de transcender les structures juridiques et maintenant les installations fixes, non pas tant pour traquer les abus, mais davantage pour appréhender le revenu d’activité de l’entreprise.

⁴⁶⁵ On ne peut que souscrire encore une fois aux propos de Patricia Brandstetter qui soulignait la criante actualité, et l’on pourrait moderniser des principes de fiscalité internationale élaborés par les experts des années 1920.

La manifestation, cette fois-ci officialisée à travers le projet BEPS, de s'attacher à l'identification de la création de valeur, crédibilise cette évolution. Il semble en effet incongru de scruter une activité, qu'elle soit industrielle ou commerciale, entité par entité, alors que la création de valeur doit également s'apprécier à une échelle plus globale. Il est impératif d'aborder l'activité de l'entreprise dans sa globalité, ou tout du moins de mettre en perspective son activité dans une dimension plus générale, afin de mieux mettre en perspective la valeur créée localement. L'attachement que les pays émergents apportent à la description de l'analyse fonctionnelle et aujourd'hui au rapport pays par pays, s'inscrit dans cette démarche.

La troisième tendance est plus macro-économique. Elle conduit à comparer le poids de la fiscalité indirecte par rapport à la fiscalité directe dans les pays émergents, et l'importance que ces derniers accordent à l'une par rapport à l'autre, conjuguée avec la volonté d'attirer les capitaux étrangers. De nombreuses études révèlent la place et l'intérêt apporté par ces pays aux taxes indirectes. Cette tendance s'explique d'une part par la réduction comme peau de chagrin de l'assiette du profit taxable, qui reste une somme entre des revenus et des charges, et d'autre part par la contrainte exercée par les principes de fiscalité internationale, à pouvoir élargir cette base taxable.

801. Le rendement de la fiscalité indirecte est donc bien plus important que celui d'un impôt sur les profits. C'est ainsi qu'en Chine, 60 % des recettes émanent de la fiscalité indirecte. La particularité de celle-ci est cependant lourde pour les acteurs, dans la mesure où elle s'assimile à un impôt unique appliqué sur tous types de revenus, sans possibilité de pouvoir les récupérer. Certains pays émergents sont devenus des champions de la multiplication des impôts indirects comme le Brésil ou l'Inde, phénomène d'autant plus accentué par la structure juridique fédérale de ces Etats.

802. C'est une des raisons pour laquelle une définition nouvelle de la notion d'activité est importante. Elle s'inscrit dans un triple mouvement, améliorer l'avantage compétitif budgétaire que permet la fiscalité indirecte déjà en place, poser les fondations d'un système fiscal plus en adéquation avec l'économie contemporaine et accompagner les réformes fiscales d'impôt sur les sociétés.

803. C'est ici que la construction d'un système fiscal autour d'un modèle unique d'imposition indirecte atteint ses limites. Il est en effet difficilement tenable pour ces pays d'être aussi dépendant d'un système exclusivement centré sur la fiscalité indirecte. Elle complexifie la lecture juridique et fiscale pour des entreprises, pour qui la transparence et la sécurité juridique s'avèrent être primordiales. Par ailleurs, il les confine toujours dans le rôle de pays importateurs. Les pays émergents ont initié un mouvement de balancier entre ces types de systèmes.

804. Celui-ci n'est pas sans risques, même si les évolutions annoncées par le projet BEPS et la nouvelle ère de l'économie crédibilisent leur conception. D'un côté la fiscalité indirecte peut conduire à un essoufflement de l'investissement et à la création de montages destinés à contourner cette imposition. D'un autre côté l'application des principes fiscaux internationaux a atteint un degré de sophistication sans précédent, qui nécessitent soit d'avoir les outils administratifs pour le maîtriser, soit de modifier le système pour revoir ce qui constitue l'essence même de l'activité.

§ II Les nouveaux principes d'affectation

805. La lecture par les pays émergents de la nouvelle grammaire fiscale met au cœur de la réflexion doctrinale l'imposition à la source. Elle apparaît comme le fondement de l'affectation de la matière imposable et le cas échéant de la compétence fiscale. La dichotomie entre Etat de résidence et Etat source pour déterminer la juridiction fiscale compétente s'estompe peu à peu pour n'envisager l'imposition du revenu qu'à la source. Ce principe se subdivise en deux. Ainsi le revenu est affecté soit à l'origine (A), soit à son lieu de consommation (B).

A/ L'origine du revenu

806. Pour expliciter ce que signifie l'origine du revenu, prenons l'exemple d'un Etat O dans lequel un revenu est généré par l'entremise d'une activité entrepreneuriale. Ce revenu est transféré à une société établie dans un Etat S, qui elle-même le reverse sous forme de dividendes à une personne physique résidente d'un Etat R. A partir de cet

exemple le Professeur Kemmeren estime que « *le principe d'origine et le principe de source tels qu'ils sont actuellement utilisés ne sont pas identiques* »⁴⁶⁶.

807. En effet, selon lui, si l'on applique le principe d'origine à cet exemple, seul l'Etat O dispose de la compétence pour taxer les revenus. A l'inverse si l'on faisait application du principe de la source stricte, les Etats O et S seraient en droit d'exercer leurs compétences fiscales. Le Professeur Kemmeren estime que le lieu de consommation ne saurait être considéré comme un principe de base d'allocation des revenus au même titre que la source ou la résidence. Il distingue le principe de l'origine, de la source, de la résidence et de la nationalité. En privilégiant le principe d'origine des revenus au sens de localisation économique, le Professeur Kemmeren ne laisse plus tellement de place aux autres principes d'allocation des revenus. Il n'assimile pas pour autant l'origine du revenu au lieu physique de production du revenu, lorsqu'il précise « *Si les revenus en question ne sont pas générés dans un État mais apparaissent néanmoins physiquement de cet État, une juridiction fiscale peut être attribuée à celle basée sur le principe de la source, mais pas sur le principe de l'origine* ».

808. L'auteur poursuit « *le principe d'origine renforcera le principe de justice, le principe de faculté économique (capacité de payer), le principe de l'avantage direct et l'équité inter-nations, qui pourraient avoir toutes sortes d'autres effets bénéfiques (effets secondaires), tels qu'un accroissement de la stabilité entre nations. En outre, le principe d'origine réduira l'évasion fiscale internationale, et donc aussi l'abus de conventions fiscales, car la fiscalité sera alors liée à une activité générant un revenu important et non à un lieu de résidence. La nationalité, le lieu de résidence, le lieu de signature du contrat, etc., peuvent facilement être établis, modifiés ou transférés sans affecter la production de revenus* »⁴⁶⁷.

809. L'origine du revenu reste néanmoins une conception à géométrie variable dépendante des intérêts spécifiques de chacun. Pour les pays émergents c'est leur

⁴⁶⁶ E. Kemmeren, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an origin based approach*, Bulletin International Taxation, IBFD, 2006.

⁴⁶⁷ E. Kemmeren, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an origin based approach*, Bulletin International Taxation, IBFD, 2006.

territoire qui permet de générer le revenu. La source se confond avec l'origine. C'est ce qui ressort de leur approche de l'allocation des revenus issus d'actifs intangibles, de propriété intellectuelle⁴⁶⁸. Les pays émergents se reconnaissent un droit de les imposer au même titre que les pays exportateurs de capitaux. Ils puisent le fondement de leur position à l'article 5 du modèle de convention de 1928 qui assimilait les revenus issus à l'époque des brevets au lieu de la source.

B/ Le lieu de consommation

810. C'est à l'épreuve des faits et de la réalité, surtout en fiscalité internationale que l'on juge la pertinence d'une théorie et de son bienfondé. L'assimilation des pays exportateurs de capitaux aux pays de résidence, et des pays importateurs aux pays source n'a plus tellement lieu d'être. Les pays exportateurs sont devenus des pays source sans forcément que les pays importateurs deviennent des pays de résidence.

811. L'évolution de l'économie mondiale, l'émergence de nouvelles organisations des entreprises multinationales tous secteurs confondus, laissent effectivement à penser que l'allocation des revenus ne sera plus seulement répartie entre le lieu de résidence et le lieu de la source des revenus, mais davantage entre différents lieux de source des revenus, multipliant la création de la richesse.

812. Ainsi à côté des critères classiques d'allocation des revenus, comme les unités de production ou les installations générant de la richesse, ou encore les territoires disposant de capitaux permettant de faire fonctionner ces unités, la répartition de l'imposition n'est plus essentiellement réservée aux pays du lieu de résidence de l'entreprise propriétaire juridiquement de celles-ci.

813. Deux exemples brefs attestent de cette évolution : La Chine tend à considérer son territoire et son marché commercial potentiel comme un actif intangible, une sorte de fonds de commerce qui directement ou indirectement participe à la création de richesse

⁴⁶⁸ SDN, Rapport Comité Fiscal, Archives SDN, Première Session, C.516.M.175.1929.II, Genève, 26 Octobre 1929 La première session du comité fiscal de la Société des Nations s'était penché sur la problématique de l'attribution des profits et de la répartition de l'impôt en matière de brevets, de propriété intellectuelle.

d'une entreprise et dont les revenus qui en sont issus de manière directe ou indirecte doivent être taxés sur son territoire.

814. Le second exemple est le conflit qui oppose aujourd'hui l'Union Européenne et certaines entreprises GAFAM. Les Etats ont tendance à valoriser le lieu de consommation, comme fondement de l'exercice de leur compétence fiscale. Les travaux des économistes de 1923 avaient envisagé le lieu de consommation des produits et des services comme une source de revenu pour des entreprises domiciliées et exerçant une partie de leurs activités sur d'autres territoires.

815. Les dispositions de droit interne des pays émergents suggèrent qu'ils ont anticipé les conséquences fiscales de la pénétration d'internet dans la vie des affaires. Ainsi le lieu de consommation de produits mais également de services devient un des nouveaux fondements de l'allocation à la source⁴⁶⁹ des revenus des entreprises. D'un point de vue théorique ce positionnement fait écho à la théorie des services rendus.

816. Le rapport de l'Organisation des Nations Unies en matière de taxation des prestations de services ainsi que les commentaires au modèle de convention fiscale de l'OCDE des pays en développement est sensible à cette évolution. Il ravive un autre débat, celui de la reconnaissance pour un même revenu de la multiplicité de l'origine des richesses. Ainsi il semble, que le « nexus fiscal » justifiant dans notre étude l'imposition d'une personne morale étrangère non-résidente par un Etat devienne plus flexible⁴⁷⁰. Le projet BEPS en matière de numérisation de l'économie atteste de cette évolution. En effet le rapport publié par l'OCDE en juillet 2021 précise que le nexus permettra d'attribuer le montant A déterminé dans le cadre du Pilier1 à une juridiction de marché dans laquelle les biens ou les services sont finalement utilisés ou consommés⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ W. Hellerstein, *Jurisdiction to Tax Income and Consumption in the New Economy: A Theoretical and Comparative Perspective*, University of Georgia, 2003 Available at: http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/124

⁴⁷⁰ En ce sens, *Testimony of Walter Hellerstein, A primer on State Tax Nexus : Law, Power, and Policy*, The Francis Shackelford Professor of Taxation at University of Georgia Law School, February 4, 2010.

⁴⁷¹ OCDE, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, OCDE, Juillet 2021

Conclusion Chapitre I

817. Le risque de double imposition – Avec la globalisation de l'économie et la dématérialisation des relations d'affaires entre entreprises, les pays émergents ont placé la notion de revenu parmi les principes directeurs de la nouvelle grammaire fiscale internationale. Ils en modifient également le rapport que la communauté fiscale internationale avait jusqu'à présent. Leur démarche ne fait pas qu'altérer les définitions de rémunérations de services ou de redevances. Elle revisite la dimension de l'activité. La place de l'activité ne peut plus être aujourd'hui de manière rigide et figée. Elle peut prendre différentes formes. Surtout elle pose la question de la place de la dualité de résidence des entreprises multinationales, reprise par l'article 4 de la Convention Multilatérale, et qui n'a pas fait l'objet de réserves uniquement de la part de l'Inde et de l'Afrique du Sud. A défaut de pouvoir influencer concrètement ces changements, ils utilisent donc le revenu pour parvenir à leurs fins. Cette position apparaît de prime abord positive, parce que conforme à l'évolution du monde des affaires. Mais un regard plus neutre nous conduit à nous interroger sur l'équilibre des modèles de conventions fiscales. Leur objectif premier est d'éviter les situations de double imposition. Même s'il est de plus en plus difficile à atteindre lorsque l'on s'intéresse à l'activité générale d'une entreprise, il semblait a priori relativement maîtrisé pour les définitions classiques des revenus (redevances, intérêts, dividendes, services). Or l'application contemporaine par les pays émergents de deux articles des modèles conventionnels peut remettre en cause cet objectif. En effet l'application des articles 3(2) ou 21 du modèle OCDE permet aux pays émergents de qualifier un flux, un revenu selon leurs dispositions de droit interne. Le risque est que ces revenus qui en toute hypothèse ne sont pas soumis à imposition dans l'Etat source peuvent être assujettis à une retenue à la source de droit interne que le contribuable ne pourra pas récupérer dans son pays de résidence. Ainsi comme le démontrait Dale Pinto, lors du Congrès de Buenos Aires de 2005, les concepts traditionnels et les grandes distinctions établies par les principes dominants de la fiscalité internationale, ne peuvent aujourd'hui fournir une réponse adéquate au principe d'imposition à la source des revenus issus du commerce électronique⁴⁷².

⁴⁷² Cahiers de droit fiscal international, *Source and residence: new configuration of their principles*, IFA, Volume 90a, 2005 Buenos Aires Congrès

818. Parmi les nouveaux principes mis en valeur par l'OCDE, la présence économique à distance serait un élément permettant de résoudre l'imposition des revenus des entreprises du digital. Les pays émergents semblent être des pionniers en la matière. La présence économique suffisante que souhaitent promouvoir les travaux de l'OCDE semblent confirmer cette évolution afin de pallier la frontière devenue fragile entre revenus passifs et actifs. L'apport des pays émergents est de souligner que cette inadéquation ne s'arrête pas uniquement aux revenus issus du commerce électronique.

819. Le Professeur Klaus Vogel avait déjà soulevé la porosité des standards classiques d'allocation des revenus lorsqu'il précisait *« la source se réfère à un état qui d'une manière ou d'une autre est lié à la production du revenu en question, à l'état où la valeur est ajoutée à un bien. En revanche, le type de lien qui établit cette source de revenu ne peut être défini de manière générale »*⁴⁷³. L'article 2(e) du Pacte Andin relatif aux Conventions de double imposition stipule de son côté *« le mot source désigne l'activité, le droit ou la propriété qui génère ou peut générer le revenu »*.

820. Bien que les Professeurs Schindel et Atchabadian de l'Université de Buenos Aires,⁴⁷⁴ aient vu dans les propositions du Professeur Kemmeren, une « avancée innovante et créative ». Le professeur Griziotti avait pourtant souligné en 1926 que cette distinction était floue, sujette à caution et à interprétation.

821. Cependant, le principe d'origine ne peut être le seul test d'allocation des revenus, comme le soulignait déjà le Professeur Bruins, un des membres du comité de 1920. Malgré cette mise en garde, il semble pourtant que le principe de l'allégeance économique à la localisation des revenus, dont il est un des tenants, soit un des sujets qui fassent débat aujourd'hui parmi la doctrine du droit fiscal.

822. Les théories classiques du droit international n'ont pas permis de trouver un fondement clair et intemporel, à l'allocation des profits d'une entreprise. La doctrine

⁴⁷³ K. Vogel, *Worldwide vs source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part I)*, Intertax 216 (Nos. 8/9, 1988).

⁴⁷⁴ A. Schindel, A. Atchabahian, *Source and residence: New configuration of their principles*, IFA, Volume 90a, ed Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers, 2005, Buenos Aires Congress

fiscale internationale tente de revisiter le principe d'allégeance économique pour y puiser un fondement à l'allocation des profits sous l'impulsion d'une double émergence, celle d'une économie globale et l'implication croissante des pays émergents dans le concert fiscal international. Le débat avait pourtant subi de nombreuses migrations et porte désormais sur la distinction entre pays exportateurs de capitaux (capital export net) et pays importateurs de capitaux (capital import net). Ce sont les frères Musgrave, qui face à la maturité grandissante des économies des anciennes colonies, ont conçu ces notions. Les pays exportateurs de capitaux se confondent avec les pays développés et prônent l'allocation des revenus au lieu de résidence alors que les seconds, pays importateurs de capitaux assimilés aux pays émergents, privilégient la source des revenus.

823. Pour Ian Roxan, cette dichotomie est liée à l'absence d'harmonisation des taux en matière de taxation du capital. Il replace ce choix dans le contexte actuel de concurrence fiscale auquel s'adonne directement ou indirectement les Etats, pour préciser que cette opposition s'avère être quelque peu réductrice.⁴⁷⁵ Selon lui, « *la concurrence fiscale mine à la fois les impôts sur la résidence et les impôts à la source. Elle sous-estime la fiscalité de la résidence car elle permet d'obtenir des revenus du capital dans d'autres juridictions de manière à permettre d'échapper à la fiscalité domestique en évitant ou en évitant de fait. Il sous-estime directement la taxe source en permettant aux contribuables en mobilité de choisir de s'installer dans des juridictions offrant des taux plus bas* »⁴⁷⁶.

824. Les travaux du Professeur Avi-Yonah accèdent quelque peu ce raisonnement, lorsqu'il met en lumière le fait que la globalisation exerce une double pression sur les Etats, elle les contraint à collecter plus de revenus mais en même temps elle les limite. Et cette limite se manifeste par l'émergence d'une triple allocation potentielle des revenus. La consommation de biens et de services en est l'exemple frappant et redessine

⁴⁷⁵I. Roxan, *Limits to globalization: some implications for taxation, tax policy, and the developing world*, Série de documents de travail sur la loi, la société et l'économie de la LSE, 3/2012. Law Department, London School of Economics and Political Science, Londres, Royaume-Uni.

⁴⁷⁶I. Roxan, *Limits to globalization: some implications for taxation, tax policy, and the developing world*, Série de documents de travail sur la loi, la société et l'économie de la LSE, 3/2012. Law Department, London School of Economics and Political Science, Londres, Royaume-Uni.

le partage des revenus entre « *La (1) demande la juridiction où la consommation de biens ou de services a lieu, peut imposer une taxe si les biens ou les services sont fournis par l'intermédiaire d'un établissement stable. (2) La juridiction de fourniture (où la production des biens ou des services a lieu) peut imposer une taxe sur les revenus attribuables à cette production. En outre, (3) la juridiction de résidence (où la société est constituée en société, gérée et contrôlée) a un droit résiduel d'imposer les revenus qui ne sont pas imposés à la source de la demande ou de l'offre* »⁴⁷⁷.

825. Comme en 1923 c'est autour de l'allégeance économique comme fondement à l'allocation des revenus et à son corollaire la compétence fiscale des Etats, que se concentre aujourd'hui la qualification et l'affectation des revenus. Nicolas Melot estime que ce principe ne saurait être un fondement juridique parce qu'il s'agit d'un concept économique.

826. Mais force est de constater que la communauté internationale avait demandé en premier lieu à des économistes de réfléchir à l'élimination des doubles impositions, et que c'est à partir de travaux fortement inspirés par l'allégeance économique que les modèles de conventions fiscales destinées à éliminer les doubles impositions, ont été élaborées. La compétence fiscale des Etats et la détermination de la localisation des revenus d'une entreprise ne sauraient in fine être circonscrites à un seul fondement. Mais à l'instar des Professeurs Gest et Tixier, il peut être permis de penser qu'elles pourraient être la combinaison de plusieurs types d'allégeances politique, économique et sociale.

⁴⁷⁷ R. S. Avi-Yonah, *Globalization Tax Competition, and the Fiscal crisis of the Welfare State*, University of Michigan law School, Vol 113, Number 7, Harvard Law Review, May 2000.

Chapitre II La répartition de la base imposable

D'un point de vue sémantique les notions de redistribution et de répartition se distinguent par leur nature même.

827. Redistribution et équité fiscale – La première est subjective. Elle s'applique aux relations entre entreprises le plus souvent liées. Lorsqu'elle est utilisée dans les rapports entre Etats, elle sous-entend qu'un Etat ou un groupe d'Etats disposent de ressources fiscales suffisantes, pour qu'ils puissent consentir à en allouer une partie à d'autres pays qui connaissent un développement économique inférieur. Dans ce cas de figure, il s'agit d'une aide au développement.

828. La redistribution est une sorte de réparation⁴⁷⁸. Elle a vocation à compenser les méfaits d'un système ou l'absence de rémunération proportionnelle à l'égard d'une partie. Elle est le pendant du principe d'équité entre nations, développé par les frères Musgrave. Néanmoins, ce principe n'exige pas la mise en place d'un système redistributif. Il estime que chaque Etat a le droit de percevoir une partie des recettes fiscales, surtout s'il y a pris part d'une manière ou d'une autre. Pour autant, ce n'est pas parce que les recettes fiscales ne sont pas partagées correctement qu'il faut introduire des éléments correctifs. Il appelle, au contraire une répartition établie sur des fondements plus justes, tout du moins plus logiques, eu égard à un principe fiscal qui veut que l'on impose le revenu là où il est créé.

829. Répartition et ventilation – La seconde, la répartition, est objective. Elle s'intéresse davantage à la façon dont l'assiette fiscale des entreprises s'établit entre Etats. Bien que les deux termes de redistribution entre entreprises et de répartition entre Etats soient liés, cette-dernière acquiert une importance de plus en plus primordiale, et atteint aujourd'hui un certain degré de complexité. Elle constitue à la fois un enjeu

⁴⁷⁸ La redistribution renvoie en premier lieu à la politique fiscale interne de chaque Etat. Elle fait appel à une conception philosophique, voire morale de la fiscalité. La question est de savoir si ceux qui ont plus doivent redonner à ceux qui ont moins. Miranda Stewart (Miranda Stewart, *Redistribution between rich and poor countries*, Bulletin for international taxation, Avril/Mai 2018 – IBFD 2018) recense quatre modes de redistribution, que sont les biens publics internationaux, l'aide internationale, la philanthropie, ou encore l'allocation de la base fiscale. En aucun cas en revanche, il ne s'agit d'instruire les mécanismes de répartition de l'assiette fiscale. La redistribution a une part subjective alors que la répartition s'appuie sur des fondements objectifs.

géopolitique et exige une technicité fiscale aguerrie. Le rapport Carroll avait résolu cette confusion lexicologique, que la fiscalité internationale a souvent entretenue, en évoquant « *la ventilation ou la répartition du revenu des entreprises entre les différents pays dans lesquels elles travaillent* »⁴⁷⁹.

830. La problématique tient à ce que l'ensemble des pays émergents, soucieux de faire valoir leur compétence fiscale sur des profits ou des revenus, qui leur échappaient jusqu'à présent, soient satisfaits et adhèrent aux méthodes de répartition de l'assiette fiscale. Cette revendication n'est plus un simple témoignage. Elle devient une exigence et appelle à définir des méthodes et des critères leur permettant d'exercer leur compétence fiscale en imposant et en percevant les produits de toute activité établie sur leur territoire.

831. C'est en abordant concrètement la façon dont le revenu devrait être réparti que l'on mesure avec encore plus d'acuité la difficulté inhérente à cette démarche. Elle est dépendante des critères qui seront utilisés, et de la solidité des fondements sur lesquels elle repose, qui garantissent une certaine sécurité juridique aussi bien pour les Etats que pour les contribuables.

832. Ce sujet n'est pourtant pas nouveau. Le comité des experts de 1920 précisait dans les commentaires aux modèles conventionnels de 1927 et de 1928, que « *chacun des deux Etats doit imposer la part du revenu produit sur son territoire* »⁴⁸⁰, sans aller au-delà de cette position de principe. Le rapport des économistes de 1923, tout en pointant du doigt l'importance de répartir, de façon la plus équitable possible, les profits de l'activité d'entreprises transfrontalières entre les pays de résidence et les pays source, suggérait déjà quelques méthodes de répartition du profit ou de fractionnement du revenu. La répartition des profits n'a été envisagée jusqu'à présent que sous le prisme des méthodes classiques de prix de transfert, méthodes initialement envisagées pour redistribuer un profit qui était déjà reconnu dans une entreprise déterminée.

⁴⁷⁹ SDN, Rapport Carroll, *L'imposition des entreprises étrangères et nationales*, volume 3, Archives SDN C.73.M.38. 1932 II A, Genève le 15 février 1932

⁴⁸⁰ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève Avril 1927

833. Les méthodes principales, de prix comparables sur le marché ou de marge nette, ne s'intéressent qu'à la détermination d'un revenu à facturer. Elles n'ont pas été établies pour répartir un revenu imposable, mais davantage pour valoriser un revenu. Ce revenu imposable peut être défini comme un revenu stricto sensu ou comme un profit. Il en résulte une mauvaise compréhension ou interprétation de ces méthodes, lorsqu'elles doivent être appliquées dans un contexte d'une économie globalisée et d'entreprises de plus en plus intégrées. Elles conservent leur intérêt et demeurent toujours d'actualité, mais elles ne répondent pas à la problématique spécifique de la globalisation de la vie des affaires et de la répartition. En définitive elles sont davantage destinées à redistribuer qu'à répartir le revenu. La différence peut apparaître philosophique mais elle est révélatrice de la difficulté actuelle.

834. Les pays émergents à ce titre ne les réfutent pas. Ce qu'ils soulignent, c'est qu'elles ne sauraient correspondre aujourd'hui à une démarche de répartition. En effet, l'émergence d'une économie de partage, ou de « *1099 economy* »⁴⁸¹ modifient l'imposition des différents types de transactions, et par la même occasion les règles d'imposition.

835. Aux relations traditionnelles de production, de distribution, de location et aux méthodes fiscales de répartition classiques, se substituent des règles attachées davantage à la nature du produit fiscal en cause, revenu ou profit, mais également à la souplesse de la méthode utilisée, et à la contribution apportée par chaque Etat dans toute production de richesse. Il devient difficile de circonscrire une base légale à une matière de plus en plus mobile. Des méthodes ont été redécouvertes ou adaptées par des pays émergents afin de pouvoir imposer la moindre parcelle de revenus et s'adapter à la globalisation de l'économie (Section I). Cette nouveauté en trompe l'œil modifie les principes doctrinaux d'imposabilité (Section II).

⁴⁸¹ Ce terme fait référence à un document fiscal américain associé aux métiers de freelance aux Etats-Unis, et de façon plus générale aux travailleurs à la demande. Ce terme fait écho à d'autres modes de partage qui peuvent revêtir divers systèmes, comme la « consommation collaborative », le « peer-to-peer economy » permettant à deux individus d'interagir l'un vis-à-vis de l'autre pour acheter ou vendre des biens ou des services sans l'intervention d'une tierce personne, de « gig economy » dans laquelle les individus peuvent enchaîner plusieurs petits « boulots ». Giorgio Beretta, *The taxation of the sharing economy*, Bulletin for International Taxation (Volume 70), N°11, IBFD, Octobre 2016.

Section I Les nouvelles méthodes de ventilation du revenu imposable

836. Les fondements – Le rapport présenté par les économistes au comité des finances de la Société des Nations en 1923, posait le cadre dans lequel la ventilation des profits devait s’opérer. Les trois étapes, de production, de possession et de disposition de la richesse⁴⁸² constituent, d’une part, les trois questions que chaque acteur doit se poser afin de savoir quel Etat est le mieux à même d’imposer et, d’autre part, le cheminement nécessaire permettant de déterminer précisément quel processus s’avère être le contributeur le plus important. A chaque stade il peut y avoir une source potentielle de profit et la ventilation de celui-ci est inhérente à chacun de ce processus. En somme, le profit ne saurait être déterminé de la même façon selon que l’on produise, que l’on possède ou que l’on dispose d’une richesse. A fortiori, la ventilation du profit est liée à chaque degré de la vie économique.

837. L’importance du sujet était telle que Mitchell B. Carroll avait sollicité la Fondation Rockefeller pour financer une étude comparative de ventilation des profits dans chaque pays⁴⁸³. Il ressort de ces études que chaque territoire contribue à un degré plus ou moins important à la création de richesse mais dans le cadre d’un des trois processus économiques décrits ci-dessus.

838. Dans un système bilatéral la contribution objective de chacun des Etats est reconnue et acceptée par l’un, comme par l’autre. La répartition peut se faire de façon

⁴⁸² « Dans le but de découvrir la véritable signification de l’allégeance économique, il est clair qu’il y a trois considérations fondamentales que sont :

(1) La production de la richesse : nous entendons toutes les étapes qui entrent en jeu jusqu’au moment où la richesse se concrétise, c’est-à-dire toutes les étapes jusqu’au moment où la production physique a atteint une destination économique complète et peut être acquise comme richesse ;

(2) la disposition de la richesse : nous voulons dire le stade où la richesse a atteint son propriétaire final, qui a le droit de l’utiliser de la manière qu’il veut ;

(3) la possession de la richesse : nous évoquons le fait qu’entre la concrétisation de la production de la richesse et sa mise à disposition de la consommation, il existe toute une série de fonctions relatives à l’établissement du titre de propriété et à sa préservation »

SDN, Archives SDN, Rapport au Conseil du Comité Financier, C.220.1922. II. Genève le 27 Avril 1922. Ce comité d’experts économistes est composé du Professeur L.Einaudi de l’Université de Turin, du Professeur E.R.Seligman de l’Université de Columbia, New York, de Sir Josiah Stamp, K.B.E.D.Sc, de l’Université de Londres, et du Professeur G.W.J. Burins de Rotterdam.

⁴⁸³ SDN, *Taxation of foreign and national enterprises, a study of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country in France, Germany, Spain, The United Kingdom and the United States of America*, Archives SDN C.73. M.38. 1932. II.A, Genève 1932

simple et consensuelle. Ainsi convient-il que les revenus ou les profits fassent aussi eux-mêmes l'objet d'un partage.

839. L'instauration d'un système de retenue à la source au lieu de situation du produit ou du revenu généré, en somme, dans l'Etat source et le mécanisme de crédit d'impôt dans l'Etat qui a permis que cet investissement puisse se réaliser, à savoir l'Etat de résidence, illustre cette répartition objective. Il est, pour certains auteurs, une méthode de répartition de l'assiette imposable⁴⁸⁴. Elle suppose néanmoins une division des tâches clairement établie, ou au tout du moins la conclusion d'un accord entre Etats par le biais d'une convention fiscale bilatérale. Il avait pour objectif d'accorder des subsides, aux revendications des pays émergents dont la convention de Mexico de 1943 avait démontré qu'ils ne pouvaient se satisfaire de principes fiscaux internationaux privilégiant systématiquement l'Etat de résidence au détriment des Etats dits de source.

840. L'économie de partage dans un modèle capitaliste démontre l'actualité de cet enjeu et suppose que chaque élément, chaque facteur contribue à la reconnaissance du revenu ou du profit généré. Ce système ne peut donc être pérenne dans le cadre d'un fonctionnement économique mondial, de plus en plus intégré, et d'une globalisation des méthodes de gouvernance et de production des entreprises. La ventilation des profits ne s'articule plus uniquement aux bornes d'un processus de production, de possession ou de commercialisation. Les strates peuvent s'enchevêtrer. Un territoire peut couvrir à lui seul les trois, ou bien participer de façon partielle mais réelle à chacun d'entre elle.

841. Ainsi, même si l'ancien partage permet aux pays émergents d'attirer des investissements directs étrangers, il n'est d'une part plus aussi efficace aujourd'hui, et d'autre part il ne reflète pas l'exacte réalité. Leurs interventions aussi bien dans le cadre inclusif qu'à travers les commentaires au modèle de convention OCDE suggèrent que leur part au développement du commerce international et à la création de richesse n'est pas correctement rétribuée fiscalement. Après avoir modifié les contours de la notion de redevances, soulevé l'inadaptation des méthodes prix de transfert pour concevoir la

⁴⁸⁴ H. J. Ault, *Corporate integration, tax treaties, and the division of the international tax base: principles and practices*, Tax Law Review 47, (1992) : 565-608

division des revenus, ils s'attachent à définir de nouveaux critères de ventilation des profits. C'est ainsi qu'ils initient certaines méthodes destinées à partager les profits (Paragraphe I), et d'autres à fractionner les revenus (Paragraphe II).

§ I Le partage du revenu imposable

842. Le principe – Près de deux cinquièmes des bénéficiaires des entreprises multinationales sont transférés vers des juridictions où les taux d'imposition sont faibles⁴⁸⁵. La dimension fiscale n'est pas l'unique motivation. D'autres critères plus économiques, comme le coût du travail, ou le savoir-faire spécifique d'un pays peuvent entrer en considération. Il n'en demeure pas moins que le partage du revenu imposable devient un sujet éminemment sensible.

843. Les experts des années 1920 avaient proposé une première réponse. Elle n'avait pas pour but à l'époque d'éradiquer les pays à fiscalité privilégiée, mais elle posait les principes destinés à limiter les transferts de bénéficiaires vers des territoires où le taux d'impôt sur les sociétés était faible. Elle augurait les dispositifs anti-abus. L'article 5 mentionnait « *Si une activité ou une entreprise possède un établissement stable dans les deux Etats contractants, chacun des Etats devrait taxer la partie du revenu qui a été produit sur son territoire* »⁴⁸⁶. Les commentaires à cet article ébauchaient une première méthode de répartition qui reposait sur « *De l'application du système dit de répartition du revenu selon sa source* »⁴⁸⁷. Le volume 3 du rapport Carroll publié en 1933, relatait les diverses approches utilisées par les pays pour mieux ventiler l'assiette d'une entreprise implantée dans un certain nombre de pays.

844. Pays émergents et l'approche spécifique de la répartition du revenu – Cependant le contexte économique et fiscal de l'époque constituait un terrain propice

⁴⁸⁵ T.R. Tørsløv, Ludvig S. Wier, and Gabriel Zucman, *The Missing Profits of Nations*, NBER Working, Paper No. 24701 JEL No. F23,H26,H87, June 2018, Revised August 2018

⁴⁸⁶ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN, C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927

⁴⁸⁷ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927

pour établir une forme de consensus. Les pays partageaient en effet les mêmes mécanismes fiscaux, et s'accordaient à penser que le revenu devait être imposé au lieu de résidence des entreprises multinationales, plutôt qu'au lieu d'origine ou de source du revenu. Jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, ce principe de partage de profit et particulièrement les méthodes associées ne trouvaient pas à s'appliquer et étaient tout simplement relégués au second plan, voire tout bonnement rejetées. Il fallut attendre le rapport de l'OCDE de 1995, recensant les diverses méthodes, pour que celle du partage de profit y figure, et soit reconnue comme une méthode à part entière. Pourtant celle-ci ne pouvait être utilisée qu'en dernier ressort lorsque les autres n'étaient pas considérées comme fiables.

845. L'environnement fiscal du XXI^{ème} siècle a néanmoins modifié la perception, ou tout du moins la manière dont le produit imposable devait être ventilé. Les méthodes de partage des profits ne sont pas seulement des méthodes de prix de transfert et donc de redistribution. Elles ont aujourd'hui vocation à répartir les revenus et les produits. Fort de l'avantage compétitif que leur accorde leur poids dans les échanges commerciaux, les pays émergents contribuent à mettre en lumière cette dimension nouvelle.

846. Pour eux, le produit imposable, qu'il prenne la forme d'un profit ou d'un revenu, doit être réparti entre les Etats dans lesquels l'entreprise opère. Or, l'exercice d'une activité industrielle et commerciale ne nécessite plus aujourd'hui pour les pays émergents la présence d'une installation fixe d'affaires. Désormais, une entreprise peut opérer dans un pays de multiples manières. La présence physique n'est plus absolument requise. Surtout, dans une économie de plus en plus globalisée, et dans le cadre des échanges commerciaux de plus en plus intégrés, le partage du profit devient à la fois, structurant pour la pérennité de la cohésion du système fiscal international, mais également complexe, à mesure que les pays émergents revendiquent une part équitable d'un produit imposable.

847. Cette demande est d'autant plus vive, que les institutions fiscales internationales, tout en répondant aux évolutions de la vie fiscale des affaires, ont elles-mêmes créé cette attente. Il faut aujourd'hui compter sur un concept, qui sans être nouveau, occupe

de bien des manières l'ensemble des acteurs de fiscalité internationale. La création de valeur traverse effectivement, toute la problématique de la ventilation des profits. Or, celle-ci peut certes être appréhendée transaction par transaction. Mais cette approche conduit les pays émergents, à perdre une partie de leur assiette, ou bien à s'arroger un droit, une compétence fiscale disproportionnée.

848. A cela s'ajoute le fait que la pratique fiscale des pays émergents conduit à effacer la distinction entre revenu et profit. Le partage du profit s'attache en définitive à répartir le revenu brut de façon générale. C'est à la lumière de ces évolutions que les pays émergents appréhendent les méthodes du partage du profit (A), ce qui rend problématique, la déductibilité des charges transfrontalières (B).

A/ La méthode du partage du profit

1. Principe et fonctionnement du partage des profits

849. Le projet BEPS initié en 2013 ainsi que le guide prix de transfert de l'OCDE publié en 2017, accordent une place majeure aux méthodes transactionnelles des bénéficiaires. Ce-dernier établit une distinction entre la méthode transactionnelle de la marge nette, et la méthode transactionnelle du partage des bénéficiaires.

850. Prudente à ne pas favoriser ce type de méthode, dont elle n'a reconnu l'importance que par la force contraignante des événements, l'institution du Palais de La Muette considère que leur application, et plus particulièrement la méthode transactionnelle du partage des bénéficiaires, est appropriée pour des opérations fortement intégrées, nécessitant la mise en œuvre d'une chaîne de valeur relativement complexe.

851. Pourtant, comme le soulignent certains professeurs, les pays émergents ont un intérêt commun à utiliser de manière relativement large une méthode de partage de profits⁴⁸⁸. Celle-ci éviterait aux pays de consacrer trop de ressources à vérifier si l'application des méthodes traditionnelles de prix de transfert est justifiée et si les comparables utilisés sont appropriés aux transactions contrôlées.

⁴⁸⁸ J.M. Kadet, T. Faccio, S. Picciotto, *Profit-split method : time for countries to apply a standardized approach*, Tax Notes International, Volume 91, Numéro 4. 23 Juillet 2018

852. L'OCDE identifie trois situations dans lesquelles cette méthode est la mieux appropriée. Celle-ci ne peut s'appliquer que dans les cas où les deux parties à la transaction apportent une contribution unique et de grande valeur ; dans les cas d'opérations hautement intégrées ; ces situations doivent partager un niveau de risque économique similaire ou bien lié.

853. En complément le rapport suggère deux approches interdépendantes. La première consiste à « *identifier le montant global des bénéfices provenant des transactions contrôlées* »⁴⁸⁹, que les entreprises réalisent. Le rapport souligne que cette première étape conduit à prendre en compte aussi bien les pertes que le bénéfice, dont le terme nous semble mal choisi. Dans tous les cas, le montant global de l'opération est assimilé à des « bénéfices combinés ». A partir de cette identification, le rapport explique que ces « bénéfices combinés » doivent être partagés entre ces entreprises, sur la base d'une estimation économique raisonnable, que chaque entité serait en droit de percevoir si elle avait opéré de façon indépendante et conformément au principe de pleine concurrence.

854. Une fois déterminé le montant des bénéfices combinés, la seconde approche a pour objet dans un premier temps d'attribuer « *à chaque participant une rémunération de pleine concurrence au titre de ses contributions non uniques concernant les transactions contrôlées auxquels il participe* »⁴⁹⁰. Il s'agit en somme d'allouer des opérations de routine, à savoir des prestations de services de support. Cette première opération génère un profit ou bien une perte résiduelle, qu'il convient de répartir entre entreprises sur la base d'une analyse circonstanciée des faits et des contributions.

855. Le rapport de 2017 insiste sur le fait que l'ensemble de ces étapes doivent se faire selon les prérequis destinés à respecter le principe de pleine concurrence et en utilisant les méthodes traditionnelles de prix de transfert. C'est justement cette dimension qui empêche les pays émergents d'adopter pleinement ce type de méthode transactionnelle.

⁴⁸⁹ OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787:tpg.2017.fr>

⁴⁹⁰ OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787:tpg.2017.fr>

2. *Les critiques des pays émergents*

856. En l'état le mécanisme de principe du fractionnement est problématique à double titre pour les pays émergents. En premier lieu, le rapport maintient comme axiome au partage des bénéfices la stricte application du principe de pleine concurrence. Mais le respect de ce principe dans le cadre de ce type de dispositif de partage des bénéfices est difficile à assurer, ou alors la base sur laquelle repose celui-ci est au mieux aléatoire au pire inopérant. En effet, un partage de profit conformément au principe de pleine concurrence, nécessite que les dits bénéfices puissent être comparable ou aient été anticipés. Dans le premier cas de figure, il s'agit du derniers recours utilisé par certains pays comme l'Argentine lorsque les autres méthodes n'ont pas donné satisfaction.

857. Seule une méthode d'anticipation des flux futurs de trésorerie permet de déterminer le bénéfice futur escompté. A ce titre, de nombreux pays émergents ont reconnu juridiquement l'application de cette méthode, pour certaines opérations. C'est le cas de l'Inde ou de la Chine en matière de transferts indirects des titres d'une société implantée sur leur territoire. Mais le ressort de ce type de calcul ne se fonde pas en première analyse sur le respect du principe de pleine concurrence. Cela ne signifie pas que le prix fixé ne sera pas conforme à un prix de marché, puisque la méthode recherche justement la détermination d'un prix le plus proche de ce qui serait effectué sur un marché libre. Elle fait appel à d'autres facteurs qu'un mécanisme de comparabilité classique. La valorisation de certains facteurs, de certains actifs seront privilégiés en dehors de toute considération juridique.

858. Le rapport de l'OCDE de 2017 fait écho à cette méthode⁴⁹¹. Il souligne toutefois la difficulté pour un contribuable d'apprécier cette anticipation et pour une administration de contester la position prise. De façon paradoxale, le rapport persiste à se référer à une logique de pleine concurrence. Ce qui semble normal dans la mesure où il considère le partage de bénéfices dans le cadre de transactions et d'une logique de redistribution. Toutefois, le profit résiduel qui serait alloué ne s'accommode pas de

⁴⁹¹ OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Editions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787:tpg.2017.fr>
« Dans certains cas une analyse pourrait être effectuée, peut-être dans le cadre d'un partage résiduel des bénéfices ou comme méthode de partage des bénéfices en tant que telle, en prenant en compte des projections de trésorerie actualisée aux transactions contrôlées sur la durée prévisible de l'activité. »

l'application du principe de pleine concurrence. La technique même du partage de profit contredit ou, en tous les cas, s'écarte du respect de ce principe.

859. C'est au demeurant ce que soulignent de nombreux auteurs⁴⁹², dont les propos confortent ceux de hauts responsables d'administrations fiscales des pays émergents. Leur positionnement s'explique également par le fait que ceux-ci appréhendent la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale aux bornes d'un groupe, et de manière globale.

860. Cette volonté de vouloir partager les bénéfices d'entreprises de plus en plus intégrées, sur le fondement de méthodes traditionnelles de prix de transfert, conforte une certaine dimension unilatérale de ces méthodes, bien qu'elles s'inscrivent dans une configuration bilatérale.

861. En effet, c'est en général la société mère, établie dans un pays développé, disposant des moyens financiers et décisionnels, qui décide et dirige l'arbre de décision. C'est elle qui détermine l'analyse contributive de chaque entité et fixe le cas échéant le montant à allouer. Pour relativiser cette portée, les pays émergents s'appuient sur les propositions de documentation initiées par le projet BEPS⁴⁹³.

862. Cet ensemble documentaire, constitué par le master file, le local file et le country by country report, et adopté dans leur grande majorité par les pays émergents, n'est pas seulement utilisé pour lutter contre les positions fiscalement agressives des entreprises multinationales. Il leur permet justement de mieux appréhender la répartition des bénéfices en leur donnant une vision panoramique de l'activité du groupe implanté sur leur territoire.

⁴⁹² R. Avi-Yonah, K. Clausing et M. Durst co-auteurs, *Allocating business profits for tax purposes : a proposal to adopt a formulary profit split*, Fla. Tax Rev 9, N°5 (2009) : 497-553, Université de droit du Michigan.
R. Robillard, *Profits in profit-split method : hazardous crossovers, on the way to global formulary apportionment*, Tax Notes International, www.taxnotes.com, 9 octobre 2017

⁴⁹³ La source documentaire est dans l'ADN de l'OCDE en matière de prix de transfert et aujourd'hui de répartition des profits. Depuis 1984 et son rapport intitulé « Prix de transfert et entreprises multinationales, 3 problèmes d'imposition », l'OCDE n'a eu de cesse de souligner et démontrer le caractère incontournable et indispensable d'une analyse documentaire des relations intragroupe. Ce fut le cas particulièrement dans ses rapports successifs pour déterminer les revenus alloués aux établissements stables bancaires ou encore en 1995 dans son rapport de référence en matière de prix de transfert.

863. Le fait de durcir ces outils les conduit indirectement à battre en brèche le rôle du principe de pleine concurrence comme vecteur de répartition des bénéfices, et d'adapter les différentes contributions analytiques. A ce titre, ils peuvent profiter de l'ambivalence de l'OCDE. Le rapport de 2017 précise que l'analyse fonctionnelle et l'analyse du contexte pourraient être une aide dans le processus de détermination des facteurs concourant à répartir le profit. L'utilisation du conditionnel crée une confusion. Elle met en évidence le peu de pertinence du principe de pleine concurrence pour justifier la répartition des profits. Cette ambivalence profite aux pays émergents et conforte leur approche documentaire qui se veut plus exigeante et intrusive que ce que suggère l'OCDE. Le Professeur Robillard va même plus loin en estimant que cette démarche permettrait de s'affranchir de l'utilisation des données chiffrées de marché externe, et de s'exonérer le cas échéant de toute analyse de comparabilité⁴⁹⁴.

864. Ceci justifierait et faciliterait la remise en cause par les pays émergents de l'utilisation des analyses comparables, au motif qu'ils ne disposent pas suffisamment de moyens pour pouvoir porter la contradiction aux entreprises multinationales, mais surtout pour apprécier réellement la valeur des niveaux de marge ou de répartition de profits que proposent et que proposeraient les groupes implantés sur leur territoire. Outre la problématique de la pertinence du principe de pleine concurrence, les méthodes de répartition des bénéfices sont confrontées au traitement comptable adopté par les pays émergents.

B/ Le rôle de la comptabilisation

865. Le délicat calcul de l'assiette fiscale – Le comité des experts des années 1920 avait insisté sur l'importance de la dimension comptable pour mieux apprécier la répartition des bénéfices entre entreprises liées. En précisant qu'« *En l'absence de comptes montrant ces revenus de manière séparée et dans une forme appropriée, les administrations compétentes des Etats devraient aboutir à un accord de*

⁴⁹⁴ R. Robillard, *Profits in profit-split method : hazardous crossovers, on the way to global formulary apportionment*, Tax Notes International, www.taxnotes.com, 9 octobre 2017

répartition »⁴⁹⁵, les experts démontrent indirectement l'importance qu'ils attachent à la fiabilité des éléments financiers.

1. Les dispositions comptables

866. La publication des comptes et le mécanisme de comptabilisation constituent pour les pays émergents un outil de gestion et de maîtrise de la répartition des profits. C'est en effet sur une base comptable que se construit un résultat et sur cette base qu'il peut ensuite être réparti.

867. La détermination de ce résultat reste cependant dépendante de la nature des comptes utilisés. Autrement dit, le résultat bénéficiaire à répartir doit-il être déterminé conformément aux principes de comptabilité sociale ou bien selon les comptes de consolidation ?

868. L'importance des comptes consolidés – Seuls ces derniers permettent d'appréhender une vision globale des activités d'un groupe. Ils sont en effet destinés à donner une vision comptable commune des opérations effectuées dans un groupe multinational. De nombreux pays réservent l'application des comptes sociaux à la détermination et l'élaboration du résultat fiscal, et la mise en œuvre des comptes consolidés à une analyse financière plus poussée, destinée aux investisseurs et aux marchés financiers.

869. En revanche, les pays émergents sont ce que l'on appelle des « IFRS native ». Cela signifie que leurs comptes sociaux doivent être appréhendés uniquement au regard des normes de consolidation internationale élaborées par l'IASB. En tous les cas, leur application en droit interne, mis en cohérence avec la publication des comptes consolidés du groupe, peut apporter, pour les pays émergents, un panorama des relations intragroupe. En plus, de leur éviter d'avoir à utiliser des comparables, dans la mesure où ces comptes sont constitués pour justement avoir une source de

⁴⁹⁵ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927

comparabilité, ils peuvent identifier les sources de création de valeur au sein du groupe⁴⁹⁶.

870. Finalement ces normes comptables consolidés ont vocation à établir une assiette fiscale commune. Mais pour que cette assiette soit pleinement comparable, encore faut-il que le traitement fiscal des opérations, et des activités classiques subissent le même traitement de la part de l'ensembles des juridictions. Sur ce point la position fiscale des pays émergents divergent de celles communément admises par les pays développés. En effet, la déductibilité des prestations de services ou de redevances facturées par les sociétés mères à leurs filiales implantées sur leur territoire, n'est pas assurée.

2. La déductibilité des montants intra-groupe facturés

871. La plupart des pays émergents considèrent que, pour être déductibles la rémunération des services de support par exemple, mais également de toute prestation de services de manière générale, doit être considérée comme « raisonnable ». Ils entendent le fait que le montant facturé soit établi conformément au principe de pleine concurrence et que la prestation de service corresponde à une certaine réalité. La Chine a inscrit dans son code fiscal cette notion de paiement raisonnable. Elle signifie que les services rendus doivent être appropriés et utiles au développement de la filiale. Cette transposition en droit interne légalise la traque à d'éventuelles superpositions ou doublons lorsque les filiales implantées sur leur territoire disposent des services déjà facturés. Surtout, elle ouvre la voie à des remises en cause systématiques.

872. Ainsi, même s'ils ne rejettent pas par principe, la déductibilité des prestations de services intra groupe, leur pratique conduit la plupart des entreprises multinationales à ne pas comptabiliser en charges ces flux, qui dans d'autres pays ne font pas l'objet de remises en cause. Cette démarche est d'autant plus avérée lorsque les rémunérations de prestations sont confrontées à un risque de requalification en redevances. Ces problématiques contraignent les filiales de sociétés non-résidentes à modifier leur

⁴⁹⁶ Il convient de préciser que l'application des normes internationales de comptabilisation ne s'appliquent pas nécessairement dans leur globalité. En effet, les Etats peuvent non seulement choisir de les appliquer à leurs dispositions internes de comptabilité, mais également distinguer les secteurs qui y seront soumis ou encore cibler les normes indépendamment les unes des autres.

schéma de comptabilisation. A ce titre, l'Indonésie considère, que les redevances entre parties liées peuvent faire l'objet d'ajustements et n'admet pas pleinement leur déductibilité. La législation indonésienne interdit même, au sein d'un établissement stable d'une société non-résidente, toute déductibilité de charges, que ce soient des prestations de services support de la part de leur maison mère, ou encore la facturation de redevances.

873. Certains pays sont plus explicites et portent une attention toute particulière aux charges transfrontalières. A ce titre ils adoptent la position du comité fiscal des Nations Unies, qui alertent les Etats, notamment les pays émergents sur la manipulation des prestations de services facturées par une entreprise non-résidente à sa filiale établie sur leur territoire.

874. Le comité fiscal onusien met en lumière aussi bien l'absence de réalité des services fournis, que la volonté des entreprises de qualifier de services des flux qui s'apparentent à des redevances. Dans une circulaire numérotée 146, datant du 29 juillet 2014, l'administration fiscale chinoise, la SAT, stipule que les prestations de services facturées par les sociétés non-résidentes liées ne sont pas déductibles du résultat des sociétés résidentes⁴⁹⁷.

875. D'autres pays émergents vont plus loin. Les sections 4A et 15A de son code fiscal malaisien, dispose que les revenus perçus par un non-résident et qui ont pour origine son territoire, doivent être considérés comme des revenus imposables sur son territoire. L'enjeu lié à ces dispositions est l'interprétation extensive qu'ont les autorités fiscales de la section 4A. Elles estiment en effet, que les services d'assistance et les services de façon générale entrent dans le champ d'application de cette section et doivent donc de ce fait être appréhendés comme des revenus imposables en Malaisie. Il ne s'agit certes pas d'une absence de déductibilité des charges transfrontalières, mais le traitement fiscal impose l'exigibilité d'un impôt. Enfin, certains pays établissent un seuil de déductibilité de ces flux intra groupe, qui correspond à un pourcentage du chiffre

⁴⁹⁷ SAT, Circulaire 146, du 29 Juillet 2014, Shui Zong Ban Fa (2014) N° 146.

d'affaires des filiales, au-delà duquel la filiale ne pourra pas déduire les montants facturés.

§ II L'allocation forfaitaire du revenu imposable

876. Bien que ce mécanisme puisse apparaître comme une novation au sein de la doctrine fiscale internationale, on en trouve des traces dans les débats et les travaux menés au cours de l'entre-deux guerres. L'article 5 du modèle conventionnel de 1927 proposait « *En l'absence de comptes faisant apparaître ces revenus séparément et sous une forme appropriée, les administrations compétentes des deux Etats contractants, doivent convenir des règles de répartition* »⁴⁹⁸.

877. Les commentaires à cet article ne divergent pas qu'ils aient été rédigés en 1927 ou en 1928. Ils soulignent que « *chacun des deux Etats imposera la partie du revenu produite sur son territoire. Ceci est une application du système dit de répartition du revenu selon sa source* »⁴⁹⁹.

878. Ainsi le premier mouvement de la répartition forfaitaire des profits privilégie l'imposition à la source. C'est peut-être cette tendance, conjuguée avec l'évolution économique et politique de ces années 1930 tumultueuses, qui emporta l'adoption définitive de cette méthode de partage des profits. Les institutions fiscales internationales privilégièrent le principe de pleine concurrence, censé être plus équitable ou tout du moins reflétant une réalité de marché plus juste. C'est à partir de ce moment que deux courants doctrinaux émergèrent, avec d'un côté les tenants de la répartition forfaitaire du profit entre entreprises liées, et d'un autre les défenseurs du principe de pleine concurrence.

⁴⁹⁸ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927

⁴⁹⁹ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927, et League of Nations, *Double taxation and tax evasion, Report presented by the general meeting of Government Experts on Double taxation and Tax evasion*, Archives SDN, C.562.M.178. 1928 II, Genève Octobre 1928

879. Le rapport Carroll, publié en 1932, soulignait que de nombreux pays, empires coloniaux de l'époque utilisaient des méthodes empiriques pour répartir les profits ou le revenu imposable : « *Compte tenu des difficultés rencontrées pour déterminer le prix de facturation approprié, les agents des services fiscaux ont tendance à ne pas essayer de déterminer un prix juste, mais à comparer immédiatement le pourcentage du bénéfice net au chiffre d'affaires brut de ventes similaires effectuées par d'autres entreprises, ou d'utiliser une autre méthode empirique* »⁵⁰⁰. Pour Carroll, les Etats en sont arrivés à la conclusion qu'« *il était impossible de tenir des comptes séparés précis pour certaines entreprises. Une méthode empirique est donc la seule qui puisse être utilisée* »⁵⁰¹. Le principe de pleine concurrence est donc loin, à cette époque, de faire l'unanimité. Ainsi l'allocation forfaitaire des profits s'inspire du principe de partage des profits mais diverge dans son application dans la mesure où le principe de pleine concurrence n'est pas retenu.

880. La reconnaissance du principe de l'allocation forfaitaire – C'est pourtant lui qui fut adopté et transposé dans les modèles de convention fiscale bilatérale. Le débat continuait, surtout aux Etats-Unis pionnier en matière de réflexion sur le système de répartition des profits⁵⁰². Il puise sa source dans de nombreuses décisions jurisprudentielles rendues à propos de l'utilisation du principe de pleine concurrence. Différentes juridictions rejetèrent, en effet, les analyses de comparables soumises par l'administration dans le cadre de l'application du principe de pleine de concurrence et

⁵⁰⁰ SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève, Avril 1927, et League of Nations, *Double taxation and tax evasion, Report presented by the general meeting of Government Experts on Double taxation and Tax evasion*, Archives SDN, C.562. M.178. 1928 II, Genève Octobre 1928

⁵⁰¹ Au nombre de ces méthodes, le Rapport Carroll en recense trois : « (1) évaluation sur la base d'un montant convenu, résultant parfois d'une estimation du revenu parfois d'un pourcentage de chiffre d'affaires, et généralement appliqué sur une période de trois ans ; (2) évaluation sur la base d'un taux d'intérêt normal du capital dans la succursale ; (3) répartition du revenu total en fonction du ratio du chiffre d'affaires, des actifs ou d'une combinaison des deux éléments ». Il convient de préciser que cette dernière méthode figure à l'époque dans la législation américaine à la Regulation 74, article 682. SDN, *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Archives SDN C.216.M.85.1927 II, Genève Avril 1927, et League of Nations, *Double taxation and tax evasion, Report presented by the general meeting of Government Experts on Double taxation and Tax evasion*, Archives SDN C.562.M.178.1928 II, Genève Octobre 1928

⁵⁰² R.S. Avi-Yonah, *Between formulary apportionment and the OECD guidelines: a proposal for reconciliation*, World Tax Journal 2, N°1 (2010) : 3-18. Le Professeur Reuven Avi-Yonah relate le débat intense qui anima les Etats-Unis à cette époque. Il explique que le nouveau Directeur de l'administration fiscale (Assistant Secretary for Tax Policy) US Stanley Surrey privilégiait davantage une approche de pleine concurrence qu'une allocation forfaitaire des profits, qu'un amendement de la Chambre des Représentants avait pourtant adopté en 1962. C'est dans le contexte de l'affaire Dupont que la nouvelle réglementation américaine, promulguée en 1968, la 'regulation' IRC 482, fondement de la mise en œuvre du principe de pleine concurrence et des méthodes traditionnelles de prix de transfert

des méthodes de détermination de prix de transfert et de répartition, au motif qu'elles n'étaient pas pertinentes.

881. Dans le même temps la Cour Suprême déboutait certains contribuables qui soutenaient que la répartition forfaitaire était incompatible sur un plan international avec le principe de pleine concurrence. Cette démarche conduit indirectement les Etats-Unis, dont l'influence sur la scène fiscale internationale et auprès des pays émergents est importante, à admettre que l'utilisation de la répartition forfaitaire peut être une solution possible. Cette évolution vers la reconnaissance d'une méthode de répartition forfaitaire, comme moyen de ventiler les profits, est confortée par le projet d'action BEPS mais également par le rapport de l'OCDE de 2017 en matière de prix de transfert qui consacre un chapitre à cette nouvelle méthode. Pour les pays émergents le principe même du mécanisme de répartition forfaitaire des profits (A), pourrait constituer une opportunité (B).

A/ Le principe de répartition forfaitaire des profits et des revenus

882. Le principe de cette méthode est de répartir les profits d'une entreprise en fonction du poids et de la contribution de richesse de certaines entités à la création de richesse globale. L'activité d'une entreprise multinationale est envisagée de manière globale. C'est ce que souligne l'OCDE, dans son rapport de 2017, lorsqu'il précise que « *La répartition globale selon une formule préétablie consiste à répartir les bénéfices globaux d'un groupe multinational sur une base consolidée entre les entreprises associées localisées dans différents pays au moyen d'une formule prédéterminée et automatique* »⁵⁰³. Aux Etats-Unis, l'Etat du Massachussets a été pionnier en mettant au point une méthode consistant à répartir le profit selon le poids de certains facteurs, comme le nombre d'employés par les entreprises d'un même groupe, ou encore les ventes et le poids des actifs utilisés.

883. L'OCDE souligne que cette méthode conduit à combiner un certain nombre d'éléments comme « *les charges, les actifs, les salaires et le chiffre d'affaires* ».

⁵⁰³ OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Editions OCDE, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-fr>

L'institution met cependant en exergue la difficulté de déterminer le pallier adéquat de détermination du calcul de cette répartition. Ainsi les succursales et les filiales d'un groupe multinational pourraient constituer cette entité globale imposable.

884. Cette méthode rencontre un certain écho parmi certains autres pays membres de l'OCDE comme le Canada, ou l'Australie. Pourtant l'institution dans son rapport de 2017 indique que « *Les pays membres de l'OCDE n'acceptent pas ces propositions et considèrent, (...), que la répartition globale selon une formule préétablie n'est pas une alternative réaliste au principe de pleine concurrence* »⁵⁰⁴.

885. Contrairement aux premières critiques, qui faisaient de la méthode de répartition forfaitaire, un système opposé au principe de pleine concurrence et en conséquence inacceptable dans son principe, il semble qu'aujourd'hui les critiques soient moins virulentes. Toutefois, cette « alternative réaliste » pour le comité des affaires fiscales du palais de La Muette apparaîtrait bancal puisqu'il s'agit de donner toute sa place au principe de pleine concurrence dans le cadre d'une méthode de répartition forfaitaire, à condition que chaque facteur contributif au calcul, ait fait l'objet d'une analyse comparable de marché.

886. Mais ce fonctionnement de répartition forfaitaire des profits affecterait de façon bien plus fondamentale les principes de fiscalité internationale. En effet, il convient de rappeler que cette méthode de partage s'inscrit dans une dimension globale de l'entreprise et ne limite plus la répartition de la base imposable à une transaction bilatérale. Cette nouvelle approche remettrait en cause, pour certains, d'autres règles traditionnelles, suscitant nombre de débats doctrinaux⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Editions OCDE, Paris.
<http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-fr>

⁵⁰⁵ R.S. Avi-Yonah, *Between formulary apportionment and the OECD guidelines : a proposal for reconciliation*, World Tax Journal, 2 n°1(2010) : 3-18. Trois types de critique sont récurrentes : la première plus globale est la compatibilité avec l'esprit même du modèle de convention fiscale. Outre la difficile cohérence entre cette méthode et le fonctionnement même du modèle conventionnel, la critique majeure soulevée par un certain nombre d'auteurs est le risque de double voire de multiple imposition. La seconde source de critique concerne la détermination même de la base de profit à répartir. Les différents facteurs pris en considération par la méthode « Massachussets », notamment en matière d'actifs prêtent le flan à la critique dans la mesure où seuls les actifs corporels et le nombre d'employés servent de base en grande partie à la détermination de la base de répartition du profit. Il est vrai par ailleurs que cette critique trouve un certain écho aujourd'hui que les échanges reposent de plus en plus sur l'absence de présence physique et l'utilisation voire la valorisation d'actifs incorporels plutôt que corporels.

887. Malgré ces critiques et la fragilité de cette méthode de répartition des profits, elle peut néanmoins constituer une opportunité pour les pays émergents, circonspects quant à l'application du principe de pleine concurrence, et de façon plus générale à la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale.

B/ Les pays émergents et les nouvelles méthodes de répartition des profits

888. Les pays émergents se nourrissent de ces débats. Ils leur permettent de faire valoir leurs positions. La manière la plus équitable de partager les profits repose sur l'utilisation d'une clef d'allocation utilisant l'importance relative de chaque filiale, dans la chaîne de création de valeur. A ce titre, les différentes phases d'identification énoncées par les actions BEPS réaffirment cette démarche consistant à « *Partager les profits en fonction d'une base économique valide qui reflète la contribution de chaque partie à la transaction et se rapproche donc de la répartition des bénéfices qui aurait été obtenue selon le principe de pleine concurrence* »⁵⁰⁶.

889. C'est dans ce contexte que les différences étapes identifiées et énoncées par les Actions 8 à 10 du projet BEPS « Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur », prennent tout leur sens. Les étapes relatives à l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation ne sont destinées qu'à identifier les charges, coûts ou investissements assumés par chaque entité d'un groupe multinational, liés à l'utilisation d'actifs incorporels. Ce sont bien ces types d'actifs qui aujourd'hui prennent une part grandissante à la création de valeur.

890. Les pays émergents ont bien pris conscience de l'importance de leur utilisation. Et c'est dans le cadre de cette approche que certains d'entre eux, comme la Chine, ont enrichi cette chaîne de valeur en estimant que la promotion devait être une donnée à prendre en considération dans l'évaluation de la chaîne de valeur⁵⁰⁷.

Dans un article le Professeur Reuven. S. Avi-Yonah, défenseur de la méthode de répartition forfaitaire fait état de ces différends et oppose un certain nombre d'arguments aux critiques soutenues contre ce type de méthode

⁵⁰⁶ OECD (2018), *Revised guidance on the application of the transactional profit split method : inclusive framework on BEPS : Action 10*, OECD/G20 Base erosion and profit shifting project, OECD Paris.
www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-action-10.pdf

⁵⁰⁷ Il convient de noter que la notion de chaîne de valeur n'apparaît plus dans le draft relatif aux prix de transfert proposé par l'OCDE en 2018.

891. Cette démarche se manifeste également dans l'énergie qu'ils déploient à faire reconnaître leur territoire comme un actif incorporel. Il suffit de constater toute la jurisprudence évoquée précédemment, à propos des avantages spécifiques liés à la localisation, des dépenses de marketing engagées localement par les filiales de groupe multinational, afin de développer les marques de ces derniers. C'est le cas de pays comme l'Inde ou la Chine, et demain l'Indonésie. Il faut bien voir que leur approche se désolidarise de celle engagée par les pays développés et par l'OCDE, dans la mesure où ils remettent en cause les outils employés pour atteindre le principe de pleine concurrence qui reste le principe d'évaluation de ces étapes et des facteurs identifiés.

892. La reconnaissance des flux futurs de trésorerie – L'enjeu est davantage de revenir à son application de façon générale et aux méthodes de répartition des profits plus particulièrement. L'une d'entre elles, dénommée « discounting cash flow » (DCF) ou actualisation des flux futurs de trésorerie, est assez révélatrice de cet enjeu. Elle consiste à évaluer la valeur d'un actif ou des titres de sociétés, en actualisant des flux futurs de trésorerie. Cette valeur permettrait grâce à l'utilisation des fonctions DEMPEP de répartir ensuite le produit qui doit revenir à chaque juridiction. Dans son système de calcul, la formule utilise un élément, le Bêta, permettant de mesurer la volatilité de la valeur mais en même temps donne une valeur de marché de l'actif évalué, donc un comparable, relativement objectif⁵⁰⁸.

893. Certains pays émergents majeurs, au premier rang desquels, la Chine et l'Inde ont adopté ce système de DCF pour procéder aux évaluations des titres de sociétés implantées sur leur territoire et qui font l'objet de cessions entre entreprises non-résidentes. Mais cette méthode pourrait tout aussi bien être appliquée à des actifs incorporels comme le savoir-faire, qui sont aujourd'hui l'émanation d'un processus de création interne à chaque groupe et évalué selon une conjugaison de méthodes entre celle du cost plus et de la transaction nette de la marge (TNMM). Dans la mesure où

⁵⁰⁸ Il convient de souligner ici que le critère de volatilité s'apprécie au lieu de résidence de la société mère, donc le plus souvent dans les juridictions de pays développés. Cette appréciation n'empêche pour autant pas une remise en cause de la part des pays émergents qui à l'instar pourrait remettre en cause le comparable utilisé. La raison est assez simple, si dans cette formule de calcul, le Bêta utilisé devait s'apprécier sur le marché il ferait sans doute perdre de la valeur à l'actif ou aux titres de sociétés évalués, et par conséquent diminuer le prix à facturer, et donc l'impôt à récolter.

elle évalue le cash-flow futur généré, elle serait certainement plus conforme aux attentes des pays émergents.

894. C'est dans cette perspective, que la « destination based cash flow tax »⁵⁰⁹ a été élaborée. En s'appuyant sur la méthode du discounting cash flow, elle introduit un autre agrégat économique qui est la destination de la taxation finale, à savoir le pays dans lequel la transaction sera opérée.

895. Certains auteurs assimilent ce système à un mécanisme de TVA à échelle mondiale, ou tout du moins faisant intervenir plusieurs pays, dans la mesure où la base imposable dans le pays de destination, ferait l'objet d'un certain nombre de déduction dans le pays d'origine. Pour la doctrine fiscale internationale, notamment le Professeur Piciotto deux autres méthodes de type financier pourrait bénéficier aux pays émergents⁵¹⁰. La première s'intitule la « residence-based worldwide taxation ».

896. Elle consiste à appliquer l'impôt du pays de la source directement sur une base mondiale consolidée des bénéficiaires, avec imputation des crédits d'impôts liés aux impôts étrangers payés. Pour Piciotto, cette méthode « *donnerait le droit résiduel d'imposer le pays d'origine de l'entité, mais le droit initial à l'Etat source (...) Les pays BRICS, comme le Brésil, la Russie, l'Inde, la Chine, et l'Afrique du Sud, accueillent un grand nombre d'entreprises multinationales, pourraient adopter la residence-based worldwide taxation* »⁵¹¹.

897. La seconde méthode développée par d'autres professeurs dont Michael Durst, est plus radicale. Elle pose en effet comme postulat l'élaboration d'une taxation unitaire avec une répartition forfaitaire de la base. Ces diverses méthodes privilégient en théorie les pays émergents. Pour autant, mis à part l'utilisation de la méthode du « discounting

⁵⁰⁹ Deux études ont été menées par l'Université d'Oxford sur ce sujet, à travers des « working paper series ». La première date de Mai 2014, *Designing and implementing a destination-based corporate tax*, Michael Devereux, WP 14/07, et la seconde en Janvier 2017, *Destination-based cash-flow*, Alan Auerbach, Michael Devereux, Michael Keen, John Vella, WP 17/01, Oxford University Centre for Business Taxation.

⁵¹⁰ S. Piciotto, *International taxation and economic substance*, Bulletin for International Taxation, IBFD décembre 2016.

⁵¹¹ S. Piciotto, *International taxation and economic substance*, Bulletin for International Taxation, IBFD décembre 2016.

cash flow », ils ne sont pas prompts à utiliser les autres méthodes. Elles nécessitent d'une part une certaine maîtrise des techniques financières.

898. Mais surtout, elles exigent une coordination de tout instant entre Etats, car elles ne peuvent que générer une certaine déperdition de la base taxable pour une parties. De plus, bien qu'elles s'inscrivent, en théorie dans le cadre d'une approche globale de la valorisation de la création de valeur, et qu'elles soient propices à l'utilisation des facteurs de détection instaurés par le projet BEPS (DEMPE), elles obligent non pas à une simple entente bilatérale mais à une coordination multilatérale. Inéluctablement l'analyse de la chaîne de valeur prend tout son sens et toute sa cohérence dans l'analyse de la répartition du profit⁵¹².

899. C'est un schéma, dans lequel les pays développés ne sont pas prêts encore à se lancer, mais qui modifierait de façon radicale et peut-être de façon brutale les systèmes d'imposition. Il n'en demeure pas moins vrai que ces derniers doivent subir et s'adapter aux différentes évolutions d'une part de l'économie mondiale et d'autre part aux pratiques et interprétations initiées par les pays émergents.

Section II Pays émergents et le nouveau prisme des systèmes d'imposition

900. La grammaire fiscale internationale s'est toujours construite autour des principes et règles élaborés par l'OCDE. Aujourd'hui l'action des pays émergents contribue, avec les dispositions BEPS, à l'écriture d'une nouvelle grammaire. Mais leur rôle est plus pénétrant dans la mesure où leurs pratiques, leurs interprétations modifient l'angle par lequel les systèmes de référence d'imposition ont été appréhendés.

901. Les catégories fiscales dans lesquelles les pays émergents ont été enfermées et qui ont servi de grille de lecture à l'attribution des revenus et des profits, mais également aux principes d'imposition adoptés par les Etats, ne correspondent plus aux évolutions

⁵¹² C. B. Ilhan, *The use of value chain analysis in a profit split*, International transfer pricing journal, IBFD, Juillet – Août 2018

actuelles. En effet, la globalisation du produit d'impôt, et la perception qu'ont les pays émergents de l'appréhension de ce produit, atténuent la frontière entre Etat source et Etat de résidence (Paragraphe I).

902. Le poids de plus en plus prégnant des pays émergents dans les échanges internationaux, les contraintes budgétaires pesantes auxquelles ces pays sont confrontés, mais surtout la mise en œuvre particulière qu'ils ont des principes dominants de fiscalité internationale, modifient l'exercice de la compétence fiscale. La distinction entre les principes de mondialisation et de territorialité de l'impôt n'est plus aussi manifeste (Paragraphe II).

§ I Etat source, Etat de résidence, une frontière mise à mal par les pays émergents

903. Le mandat délivré aux Economistes en 1922 avait pour seul objectif « *d'étudier la superposition de l'impôt* », de résoudre les doubles impositions en raison de l'accroissement des échanges commerciaux mondiaux et de l'instauration de systèmes d'imposition nationaux. Un mécanisme de crédit d'impôt entre pays aux systèmes fiscaux similaires pouvait apparaître comme une solution rapide et efficace. Le mandat ne se limite pourtant pas à cette étude. De manière sibylline, il est demandé aux Economistes d'apporter des solutions en vue « *d'une distribution équitable des charges fiscales* »⁵¹³. Cette phrase pose les prémisses de la compétence fiscale des Etats dans le cadre international et dessine les contours du canevas autour duquel s'articulent les notions d'Etat de résidence et d'Etat source. Cette mission donne aujourd'hui tout le reflet et toute la densité des travaux fiscaux menés pendant l'entre-deux guerres.

904. La théorie économique, avec les frères Musgrave, a complété la doctrine fiscale en distinguant les Etats exportateurs de capitaux et les Etats importateurs de capitaux.

⁵¹³ SDN, Rapport au Conseil du Comité Financier, Archives SDN C.220.1922. II. Genève le 27 Avril 1922. Ce comité d'experts économistes est composé du Professeur L.Einaudi de l'Université de Turin, du Professeur E.R.Seligman de l'Université de Columbia, New York, de Sir Josiah Stamp, K.B.E.D.Sc, de l'Université de Londres, et du Professeur G.W.J. Burins de Rotterdam. Le rapport est divisé en trois parties : la première examine les conséquences économiques de la double imposition ; la deuxième expose les principes généraux qui régissent les principes gouvernant l'imposition en matière internationale ; la troisième étudie les méthodes établies dans les deux parties précédentes.

Ainsi, le champ lexical de la fiscalité internationale décrit les pays développés comme des Etats de résidence des revenus, exportateurs de capitaux. A contrario, les pays émergents étaient des Etats source de revenu, importateurs de capitaux.

905. Mais ces travaux académiques ont été échafaudées à une époque où les pays émergents ne jouissaient pas encore du plein exercice de leur souveraineté, à une époque où ils n'étaient pas des acteurs actifs des évolutions du monde économique. Pendant longtemps, comme le soulignait et l'anticipait le Professeur Griziotti, la plupart des traités *« ont été conclus entre des pays dont les systèmes fiscaux étaient inspirés de principes identiques ou analogues et qui se trouvaient dans les mêmes conditions. (...) Il n'y a pas encore d'accords entre pays se trouvant dans des situations économiques différentes et par conséquent en conflit d'intérêts sur les principes devant régir l'imposition »*⁵¹⁴.

906. La mondialisation et la globalisation de l'économie ont rendu possible l'intégration des pays émergents dans la vie des affaires. Ces deux phénomènes ont opéré une révolution structurelle dans l'organisation des entreprises multinationales, la nature et le lieu d'exercice des activités industrielles et commerciales. L'atomisation des lieux de décision perturbe l'identification de l'Etat de résidence des sièges de ces entreprises. Le tamisage des lieux d'activité modifie la perception de l'origine des revenus, et de l'Etat source au sens il est compris aujourd'hui. Ces évolutions conduisent à penser spontanément que cette construction fiscale majeure qui a traversé les siècles est obsolète. Or, il ne s'agit pas de constater sa caducité que de démontrer la porosité de cette frontière mise en lumière par les pays émergents (A), dont l'exemple souligne l'absence actuelle de sens fiscal puisqu'un même territoire pourrait être à la fois source et résidence ou en tous les cas ceux qui pouvaient être considérés comme des Etats de résidence deviennent des Etats source (B).

⁵¹⁴ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926

A/ Une construction argileuse et poreuse

907. *« Ce n'est pas par hasard que nous avons voulu réduire les principes divers, sur lesquels on a voulu baser le droit d'imposition de l'État, à ceux du « lieu de la chose » et de la « résidence du contribuable. Ces deux principes correspondent en effet aux deux principes fondamentaux de distribution des impôts qui se sont disputés alternativement à travers les siècles la législation : le principe de la réalité et celui de la personnalité. Les législateurs ont toujours eu recours aux deux concepts de chose et de personne pour répartir la charge des impôts; et dans l'histoire financière l'on rencontre une oscillation perpétuelle entre ces deux concepts extrêmes »*⁵¹⁵. Ce balancier entre deux types d'allégeance, politique ou économique, a toujours guidé la lecture que nous devons avoir des normes fiscales internationales.

908. Collusion entre allégeance politique et économique – Dans la construction de la fiscalité internationale, les principes d'allégeance économique et politique ont servi de base à la réflexion aux méthodes de répartition de la base imposable et de l'allocation des profits. Ils ont été utilisés pour justifier la différence d'approche théorique entre Etat de résidence et Etat source. Le Comité Fiscal des années 1930 pose les fondements lexicaux de la fiscalité internationale d'aujourd'hui. Un Etat de résidence ne peut se confondre avec un Etat source. Ou, en tous les cas, la source ne peut être appréhendée au sens de lieu de création de la richesse, car les pays développés assimilent la « source » des revenus au lieu qui a permis la réalisation de l'investissement générateur de création de richesse.

909. Et cette source première de revenu ne peut se situer qu'au lieu de résidence de la société qui permet cet investissement nécessaire à l'exploitation de la richesse. L'allégeance politique devint le critère de la compétence fiscale des Etats de résidence, qui adoptèrent dans leur grande majorité le principe de mondialisation de l'impôt. Alors que les pays émergents se retrouvèrent davantage dans un principe d'allégeance économique, faisant toute sa place à la source des revenus comme lieu d'imposition.

⁵¹⁵ L.Einaudi, *Coopération fiscale des Etats*, Cours à l'Académie de Droit de La Haye, volume 25, 1937

910. L'imposition des revenus d'activités industrielles et commerciales des entreprises au lieu de leur résidence puise son fondement dans une confusion entre l'allégeance économique et l'allégeance politique. L'allégeance politique repose sur le fait, que chaque Etat a le droit d'imposer en raison du lien politique qu'il crée avec les contribuables. Celui-ci puise sa légitimité dans la nationalité même du contribuable, ou constitue selon la théorie de Westlake⁵¹⁶ la contrepartie de la protection que l'Etat lui accorde.

911. A contrario, l'allégeance économique « s'appuie sur quatre considérations importantes : l'acquisition (...) auquel correspond le lieu de l'origine de la richesse ; la localisation au lieu où se trouve située la richesse ; le principe des droits juridiques au lieu où il est possible de faire valoir ses droits à la richesse ; le principe de consommation ou de l'affectation ou de la disposition au lieu de la résidence ou du domicile ». Il ajoute « Le principe de la situation et celui de l'origine ne correspondent pas toujours, car le revenu gagné dans un certain lieu devient une richesse susceptible d'être transférée dans un autre pays. (...) L'origine de la richesse peut être considérée au point de vue de la forme matérielle originale de la richesse. (...). La véritable localisation économique doit être distinguée de la localisation matérielle, qui elle nécessite l'intervention humaine » à travers « la surveillance ou la direction du travail et l'organisation au lieu d'origine, (...) le siège et la résidence du pouvoir directeur qui détermine la politique d'ensemble de la production »⁵¹⁷.

912. Le Professeur Allix soulignait qu'elle offrait contrairement à l'allégeance politique, la possibilité de venir taxer les « nationaux résidant dans leur pays d'origine, aussi bien que les étrangers. (...) Le principe que la nationalité implique, à elle seule, le devoir fiscal, même en dehors de tout lien économique avec le pays, offre en effet, souvent peu d'intérêt pratique »⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Westlake, Session tenue à l'Institut de Droit International, 1897

⁵¹⁷ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926

⁵¹⁸ E. Allix, *L'étranger et l'impôt*, Cours à l'Académie de Droit de La Haye, 1937.

913. Bien que le rapport des quatre économistes de 1923 définisse de manière très précise les contours de l'allégeance économique, autour de la production de la richesse, la possession de la richesse, ils ne privilégient pas pour autant une allégeance par rapport à une autre. Ce faisant, les économistes tout en ne partageant pas tous la même position⁵¹⁹ entretiennent la confusion entre ces deux types d'allégeance.

914. Le rapport considère en effet que la résidence constitue une des composantes de l'allégeance économique, alors qu'elle est un des fondements spécifiques de l'allégeance politique. Parmi ce « *conflit d'allégeances fiscales* »⁵²⁰, le Professeur Griziotti résume le mieux la position adoptée et laisse entrevoir la complexité de la prise de position des économistes, « *Le principe du domicile ou de la résidence permanente constitue une base d'imposition plus défendable. Il s'éloigne de plus en plus de l'idée d'une simple allégeance politique pour se rapprocher de celle de l'obligation d'ordre économique* »⁵²¹.

915. De cet amalgame entre l'adhésion à un système d'allégeance plutôt qu'un autre, et de l'absence d'exclusion de l'un par rapport à l'autre, naît la confusion entre Etat source et Etat de résidence. La deuxième partie du rapport des économistes a mis en avant le principe d'« ability to pay » pour faire le lien entre ces deux types d'allégeance.

916. Encore une fois, les remarques du Professeur Einaudi sonnent comme une prophétie « *Aujourd'hui le monde semble s'acheminer vers une application toujours plus large des concepts de personnalité* »⁵²². Celle-ci apporte aux pays émergents les fondements nécessaires à leur vision des normes fiscales internationales et présage non pas de la disparition de la frontière fiscale entre Etat source et Etat de résidence, mais d'un amalgame de ces notions. Longtemps réduits à n'être que des Etats source ne

⁵¹⁹ Les Professeurs Einaudi et Seligman formulèrent des remarques qui s'attachaient davantage à promouvoir l'allégeance politique.

⁵²⁰ G. Tixier, *Droit Fiscal International*, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1986

⁵²¹ B. Griziotti, *L'imposition fiscale des étrangers*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, Volume 13, 1926

⁵²² L. Einaudi, *Coopération fiscale des Etats*, Cours à l'Académie de Droit de La Haye, volume 25, 1937

pouvant prétendre qu'à des subsides de l'assiette, ils profitent de l'utilisation contemporaine et consensuelle du principe de l'alléance économique pour apprécier la répartition des profits. La redistribution à laquelle reste attachée les pays développés à travers le principe de pleine concurrence et les méthodes classiques de prix de transfert fait appel à une dimension plus politique de l'alléance. Elle ne leur permet plus d'asseoir pleinement leur compétence fiscale. Alors qu'ils sont devenus des Etats de résidence grâce à l'implantation sur leur territoire des sièges sociaux d'entreprises multinationales moteurs de l'augmentation des échanges commerciaux et industriels, ce critère n'est plus le canevas de la souveraineté fiscale. C'est pourtant sous ce prisme là que la distinction a pris corps et la fiscalité internationale s'est élaborée. Or aujourd'hui les pays émergents accueillent sur leur territoire des centres de décision de ces entreprises qui délocalisent leur management sans pour autant modifier l'adresse de leur siège. Ils utilisent donc à dessein la définition donnée de l'alléance politique pour exercer leur souveraineté fiscale. En même temps ils jouent sur le registre de l'alléance économique pour justifier leur compétence fiscale parce qu'ils sont également des Etats source. Les pays émergents se jouent de cette distinction entre Etat résidence et Etat source afin de satisfaire leurs intérêts. Toutefois, cette situation est conjoncturelle. Les Etats de résidence sont devenus des Etats de source. Mais l'inverse ne pourra être réalisé que si les pays émergents développent leurs propres entreprises multinationales.

B/ Dualité de source et conflit d'imposition

917. Comme rappelé précédemment, les propos introductifs au colloque de l'IFA en 2005 à Buenos Aires⁵²³ laissent entrevoir la fin de la distinction entre des pays industrialisés privilégiant l'imposition des revenus dans l'Etat de résidence et des pays en développement favorisant la taxation à la source des revenus.

918. La conjonction de plusieurs évènements comme la difficulté d'imposer les revenus dégagés par les entreprises de l'économie numérique, la concurrence fiscale que se livrent les pays développés entre eux et surtout l'intégration des pays émergents sur la

⁵²³ A. Schindel, A. Atchabahian, *Source and Residence : New configuration of their principles*, Cahiers de Droit Fiscal International, IFA, Volume 90a, 2005 Buenos Aires Congress

scène fiscale internationale, mettent à mal les canons fiscaux qui semblent d'un autre temps.

919. Cette abolition des frontières entre Etat source et Etat de résidence était cependant déjà en germe dans certains systèmes fiscaux. Dans son étude sur les principes de mondialisation et de territorialité appliquée l'un par les Etats-Unis, l'autre par la France, Nicolas Melot⁵²⁴ démontre que chacun de ces Etats emprunte un peu de ces principes, bien que leurs systèmes fiscaux aient adopté un principe unique d'imposition. A ce titre, il convient de souligner que les réformes fiscales menées ces dernières années par des pays développés insistent sur une imposition à la source des revenus⁵²⁵.

920. Même le critère du lieu de la direction effective qui semble fonder la compétence fiscale des Etats de résidence, est mis à mal aujourd'hui. En effet, l'atomisation des lieux de prise de décision rend de plus en plus difficile la détermination de ce lieu. Ainsi, tout conduit à démontrer que la compétence fiscale des Etats s'inspire davantage d'une allégeance politico-économique, ce que les pays émergents ont bien compris. En effet, mis à part les pays francophones, la majeure partie des pays émergents considérés comme Etats source ont adopté le principe de mondialisation de l'impôt.

921. La distinction entre Etat source et Etat de résidence ne conserve plus qu'une connotation économique, celle mise en lumière par les frères Musgrave entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux. Finalement, le monde fiscal s'est perdu dans un débat technique d'élimination de double imposition, sans avoir clairement posé les principes d'allocation des revenus.

922. Le Professeur Allix estimait que la problématique de la double imposition est un « *inconvenient technique, et non d'une atteinte aux normes de droit, mais d'un*

⁵²⁴ A ce titre la Réforme fiscale américaine du 31 décembre 2017, sous couvert de lutte contre l'érosion de la base fiscale accrédié encore plus cette thèse.

⁵²⁵ A ce titre, nous pouvons citer la mise en place au Royaume-Uni de la Diverted Profits Tax destinée à imposer sur son territoire des ventes réalisées par des entreprises du net alors même que celles-ci n'ont pas établi ou qu'elles ne disposent pas d'établissement stable. La loi australienne élargit sa notion d'entreprise liée et modifie la taxe sur les produits et services en estimant qu'une entreprise sera réputée être un consommateur australien si elle exploite une entreprise sans pour autant que cette-dernière y soit enregistrée au registre du commerce.

inconvenient pratique. La question est de savoir si on pourra et comment on pourra éviter cet inconvenient est une question d'opportunité, d'aménagements, et de retouches de la fiscalité qui relève des ententes internationales »⁵²⁶. Ainsi même si les actions BEPS n'ont pas vocation, comme le souligne Pascal Saint Amans à créer de nouveaux droits d'imposition, elles abordent les normes fiscales internationales sous une perspective nouvelle mais pas inconnue.

§ II Mondialisation et territorialité, la recomposition doctrinale par les pays émergents

923. Mondialisation et territorialité sont deux principes d'imposition qui présentent une importance majeure dans la mesure où chacun permet aux Etats qui ont opté pour l'un ou l'autre de mener une politique fiscale spécifique. Ce choix permet également aux acteurs d'anticiper les mesures fiscales qui pourraient être appliquées. La compétence fiscale des Etats et l'exercice de leur souveraineté se sont construits autour de ces deux principes. Ils sont indépendants des deux types d'allégeance. Cela signifie que l'allégeance économique est le corollaire ou la conséquence du principe de territorialité. Pour autant à l'heure de la mondialisation, *« ces deux principes sont mis en concurrence au sens où ils permettent de mettre en œuvre des politiques fiscales qui présentent des avantages concurrents »⁵²⁷. Pour le Professeur Weil, le territoire reste consubstantiel à l'exercice de cette compétence et de la souveraineté d'un Etat, « la société internationale s'est construite autour de la notion de territoire »⁵²⁸.*

924. Les réalités du territoire fiscal – Ainsi trois réalités coexistent, l'importance du territoire en matière fiscale, premier lieu d'exercice de la souveraineté des Etats, la

⁵²⁶ Le Professeur Allix précise « Aussi, le conflit de loi est-il, en droit international privé, quelque chose de tout différent de la situation que nous rencontrons en droit international fiscal. En droit international privé, le conflit naît (...) de l'impossibilité de superposer pour régler un même cas, deux législations dissemblables (...). En droit international fiscal, le terme de conflits de loi est au contraire impropre, car il s'agit non de loi qui se superposent, mais de lois qui se juxtaposent et la coexistence de ces lois n'a rien d'irréalisable (...). La plupart des auteurs admettent avec raison que la double imposition n'est par elle-même ni absurde ni illégitime. Il peut y avoir des raisons très valables pour que plusieurs pays réclament des impôts à la même personne, parce que certains liens la rattachent à chacun d'eux. »

⁵²⁷ N. Melot, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Ed Dalloz, 2004.

⁵²⁸ P. Weil, *Le Droit International en quête de son identité*, Cours général de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye, volume 237, 1992.

volonté d’appréhender fiscalement le contribuable sur une base mondiale, et une intégration économique de plus en plus poussée. La question, ou plus exactement la problématique que pose l’exercice de la compétence fiscale de l’Etat dans cette configuration est d’autant plus complexe, que le pouvoir normatif de chaque Etat en matière fiscale comporte intrinsèquement un élément d’extranéité qui rencontre forcément un autre système étatique⁵²⁹.

925. Sans forcément s’opposer, mondialisation et territorialité font appel à des ressorts différents. Le premier s’intéresse à l’activité qui est exercée sur son territoire, alors que le second s’attachera davantage à la personne, plus particulièrement à ses activités et ce quel que soit le lieu de leur exercice. Pour autant la doctrine juridique et fiscale les a opposés, en utilisant des critères de rattachement objectif à l’imposition du revenu. Cette opposition a contribué ou est la conséquence de l’apparition de divers courants doctrinaux (A). Mais comme le souligne Nicolas Melot « *les fondements juridiques d’une telle affirmation restent le plus souvent indéterminés* ».

926. Le plus souvent, les auteurs, et notamment les fiscalistes, se réfugient derrière une « *évidence posée comme axiome* »⁵³⁰. Le choix de tel axiome, ou de tel principe inscrit le plus souvent dans le corpus juridique interne, ne le rend cependant pas étanche à l’égard de celui qui n’a pas été choisi. C’est ce que met en exergue la pratique de la fiscalité internationale par les pays émergents (B).

⁵²⁹ J. Combacau et S. Sur, *Droit International Public*, 11^{ème} édition, LGDJ lextensoeditions. Cet élément d’extranéité est défini par les Professeurs Jean Combacau et Serge Sur comme étant « *cette qualité qui affecte une question de droit, et dont il s’agit de savoir si elle conduit à l’intervention, à la place du droit interne de l’Etat ou combiné avec lui, d’un ordre juridique étranger au sien, de quelque origine qu’il puisse être et quelque forme que prenne cette intervention. Une réponse affirmative à cette question – et peut-être même le seul fait de la poser, fût-ce pour y répondre négativement – atteste l’existence d’un problème des « rapports de systèmes », c’est-à-dire des relations entre l’ordre juridique d’un Etat et celui de chacun des autres, e de celles qu’entretiennent ceux-ci avec les ordres ayant une origine autre qu’étatique, et éventuellement l’existence de solutions résultant de l’application des règles qui constituent le « droit des rapports de systèmes* »

⁵³⁰ N. Melot, *Territorialité et mondialité de l’impôt, Etude de l’imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Ed Dalloz, 2004.

A/ Les fondamentaux doctrinaux classiques des principes d'imposabilité

Trois courants doctrinaux ont façonné les principes de mondialisation et de territorialité de l'impôt qui gouvernent la mise en œuvre des principes dominants de fiscalité internationale.

1. La théorie du lien raisonnable

927. Cette théorie puise sa source dans un courant anglo-saxon empreint de soft law, qui pose la nécessité d'établir un lien ténu tout du moins objectif entre le revenu imposé et l'autorité qui exerce cette imposition. Les Etats ne s'auto-censureraient pas, mais le droit international exercerait un pouvoir régulateur, en limitant les prérogatives fiscales des Etats. Ainsi, contrairement à la doctrine publiciste qui voit dans le droit international et notamment dans le droit fiscal international, la faculté de répartir entre les Etats le droit d'imposer, la théorie du lien raisonnable encadre les Etats.

928. D'inspiration purement privatiste, cette théorie rejette comme fondement de la compétence normative des Etats, la nationalité et le territoire. Elle justifie le lien de rattachement à travers de nombreux critères comme l'équité, le lien effectif ou encore le lien raisonnable. Le Professeur Shackelford de l'Université de Georgie rappelle les différentes jurisprudences américaines qui ont tenté de justifier le lien (nexus) entre la matière imposable et la compétence dévolue ou attribuée à un Etat.

929. Dans un cours dispensé à l'Académie de Droit International de La Haye, le Professeur Mann donne l'exemple du droit d'imposer qui nécessiterait un rattachement raisonnable entre l'Etat et la personne, la propriété ou la transaction que l'Etat cherche à imposer.

930. En France, le Professeur Manin considère que « L'Etat ne peut établir de compétence sans qu'il existe un certain rattachement entre lui et la personne ou la chose sur laquelle il exerce sa compétence ». De son côté, le Professeur Mayer estime qu'il serait difficile pour un Etat de justifier l'imposition d'un bénéfice alors même qu'aucun lien ne lui permette de le faire. Il considère que ce serait même contraire au droit

international public qu'un Etat impose un contribuable et/ou un revenu sans qu'aucun des deux n'ait un lien plus ou moins raisonnable avec lui.

931. Cette théorie du lien raisonnable, ou du « nexus fiscal » pour certains auteurs, a été clairement transposée dans le droit interne de certains pays émergents comme l'Inde, qui l'a intégré à la Section 9 de son code fiscal, en y développant toutefois une conception très large du lien raisonnable. Pour autant ces pays promoteurs de courant se gardent bien de rejeter in extenso la totalité des fondements décrits supra.

932. En ne donnant pas de critères clairement objectifs et définis, cette théorie de construction doctrinale est sujette à de nombreuses interprétations. Foncièrement dépendante de l'évolution économique, le nexus fiscal est sujet à évoluer et ne peut être interprété que de façons aléatoires selon que les économies sont sous dépendance ou non. Parce que souple, elle influence les instances internationales en charge d'élaborer et de construire les standards fiscaux, mais elle est également partagée par des pays en quête de revenus.

2. La théorie territorialiste

933. Le Professeur Tixier dans son ouvrage précédemment cité expliquait que le champ d'application d'un impôt et a fortiori la compétence d'un Etat se construisait autour de quatre critères essentiels, « à savoir (...) *la matière imposable (rationae materiae), la personne du contribuable (rationae personae), le temps (rationae temporis) et l'espace (rationae loci)* ». L'histoire a montré que la compétence fiscale s'exerçait en premier lieu sur son territoire. En effet, les premiers arrivants commerciaux sur un territoire devaient s'acquitter d'un droit fiscal sur le territoire duquel ils utilisaient la matière servant de base à leurs profits.

934. Les frontières sont conçues comme étant l'espace d'intervention légitime de l'Etat. Il est par conséquent tout à fait fondé à y exercer sa compétence normative. En même temps que cette théorie légitime la compétence fiscale des Etats au sein de ses frontières et lui attribue l'imposition des revenus qui y sont générés, elle en limite de facto son étendue. En effet, cette prérogative ne saurait s'exercer en dehors de ses frontières, au risque de violer la souveraineté d'un autre Etat et d'enfreindre le droit

international. Le territoire devient par conséquent le critère de rattachement exclusif en matière d'allocation des profits.

935. De nombreux Professeurs ont cautionné cette théorie, au premier rang desquels le Professeur Trotabas pour qui « *Le principe de la territorialité de la loi fiscale rend cette loi exécutoire sur tout le territoire français : elle oblige ceux qui habitent le territoire et régit tous les biens, meubles et immeubles, qui se trouvent sur ce territoire. Son application s'arrête donc à la frontière* ». Le Professeur Cartou affirme de son côté que « *Ce que l'on appelle territorialité de l'impôt est constituée par les règles, les principes qui déterminent l'aire géographique d'application de l'impôt* ». Un Etat pourrait donc imposer seulement et uniquement les revenus générés sur son propre territoire.

936. L'article 209 I du Code Général des Impôts en France pose très clairement ce principe en ce qu'il dispose que « *les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés...en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* ». La majeure partie des anciennes colonies françaises essentiellement les Etats africains ont adopté ce principe. Cela ne préjuge cependant pas d'une conception différente de l'allocation des revenus entre ces pays émergents et leur ancien tuteur.

937. Dans le contexte de concurrence fiscale actuelle et d'économies ouvertes, cette théorie semble minimaliste et restrictive. En outre, pour Nicolas Melot, elle semble procéder à « *une confusion classique, ou plutôt un amalgame récurrent, entre la compétence normative et la compétence exécutive, seule cette dernière étant territoriale. La compétence normative n'est territoriale ni en droit public, ni en droit privé* »⁵³¹.

⁵³¹ N. Melot, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Ed Dalloz, 2004.

3. *La théorie réaliste*

938. Cette théorie est la plus extrême, puisqu'elle considère que la compétence fiscale dévolue aux Etats se trouve être illimitée. Ses défenseurs estiment que les modèles de conventions fiscales ne sont que des engagements politiques, même si les conventions sont par elles-mêmes du droit positif, elles traduisent une certaine politique fiscale.

939. Force est cependant de constater que les Etats ne s'octroient pas une compétence pleine et entière dans la mesure où ils reconnaissent aux autres la faculté de pouvoir imposer. La mise en place par ailleurs d'un système de crédit d'impôt permettant aux contribuables d'un Etat de résidence de pouvoir récupérer l'impôt établi à la source sur un même revenu, démontre qu'il y a une certaine auto-limitation à la taxation des revenus.

940. En marge du débat doctrinal, les mécanismes de crédits d'impôt de droit interne et conventionnel, permettent de limiter, voire d'éliminer les conséquences des doubles impositions. Ces mécanismes légitiment en quelque sorte la théorie réaliste de la compétence normative, et démontrent que la compétence fiscale des Etats ne présume pas de l'allocation des revenus à un Etat plutôt qu'à un autre.

941. Mais cette mesure n'en demeure pas moins une décision unilatérale de chaque Etat qu'aucune règle internationale n'impose. Cette auto-censure a également pour autre objectif, de ne pas imposer des personnes qui, soit n'auraient pas d'attaches territoriales avec eux, soit ne disposeraient pas de liens suffisants permettant de justifier l'imposition.

942. Ainsi, chacune de ces principales théories fiscales peut permettre de déterminer la localisation des revenus à l'Etat de la source ou à celui de la résidence, et de justifier la compétence normative de l'Etat considéré.

943. Depuis la fin de la Première Guerre Mondiale, la répartition de cette compétence permettait d'éliminer toutes problématiques de double imposition. Cependant, le débat se réduisait à une divergence d'approche entre pays développés, ceux privilégiant la territorialité de l'impôt et ceux imposant le revenu mondial des entreprises.

944. Le débat ne porte plus tellement sur le lien entre allocation des profits et élimination des doubles impositions. Il ne s'agit plus de savoir si la compétence normative, qui trouve son fondement dans un critère objectif ou pas, permet d'éliminer les risques de double imposition. Le lien existe de toute évidence, mais ce sont deux problématiques bien distinctes.

945. La volatilité de la matière imposable dans un monde global régénère le débat doctrinal. La détermination de la source des revenus conditionne la compétence fiscale normative dévolue aux Etats. La question est désormais celle de savoir quel Etat a plus de légitimité qu'un autre de taxer des revenus parce que ceux-ci y puisent plus ou moins leur source.

946. C'est sous ce prisme que le débat doctrinal prend, une autre dimension en ce début de XXIème siècle, avec l'accélération de la mondialisation et l'émergence d'un monde de plus en plus global au sein duquel la souveraineté des Etats, au sens classique, est de plus en plus malmenée.

947. Le système fiscal international oscille entre ces différents courants doctrinaux. Il emprunte peut-être davantage à la théorie du lien raisonnablement objectif qui repose sur une vision mondialiste de l'imposition tout en retenant une conception territoriale du rattachement objectif. Les pays émergents dont l'assise fiscale s'est réduite comme peau de chagrin sont l'incarnation de ce panel doctrinal. Ils empruntent in fine, un peu à chacune de ces théories pour dessiner le nouveau visage du territoire fiscal.

B/ Le nouveau visage du territoire fiscal selon les pays émergents

948. Le comportement des pays émergents souligne la relativité de ces débats doctrinaux. Aucun ne s'attache de façon exclusive à l'une plutôt qu'à une autre. Ils tracent pour autant une ligne commune. Il s'agit de leur attachement à imposer toute activité qui impacte de près ou de loin leur territoire. A ce titre, ce sont les préceptes de la théorie du lien raisonnable qu'ils incorporent à l'instar dans leur droit positif. Mais ils peuvent privilégier en même temps à l'instar de la Chine une conception plus réaliste de la fiscalité internationale sur la vie des affaires.

949. La définition du territoire fiscal, du Professeur Chrétien apparaît comme d'un autre temps : « *L'Etat a un territoire propre et une souveraineté propre. Il jouit de la souveraineté territoriale. Jusqu'à l'extrême limite de ses frontières qu'il ferme par des barrières douanières, il est maître absolu en matière fiscale (...). C'est dans sa souveraineté territoriale que l'Etat trouve l'unique source de son pouvoir d'imposition qui est ainsi illimité (...). En matière d'impôts, l'Etat jouit d'un pouvoir absolu au-dedans de son territoire tandis qu'il ne jouit d'aucun pouvoir en dehors de son territoire-sous réserve, bien entendu, des accords internationaux qu'il a contractés* »⁵³². La globalisation de tout produit d'impôt, la nouvelle économie du partage, l'approche holistique de la gouvernance des entreprises, mais également du processus de production et de création de richesse, redessinent le territoire fiscal.

950. La compétence fiscale élargie des pays émergents – A chaud, ces diverses évolutions laissent à penser que le principe de mondialisation de l'impôt s'avère être finalement le seul chemin qu'il serait judicieux que les Etats empruntent afin de limiter l'érosion de leurs bases fiscales. La quasi-totalité des pays émergents l'ont d'ailleurs adopté⁵³³. A priori cette adoption fait écho au principe d'allégeance politique. Mais ils ajoutent une dimension économique. Ainsi, cette allégeance « politico-économique » leur permet d'exercer une compétence fiscale illimitée, en droit, sur des résidents ou nationaux, qui ont un lien raisonnablement objectif avec leur pays.

951. Intrinsèquement ce principe s'inscrit dans l'application extraterritoriale du droit fiscal d'un Etat, à des situations fiscales qui ne semblent pas a priori relever de sa compétence fiscale. La pratique de la fiscalité internationale par les pays émergents met en exergue non seulement une mise en œuvre de plus en plus stricte et littérale de ce principe mais également une volonté d'imposer une part de l'assiette fiscale qui, dans le cadre d'une application conservatrice des principes dominants de fiscalité internationale, leur échapperait.

⁵³² M.Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers Etats*, R.C.A.D.I, 1954-II,t.86, p15.

⁵³³ Il convient de noter que parmi les pays émergents, anciennes colonies françaises et qui ne font pas l'objet ici de l'étude, ont quant à eux transposé le principe de territorialité.

952. Pour autant, cette politique fiscale actuelle ne s’inspire pas seulement de la stricte mise en œuvre de ce principe de mondialisation. En premier lieu, elle résulte d’un constat, celui de l’inadaptation des principes de territorialité et de mondialisation⁵³⁴. La manifestation de la compétence fiscale ne se conforme plus à l’adoption d’un de ces deux systèmes. Surtout, ils n’empêchent pas un Etat de rencontrer la compétence d’un autre. Au mieux, cette situation génère une situation de double imposition, réglée par les mécanismes de crédit d’impôt ; au pire, elle crée des situations de conflits juridiques qu’une sorte de « convention de Bruxelles » fiscale ne saurait régler.

953. La dynamique extraterritoriale déployée par les pays émergents à travers l’application unilatérale de leurs propres règles de droit fiscal, ou encore de leur perception des principes de fiscalité internationale résulte de la combinaison de ces deux principes de mondialisation et de territorialité.

954. A l’instar des propos de Nicolas Melot concernant les systèmes français et américain, ces principes ne peuvent être exclusifs l’un de l’autre. Le système américain est le premier Etat à avoir élaborer son système fiscal sur la base du principe de mondialisation⁵³⁵, comme le souligne F. Walker dans le rapport de la Commission fiscale de New York en 1872 « *la pratique de taxer la propriété située en dehors du territoire et de la juridiction d’un Etat, par le seul fait que le propriétaire est un citoyen*

⁵³⁴ Nicolas Melot dans son étude sur la mise en œuvre de ces principes en France et aux Etats-Unis, dresse ce constat d’inadaptation en démontrant leur caractère extraterritorial. « Les doctrines fiscales américaine et française sont en quelque sorte unanime à condamner l’inadaptation de ces principes. Elles le font surtout eu égard au caractère extraterritorial de chacun de ces principes. « *N’a-t-il pas été en effet affirmé par la doctrine américaine que la branch tax (impôt de distribution) française serait extraterritoriale ? Les gouvernements européens n’ont-ils pas condamné l’imposition unitaire (unitary taxation) retenue par certains Etats fédérés d’Amérique comme étant extraterritoriale ? Les règles américaines et françaises de lutte contre l’évasion fiscale ne conduisent-elles pas à des impositions extraterritoriales ? Ces accusations d’extraterritorialité de l’imposition révèlent la volonté des Etats de sortir du cadre de leurs compétences afin d’adapter leurs principes et règles d’imposabilité, notamment des revenus des sociétés de capitaux, au phénomène de la mondialisation de l’économie. En effet, face à ce phénomène qui entraîne la croissance des échanges internationaux et la localisation éparse des activités des sociétés, les souverainetés étatiques s’exaltent afin à la fois de développer ce phénomène de mondialisation et de protéger leurs ressources fiscales. Et plus largement ne faut-il pas condamner le principe même de mondialité de l’imposition des bénéfices des sociétés, dans la mesure où il entraîne une imposition extraterritoriale de ces revenus et donc « une application extraterritoriale de la législation fiscale nationale » (L. KOPELMANAS, L’application du droit national aux sociétés multinationales). » Nicolas Melot, *Territorialité et mondialité de l’impôt, Etude de l’imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Ed Dalloz, 2004*

⁵³⁵ Il convient de souligner le fonctionnement institutionnel et juridique des Etats-Unis, constitué de différents Etats disposant eux-mêmes d’une certaine compétence fiscale les contraignant à envisager leur propre système fiscal interne comme la juxtaposition de différents Etats. C’est cette particularité qui les ont conduit à adopter le principe de mondialisation au sein même de leur Confédération, et de mettre en œuvre un système de retenue à la source et de crédit d’impôt, mécanismes qui ont inspiré les principes dominants de fiscalité internationale.

ou un étranger résident ». Mais il compose avec le principe de territorialité. Il en est de même du système français qui bien que privilégiant le principe de territorialité, accorde une certaine place au principe de mondialisation.

955. Ainsi initié par les pays émergents le système fiscal international assiste à l'apparition d'une mécanique hybride généralisée, associant ces deux principes de territorialité et de mondialisation. Ce mouvement nouveau démontre l'actualité du Rapport des quatre économistes qui soulignait en 1923 « *Une étude de l'ensemble des domaines de la fiscalité récente montre à quel point les gouvernements sont totalement dominés par la volonté de taxer l'étranger. Il semble clairement instinctif de fixer des principes généraux selon lesquels l'origine doit être considérée comme de première importance et la résidence comme une importance "secondaire"* »⁵³⁶.

956. La globalisation exacerbe ce mouvement et démontre que les pays émergents éclairent d'une lecture nouvelle des principes. Ils apparaissent davantage comme antagonistes ou en concurrence. Au contraire leur combinaison permet le cas échéant de diminuer l'érosion des bases fiscales. Elle confirme surtout que « *les souverainetés étatiques s'exaltent afin à la fois de développer ce phénomène de mondialisation et de protéger leurs ressources fiscales* »⁵³⁷.

957. L'émancipation fiscale progressive des pays émergents les conduit à revenir de manière stratégique aux fondamentaux posés par les experts économistes et fiscaux de l'entre-deux guerres, et présente la souveraineté fiscale comme la conjonction entre « *une autonomie technique et une exclusivité d'application* »⁵³⁸.

⁵³⁶ Archives SDN Rapport des Economistes de 1923

⁵³⁷ N. Melot, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Ed Dalloz, 2004

⁵³⁸ G. Tixier, *Droit Fiscal International*, Que sais-je ?, Presse Universitaire de France, 2^{ème} édition 1995.

Conclusion Titre I

958. Longtemps la fiscalité internationale a travaillé à la détermination du profit des entreprises multinationales en assimilant celui-ci au revenu. Les pays émergents ont remis cette notion au cœur des problématiques de la nouvelle grammaire fiscale internationale. En procédant ainsi, ils démontrent à la fois une forme d'inadaptation des critères d'identification de l'activité aux formes nouvelles d'exercice des affaires, mais également leur importance sur la scène fiscale internationale puisqu'une grande partie de la réflexion fiscale actuelle s'ordonne autour de problématiques parfois légitimes qu'ils soulèvent et de leurs propres intérêts qu'ils imposent quelquefois à la table des discussions fiscales. La répartition de la base imposable constitue un élément constitutif de l'exercice de la compétence fiscale des Etats. Elle est sous-jacente à la collecte de l'impôt, qui est elle-même consubstantielle à la souveraineté des Etats. La lecture des pays émergents de la fiscalité internationale traduit les réticences qui couvaient depuis longtemps. Elles peuvent paraître parfois opportunistes, mais s'avèrent souvent fondamentales. Elles s'expriment à travers la délimitation entre certaines notions fondamentales du corpus fiscal international ou bien à l'égard des méthodes de redistribution. Elles traduisent surtout une conception nouvelle, et relativise les principes et pratiques fiscales qui gouvernaient jusqu'à présent la vie des affaires. Elles nous font entrevoir une nouvelle lecture de la grammaire fiscale internationale. Les nouvelles méthodes de ventilation, inspirées pour beaucoup par une vision économique, offrent certes une nouvelle perspective d'une répartition plus juste entre Etats, ou tout du moins plus conforme à la réalité de la vie des affaires. Mais ces systèmes d'allocation ne permettent pas pour autant d'assurer pleinement une répartition équitable. Celle-ci dépend encore une fois du prisme sous lequel ces méthodes sont envisagées.

959. La volonté d'appliquer les mêmes méthodes de prix de transfert aussi bien au revenu qu'au profit brouille la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale. Cela fissure le consensus établi jusqu'à présent entre pays émergents et pays développés. Même si l'apport d'un nouveau critère, la création de valeur a pour vocation de clarifier la manière dont l'assiette fiscale doit être répartie, il accentue les disparités d'interprétation. Le positionnement des pays émergents nécessite de repenser la qualification des rémunérations perçues entre entreprises liées exerçant leur activité

sur leur territoire. La frontière entre redevance et rémunération de services est tenue, mais celle qui existe entre revenu et profit, relève d'un problème d'interprétation des notions. Alors que la communauté fiscale internationale évoque un partage de profits, les pays émergents s'attachent à évoquer une répartition des revenus. Ce partage ne peut cependant être conçu selon les formes d'activités utilisées jusqu'à présent. A l'heure où l'on assiste à une globalisation des revenus et une atomisation des activités industrielles et commerciales, les législations des pays émergents apparaissent en adéquation. C'est ainsi que l'implication de ces pays dans cette nouvelle grammaire fiscale internationale, révèle la relativité de la Souveraineté des Etats. Tous les pays deviennent plus ou moins, à une échelle plus ou moins grande des pays source.

960. Le territoire fiscal ne se limite plus aux frontières physiques, et la souveraineté ne s'exerce plus aux confins de celles-ci. L'extraterritorialité fiscale devient un paramètre que maîtrisent les pays émergents, les plus développés. Comme le décrit le Professeur Gutmann « *Le droit fiscal n'échappe pas, dans une certaine mesure, à l'évolution générale du droit contemporain : celui-ci délaissant les beautés de l'abstraction, se veut plus concret, plus réaliste, plus individualisée. (...) La réflexion sur l'impôt consiste à penser la justice dans un espace fiscal différent de celui délimité par des souverainetés nationales. (...) Le marché fiscal ne serait plus une métaphore, mais bien une réalité. Où l'on voit poindre l'idée qu'une justice fiscale doit s'instaurer, non seulement entre contribuables d'un même Etat, mais bien entre contribuables d'Etats différents. Où l'on voit aussi que les critères d'appréciation de la justice fiscale sont définis, non plus seulement à l'intérieur des Etats, mais également de l'extérieur* »⁵³⁹. C'est pour cette raison que la gouvernance devient un enjeu majeur et place les pays émergents au cœur de cette actualité.

⁵³⁹ D. Gutmann, contribution « L'Impôt », « Du droit à la philosophie de l'impôt », Archives de philosophie du droit, Tome 40, Dalloz, 2002.

TITRE II – UNE GOUVERNANCE FISCALE EN RECOMPOSITION

961. La gouvernance tient une place importante dans la grammaire fiscale internationale. Elle est le réceptacle de la fabrique du droit. C'est en son sein que les principes dominants de la fiscalité internationale prennent corps et se façonnent, faisant de cette matière une sorte de droit vivant⁵⁴⁰.

962. L'influence comme mode de gouvernance – Il n'y a jamais eu autant besoin d'une gouvernance fiscale forte et assumée qu'au cours de cette période. Dans un monde régi par des Etats-nations autonomes, soucieux de préserver leur indépendance fiscale, et leur faculté d'action dans ce domaine, il peut sembler incongru, d'évoquer une quelconque façon de gouverner au niveau mondial une matière qui relève de la compétence exclusive des Etats. Ce néologisme est cependant utile parce qu'il permet de réfléchir aux modes de gouvernement appliqués à la fiscalité internationale et à la place des pays émergents. On confère souvent au terme gouvernement une connotation centralisée, qui est susceptible d'en affecter la compréhension et de susciter la réticence des pays émergents à abandonner une partie de leur souveraineté.

⁵⁴⁰ La nature juridique de la fiscalité internationale a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. La fiscalité internationale apparut en tant que matière juridique, à la fin du XIX^{ème} siècle. Elle a une double nature juridique. Elle est une branche du droit international, en ce sens qu'elle contient autant de notions élaborées par des instances internationales, tirant leur légitimité des Etats qui les fondent, au premier rang desquelles, la Société des Nations, ancêtre de l'Organisation des Nations Unies, ou encore et surtout à l'heure actuelle, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE). Ce droit international fiscal a élaboré un florilège de principes : territorialité, mondialisation de l'impôt, prix de pleine concurrence ; de concepts : bénéficiaire effectif, substance ; de mécanismes de retenues à la source, d'élimination de double imposition, adoptés par l'ensemble des régimes fiscaux à travers le monde. Car en effet, le droit international fiscal est un droit d'Etats-Nations, soucieux plus encore dans le domaine fiscal de préserver leur souveraineté, enclins à conforter et développer l'attractivité de leur territoire dans un univers économique mouvant, incertain, dont il devient aujourd'hui « banal de constater l'internationalisation des affaires et l'interdépendance grandissante des économies » comme le souligne Bruno Gouthière. Ainsi se dessine l'autre nature juridique, première, de la fiscalité internationale, qui veut que l'on appréhende la matière comme étant « La projection du droit interne sur le plan international » à l'instar de la définition donnée au droit international privé par le Professeur Etienne Barbin. La fiscalité internationale devrait être alors appréhendée, comme étant une multiplicité de droits fiscaux internationaux propres à chaque Etat, ou encore « une juxtaposition et au mieux une coordination d'ordres juridiques nationaux, dont chacun le traduit pour une bonne part souverainement » ayant à la fois une approche commune des concepts définis par des instances internationales, mais une interprétation par certains égards différentes de ceux-ci (Berthold Goldman, Jurisclasseur Fasc5, Introduction – Jurisclasseur Droit International, date de parution 01/03/1960). Les Etats, les contribuables, dont les entreprises multinationales sont ceux qui sont le plus confrontés aux complexités fiscales, ou encore les Instances Internationales, doivent jongler avec plusieurs systèmes fiscaux qui comme le souligne le Professeur Tixier présentent à la fois une « autonomie technique » qui est celle de définir les règles d'assiette et de recouvrement et une « exclusivité d'application » puisque cette autonomie technique se cantonne à un territoire déterminé. Ce qui fait dire à certains que « La fiscalité n'est pas internationale ». G. Tixier, Droit Fiscal International, Que Sais-je ? Editions Presses Universitaires de France ; Eléments de Droit Fiscal, édition Bruylant, 2015.

963. Cette problématique pourrait apparaître pour certains comme superfétatoire, notamment dans le domaine fiscal. Sous la houlette de l'OCDE et de son comité des affaires fiscales, la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale, et leur application dans le droit interne des Etats, s'exerceraient par un jeu d'influence, et de mimétisme.

964. Ce mode de fonctionnement permettrait une forme d'autogestion dans la mise en œuvre de ces principes. D'une part, aucun pays ne peut aujourd'hui concevoir sa politique fiscale en faisant abstraction de ces principes. D'autre part, aucun d'entre eux ne peut élaborer sa stratégie fiscale internationale sans se soucier de ce que les autres pays peuvent élaborer ou transposer.

965. Ce fonctionnement ne peut cependant apparaître comme un système de gouvernance. Mais il n'est que la traduction de la nature juridique de la matière. C'est un droit mou, qui s'impose sans s'imposer. Seules les conventions fiscales conclues sur la base du modèle OCDE et avec elles le cortège de commentaires, d'interprétations lui donne une valeur juridique impondérable. Même si le nombre d'engagements fiscaux internationaux ratifiés par les pays émergents reste faible, les principes OCDE irriguent leurs législations. Ils s'y réfèrent souvent explicitement pour étayer leurs positions, qu'elles soient l'expression d'une convergence ou d'une divergence.

966. Des fondations solides et des structures fragiles – Cette situation alimente différentes tendances contradictoires qui fragilisent le fonctionnement et la pérennité de la fiscalité internationale. L'interdépendance accrue des économies, exacerbe la compétition et fait le lit à une concurrence fiscale entre Etats. Ce droit mou conçu et maintenu en l'état pour irriguer et imprimer profondément la fiscalité des Etats devient alors un objet de manipulation et un sujet de transformation pour des pays émergents, attentifs à préserver leurs bases fiscales et, le cas échéant, à les élargir.

967. Pour autant la position ambiguë des pays émergents met à la fois en relief l'assise profonde des fondations de la fiscalité internationale et révèle leur nécessaire implication dans les structures fiscales internationales. La fiscalité internationale ne peut se gouverner par la simple adhésion à des principes qui sont eux-mêmes sujets à

caution. Pour minimiser et atténuer cette tendance, l'OCDE semble vouloir inscrire les principes dominants de fiscalité internationale dans une sorte de droit dur, qui s'imposerait aux pays. C'est en filigrane l'objectif de la Convention Multilatérale signée en 2015. L'énergie déployée pour redessiner les contours de la grammaire fiscale internationale afin d'y associer les pays émergents exclus jusqu'à présent, leur permet de jouer un rôle non négligeable. L'esprit de cet instrument multilatéral est de donner davantage de force juridique aux engagements fiscaux et d'y associer les pays émergents. De ce fait, il place la gouvernance fiscale au cœur de la nouvelle grammaire fiscale.

968. Depuis l'élaboration des principes dominants de la fiscalité internationale il n'existe pas de cadre juridique institutionnel dédié. Cette absence n'a cependant pas été préjudiciable aussi bien à l'élaboration des principes dominants, qu'à leur mise en œuvre. Les diverses institutions internationales pré existantes se sont ainsi efforcées à délimiter un cadre fiscal spécifique en leur sein. Mais ce fonctionnement repose davantage sur une coopération intergouvernementale. A l'origine, et encore aujourd'hui, la crédibilité et la légitimité de ce système dépend juridiquement d'une délégation accordée par les Etats membres de l'organisation internationale.

969. Il en est ainsi depuis le milieu des années 1920 avec le comité des affaires fiscales puis celui de l'OCDE sous diverses dénominations. Ces diverses instances ont tenté de définir un ensemble de procédures qui vont de l'adoption de rapports sur un thème spécifique admis par l'ensemble des pays membres, à la définition de normes et de bonnes pratiques, ou encore à la mise en œuvre d'outils communs.

970. Cette époque apparaît comme révolue. Il est désormais indispensable que les pays émergents, Etats non-membres de l'organisation internationale principale en matière de fiscalité, soient associés aux travaux, à l'élaboration de ces principes dominants de la fiscalité internationale. Leur contribution est d'autant plus nécessaire que les travaux du comité des affaires fiscales de l'OCDE, est accueilli avec parfois une certaine réticence.

971. Celui-ci a cependant fait preuve d'adaptation. En 1997, il a ouvert la possibilité aux pays non-membres, donc aux pays émergents, d'apposer leurs commentaires aux interprétations du modèle de convention OCDE. De son côté, depuis les années 2000, l'ONU a accentué son travail en matière de fiscalité internationale pour, d'une part, faire entendre une autre voix fiscale que celles des pays développés, et d'autre part, proposer des solutions de compromis, à partir des interprétations du modèle du Palais de La Muette.

972. De nouveaux débats sont apparus, autour notamment de la création de valeur et du partage des profits. Ils ont contraint les instances fiscales internationales à repenser l'objectif des principes dominants de fiscalité internationale. Ceux-ci ne peuvent plus se limiter à éliminer les doubles impositions. Ils doivent accompagner la répartition de l'imposition des éléments source de création de valeur, tout en formalisant un consensus permettant aux Etats de trouver, à leur mesure, des outils de lutte contre les abus fiscaux en tous genres.

973. Ces évolutions exigent l'adhésion de pays, qui ne participent aujourd'hui qu'indirectement à l'élaboration des principes de fiscalité internationale, et désireux d'y être plus intégré. Le travail des actions BEPS devait permettre à tous les Etats, à travers une méthode inclusive de pouvoir s'approprier les principes proposés, les amender eu égard à leurs propres intérêts et les transposer dans leur droit interne. La signature de la Convention multilatérale constituait le point ultime de cette dynamique, en les transposant dans le droit interne de chaque Etat.

991. Ces efforts n'ont pourtant pas permis de juguler les différences d'interprétation et de combler les diverses applications de principes fiscaux pourtant acceptés de manière consensuelle. Mais paradoxalement, chaque acteur institutionnel prend conscience de la nécessité de préserver une certaine coopération entre OCDE/pays développés et pays émergents. C'est également autour de cet équilibre que la grammaire fiscale internationale se redessine. Elle doit cependant faire face à une mutation permanente, et la question se pose de savoir si une instance universelle a la capacité d'absorber ces évolutions et de faire consensus entre pays aux aspirations disparates ou bien s'il n'est

pas temps pour le comité des affaires fiscales de l'OCDE de devenir pleinement autonome et délié de toutes considérations autres que fiscales.

974. La gouvernance fiscale doit répondre à un triple mouvement fiscal, politique avec l'interdépendance des politiques fiscales nationales, de substance, et d'espace avec l'élargissement du champ géographique de sa politique à des pays non-membres.

975. Pour autant, la volonté des pays émergents de participer à l'ordre fiscal international qui se dessine est bien réelle. « *La gouvernance mondiale exerce une influence sur l'économie des pays les moins avancés de deux façons, d'une part à travers ses effets sur l'économie mondiale, dont les pays moins avancés sont tributaires, d'autre part du fait qu'un certain nombre de décisions internationales concerne directement les pays moins avancés. C'est le cas en matière commerciale et en matière financière* »⁵⁴¹. Ceux-ci ont pris part au cadre inclusif⁵⁴² proposé dans le cadre des actions BEPS, et ont également signé, dans leur grande majorité, la convention multilatérale. Leur choix de participer à la rédaction d'une nouvelle grammaire fiscale internationale est assumé.

976. Pour que ce choix soit durable, il ne suffit pas seulement que le consensus fiscal leur apporte des bénéfices, encore faut-il qu'il soit plus avantageux que les gains induits par la concurrence fiscale. Les finalités nouvelles d'un partage juste et équitable des sources de création de valeur, ne doivent pas non plus se limiter à des incantations. Mais les outils juridiques de mesure et d'allocation doivent être approuvés de manière uniforme. Enfin, et surtout, il est important que les institutions qui portent ces changements soient perçues comme légitimes.

977. La question est de savoir s'il faut élargir le champ de compétences des institutions déjà existantes ou bien les recentrer sur leurs missions initiales. Est-ce qu'il ne serait

⁵⁴¹ Conseil d'analyse économique, Gouvernance mondiale, Contribution de P. Guillaumont et S. Guillaumont-Jeanneney « Les pays moins avancés et la gouvernance mondiale », La Documentation Française, 2004

⁵⁴² Au sommet de Hangzhou du 5 septembre 2016, les dirigeants du G20 ont salué la mise en place de cadre inclusif initié par l'OCDE : « *Nous saluons la mise en place du Cadre inclusif G20/OCDE sur le BEPS et sa première réunion à Kyoto (...) Nous nous félicitons également des progrès réalisés dans la mise en œuvre effective et universelle des normes internationalement admises sur la transparence fiscale* ».

pas plus pertinent d'avoir une institution plus spécialisée, qui tire sa légitimité d'un mandat précis confié par un maximum de pays, de tous horizons et de son obligation à en rendre compte ? Au contraire, les Etats ne recherchent-ils pas ce statu quo, incarné par le fonctionnement d'organisations, telles que l'OCDE ou l'ONU ? Elles tiennent leur légitimité d'une volonté politique marquée et de leur faculté à traiter les problèmes au fur et à mesure de leur apparition. Pour les Etats, ce système leur garantit de conserver un contrôle sur la confection des principes dominants de fiscalité internationale.

978. La recomposition de la gouvernance fiscale internationale doit répondre à ces interrogations. Elle requiert un positionnement clair des pays émergents pour maintenir la pérennité de l'ordre fiscal international, et garantir leur place parmi les rédacteurs de la nouvelle grammaire fiscale internationale. Cette absence de choix fragilise la gouvernance fiscale et la rend disparate (Chapitre I), au point de mettre en péril l'équilibre du paysage fiscal international (Chapitre II).

Chapitre I Disparité de la gouvernance fiscale et Pays Emergents

979. Jusqu'à présent, les principes dominants de la fiscalité internationale ont accompagné aisément et de façon cohérente la mondialisation de l'économie. Les acteurs de la vie fiscale des affaires internationales avaient trouvé un mode opératoire de gouvernance, qui permettait de garantir la plus ou moins bonne application de ces principes, sans qu'ils soient remis en cause dans leur fondement même.

980. Le phénomène de globalisation modifie quelque peu la perception de la pratique fiscale des affaires internationales. En même temps ces dynamiques impactent le système de gouvernance. Comme nous l'avons évoqué précédemment, la place des problématiques de fiscalité internationale dans le protocole institutionnel international était limitée. A l'origine, ce ne sont pas les instances internationales installées qui s'en sont emparées. En effet, dès 1919, la Chambre de Commerce Internationale alertait de l'importance du sujet et de la nécessité de l'adresser parmi les priorités de la Société des Nations.

981. L'instauration, pendant l'entre-deux guerres, d'une commission fiscale entièrement dédiée prit un certain temps. La résolution des questions de double imposition fut confiée à une sorte de comité ad hoc d'économistes, chargé d'y réfléchir. Les économistes anticipaient déjà, à la fin de leur rapport, publié en 1923, l'importance d'associer à ces problématiques, des pays encore « semi-développés », appelés à devenir des Etats industriels de premier ordre⁵⁴³.

982. C'est peut-être pour anticiper cette évolution et par la suite pour atténuer son influence fiscale, qu'un comité d'experts fut mis en place en 1923. Toutefois, le positionnement de ce comité révélait soit le peu d'importance accordée à la matière, soit la crainte de ne pas maîtriser suffisamment les conséquences de ses décisions. C'est la raison pour laquelle il se retrouva sous la coupe du comité financier. Celui-ci supervisait les travaux du comité des experts et décidait les sujets qui devaient être

⁵⁴³ SDN, Comité financier de la SDN, Rapport des économistes, Archives SDN, Genève 3 Avril 1923

présentés au conseil de la Société des Nations. Le rattachement direct du comité des années 1920 au conseil se fit contre la volonté du comité financier⁵⁴⁴. Ce n'est qu'en 1930 qu'un véritable comité fiscal fut installé, à la demande expresse du comité des experts, dans les conclusions aux modèles présentés en 1927 et 1928.

983. Cela révélait surtout la dimension politique de ces sujets. Pour l'heure le traitement de la matière resta confiné à un rôle subalterne au sein d'instances internationales. Celles-ci étaient par ailleurs chargées de résoudre les problèmes de double imposition et non d'apporter une solution à l'ensemble des problématiques fiscales qui se posent au fonctionnement des affaires internationales. La matière fiscale conservera pendant longtemps cette place secondaire au sein des instances internationales.

984. L'Organisation des Nations Unies, à qui revenait la charge de succéder à la Société des Nations et de récupérer les travaux des différents comités fiscaux de l'entre-deux guerre, n'a pas pu ou su s'emparer du sujet. Encore une fois, l'avenir de la fiscalité internationale allait se décider en dehors du cadre institutionnel qui lui était normalement dévolu. C'est l'OCDE, qui dès sa création s'appropriera cette compétence. Mais elle le fit par défaut et également par intérêt long terme. Elle apparaît désormais comme le lieu où les principes de fiscalité internationale se conçoivent, s'élaborent, au point de « phagocyter » selon les propos de Pascal Saint Amans pas seulement un modèle mais toute autre institution désireuse d'y apposer sa marque⁵⁴⁵. Cette situation nourrit parmi les pays émergents un sentiment d'exclusion en raison de l'influence omnipotente qu'exerce une institution à laquelle ils n'appartiennent pas. Juridiquement, cette situation voire ce sentiment peut s'assimiler à la notion de capture, qui « *exprime l'idée d'une influence indue sur un processus normatif d'une intensité telle que celui-ci va être détourné de son but initial pour satisfaire des intérêts*

⁵⁴⁴ M. Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, R.C.D.A.I. 1954-II, tome 86.

⁵⁴⁵ Il convient de souligner que même la Directive ATAD élaborée par la Commission Européenne, s'inspire fortement des dispositions de l'OCDE en matière de lutte contre les abus.

spécifiques. La capture désigne une influence abusive d'un acteur sur le processus normatif »⁵⁴⁶.

985. En droit du commerce international, la capture met en lumière le poids d'opérateurs le plus souvent économique qui disposent d'aucune légitimité à intervenir. Or, ce qui est innovant dans le cadre du fonctionnement de la fiscalité internationale, c'est que la capture met aux prises des acteurs qui ont toute légitimité et crédibilité pour intervenir.

986. La globalisation modifie la perception de la légitimité des organisations internationales à dire la fiscalité internationale. Cette légitimité n'est pas tant décriée. Mais elle est mise à mal à bas bruit. Ce mouvement contraint à repenser les rapports de force et oblige les institutions fiscales internationales à prendre en compte les intérêts des puissances économiques et fiscales émergentes.

987. Cette dynamique incite l'ensemble des acteurs à faire converger leurs positions. Le projet BEPS traduit fiscalement cette nécessaire convergence. Sa mise en œuvre est cependant confrontée à des antagonismes forts, inhérents à chaque groupe de pays et à chaque institution, attachée à respecter les intérêts des pays qu'elles représentent.

988. La concurrence fiscale exacerbe ces tensions. Tant que celle-ci se manifestait par une baisse des taux d'impôt pour être le mieux disant, elle ne portait préjudice ni à la mise en œuvre des principes dominants de fiscalité internationale, ni au fonctionnement des organisations internationales chargées de les élaborer.

989. Ce levier fiscal pour les Etats, ne se manifeste plus seulement par une baisse de taux d'imposition. L'objectif est d'agir principalement sur l'assiette imposable. Cette tendance défendue par les pays émergents peut être une source d'amélioration pour le système fiscal international dans la mesure où elle oblige à une adéquation des règles avec l'évolution de la vie des affaires. En même temps elle peut être le creuset de nombreux périls. Conscient que la fiscalité internationale ne peut être gouvernée par

⁵⁴⁶ Caroline Devaux, *La fabrique du droit du commerce international, Réguler les risques de capture*, Edition Bruylant.

un cercle réduit de pays, l'OCDE tente de susciter l'adhésion de tous et particulièrement des pays émergents à travers le cadre inclusif.

990. Mais phénomène paradoxal, ou bien volonté inavouée, malgré cette prise de conscience collégiale, jamais les lieux de gouvernance n'ont été aussi diffus (Section II). Pour éviter l'accentuation de cette disparité ou la contraindre, jamais la fiscalité internationale ne s'est autant appuyée sur des outils de gouvernance pour justement pallier les dysfonctionnements de celle-ci, et consolider les positions prises sur le fond (Section II).

Section I Des lieux de gouvernance multiples

991. Dans le monde des affaires fiscales internationales, deux organisations internationales, l'Organisation des Nations Unies, et l'Organisation de Coopération et de Développement Economique, apparaissent comme les seules à s'intéresser à la fiscalité internationale. Leurs publications respectives peuvent même laisser à penser que cette matière relève de leur compétence propre, ou à tout le moins qu'elle figure dans les attributions de leurs chartes fondatrices.

992. Or, il n'en est rien. Aucune instance internationale ne dispose plus qu'une autre, d'un droit ou d'une légitimité juridique à intervenir dans ce domaine. Les actes fondateurs de ces organisations ne font que préciser la compétence financière.

993. Il n'appartient en somme qu'à la seule volonté de l'institution de s'approprier la matière, dans la mesure où ses membres y consentent expressément ou estiment, que leurs intérêts peuvent être suffisamment impactés pour que l'organisation, à laquelle ils appartiennent, émette des recommandations, ou fasse connaître leur position. Pour autant cette compétence ne signifie pas que les dispositions, rapports, ou recommandations s'imposent juridiquement aux Etats, même à leurs propres Etats membres. Ces organisations disposent en définitive d'un pouvoir juridique d'influence. Pour certains auteurs comme Reuven Avi-Yonah, ce pouvoir prend toute sa place dans

le cadre de la coutume du droit international⁵⁴⁷. Celle-ci apparaît donc comme un mode de gouvernance. Elle pourrait satisfaire au fonctionnement du système fiscal international puisque la vie des affaires est de plus en plus intégrée. Mais elle a du mal à en assurer la pérennité dans la mesure où elle a pour objectif de s'imposer à des pays aux systèmes fiscaux différents.

994. Ainsi l'organisation de la gouvernance fiscale internationale donne toutes les apparences, « *d'une architecture d'exclusion, construite autour de quelques pays, qui empêche la majorité des pays du monde d'influencer de manière significative les choix institutionnels vis-à-vis de pays qui devraient imposer des opérations transfrontalières, un processus qui a clairement des implications globales de distribution (...). L'arène fiscale internationale est entendue comme un espace politique enraciné, où les acteurs influents maintiennent leurs positions privilégiées, en dominant le débat et les procédures de prise de décision* »⁵⁴⁸.

995. Il semble néanmoins que la disparité des lieux de gouvernance fiscale crée une certaine confusion. Celle-ci se nourrit d'une sorte de vide juridique dans les statuts des organisations. C'est ce manque de clarté que les pays émergents exploitent pour imposer leurs positions, et leurs façons d'appréhender la mise en œuvre des principes de fiscalité internationale.

996. A mesure que les problématiques de fiscalité internationale prennent de l'importance, la maîtrise de la gouvernance fiscale mondiale devient un des enjeux de la place des pays émergents sur la scène fiscale internationale. Ils vont alors jouer sur deux modes pour exercer leur influence. Malgré une volonté centralisatrice apparente

⁵⁴⁷ R. S. Avi-Yonah, *International tax as international law : an analysis of the international tax regime*, Université de Cambridge 2007. Il convient néanmoins de nuancer ce propos. La coutume peut être définie comme une « *règle non écrite mais de caractère obligatoire pour les sujets de droit, et cela dans un système juridique donné* ». L'article 38 du statut de la Cour de Justice Internationale souligne que deux types d'éléments concourent à la reconnaissance de la coutume en droit international : des éléments matériels qui se traduisent comme la recherche de précédents, et la continuité ou la répétition de ces précédents ; un élément psychologique qui insiste sur le fait que cette règle non écrite doit avoir été reconnue par un Etat comme étant de nature obligatoire. Les principes et les pratiques de fiscalité internationale, s'assimilent davantage aux principes généraux du droit plutôt qu'à la coutume internationale. Comme le souligne le Professeur Carreau, les principes généraux du droit international se construisent autour de quatre axes : c'est une assimilation à une norme fondamentale du droit international, à une norme générale, à des règles politico-juridiques, et ils relèvent enfin d'une conception contemporaine. D. Carreau et F. Marrella, *Droit International*, 12^{ème} édition, Edition A. Pedone, 2018.

⁵⁴⁸ S. Leviner, *The intricacies of tax and globalization*, Columbia Journal of law volume 5 : 207, traduit par l'auteur

(Paragraphe I), ils impriment une dynamique décentralisatrice (Paragraphe II). C'est cette tendance qui perturbe de plus en plus la lisibilité de la gouvernance fiscale.

§ I Une volonté centralisatrice

997. La compétence fiscale des institutions internationales – Aucune organisation internationale dispose d'une compétence fiscale universelle et d'un pouvoir de réglementation. Cette situation est principalement due à l'origine du développement de la matière. Celle-ci émerge dans un cadre institutionnel qui certes ne les autorise pas à intervenir mais ne les empêche pas non plus de le faire de leur plein gré. Au départ les institutions internationales faisaient œuvre de « bons offices » non pas en tentant de résoudre directement des conflits mais en apportant des solutions de manière générale. C'est ce que souligne le Professeur Maxime Chrétien lorsqu'il précise « *Ce qu'elles (organisations internationales) peuvent faire, il est possible de le résumer dans cette formule générale : aider les Etats à perfectionner et à unifier, dans le domaine des impôts qu'ils perçoivent, leurs lois et leurs traités, en exerçant, à leur égard, soit d'office soit sur demande, des attributions consultatives lato sensu qui deviennent même parfois une fonction « pré-législative » sans jamais devenir toutefois une fonction législative stricto sensu. En somme, leur activité consiste à jouer, par divers procédés, le rôle de conseiller fiscal des Etats* »⁵⁴⁹.

998. L'ONU et l'OCDE se livrent une sorte de compétition pour incarner au mieux la volonté et les souhaits des pays émergents. D'un côté, l'ONU bénéficie historiquement d'une certaine primauté puisqu'elle les accueille en son sein depuis sa création. Son influence est restée néanmoins relative et ne sert en quelque sorte que de réceptacle de leurs revendications, ou au mieux constitue une courroie de transmission. D'un autre côté, l'OCDE est originellement un club fermé, composé essentiellement des pays développés, héritier en cela des anciens comités des experts fiscaux de l'entre-deux-guerre. Il apparaît de plus en plus comme un « législateur », et exerce une influence importante sur la législation fiscale des Etats membres ou non-membres.

⁵⁴⁹ M. Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel*, RCDAl, 1954-II, tome 86

999. En apparence ces deux institutions semblent se compléter. Jusqu'au début du XXème siècle elles se répartissent les rôles, mais avec le sentiment que l'OCDE fait davantage autorité. Avec la crise de 2008, la place grandissante et les revendications des pays émergents au sein du système fiscal international, les rapports changent. Chacune d'elle souhaite disposer d'une plénitude de compétence aussi bien sur le fond que sur la forme. En tous les cas, la plus ancienne aspire à retrouver le rôle que le comité des experts fiscaux de l'entre-deux guerres lui avait préparé. Leur action repose sur un mode de fonctionnement commun issu d'un certain héritage mais qui reflète une volonté de maîtriser l'appareil fiscal international. Cette volonté centralisatrice se manifeste avant toute chose par l'appropriation des thèmes fiscaux qui se posent et qui sont nourris par l'actualité.

1000. Cette démarche menée par l'Organisation des Nations Unies de réappropriation des sujets fiscaux et de centralisation de leurs volontés a pu susciter un espoir auprès des pays émergents (A), alors que l'OCDE développe tous ses efforts pour maintenir sa légitimité dans les discussions fiscales internationales (B).

A/ L'espoir de l'ONU de représenter fiscalement les pays émergents

1001. La fiscalité un outil d'aide au développement – L'ONU a reconnu très tôt l'importance de la fiscalité comme une perspective de développement au service des pays en développement. Cette reconnaissance n'est pas fortuite. Depuis la fin des années 1970 l'institution onusienne anticipe cette évolution qui lui semble inéluctable et dont les faits lui donnent raison. Elle s'inscrit dans une réflexion plus large concernant l'aide au développement qui a tendance à se réduire comme peau de chagrin.

1002. C'est en substance la teneur de la résolution 1271 du 4 Août 1967, qui reconnaît la matière fiscale comme levier majeur pour mobiliser des recettes publiques, et les mettre au service des ressources des pays par le biais notamment d'une meilleure allocation⁵⁵⁰. Pour le Conseil économique et social, « *l'institutionnalisation de la*

⁵⁵⁰ ONU, Conseil Economique et Social quarante-troisième Session 11 juillet – 4 août 1967 « *Conscient de l'importance que présentent, pour les pays en voie de développement, des fiscalités efficaces qui permettent de mobiliser les recettes publiques dont ces pays ont besoin er, d'une manière générale, d'allouer les ressources intérieures conformément aux besoins et aux objectifs de la planification du développement, Affirmant qu'il est « nécessaire de formuler un programme à long terme...dans le domaine de la réforme fiscale », ainsi que l'ont estimé la majorité des membres du Comité du programme et de la*

planification de la réforme fiscale dans les pays en voie de développement », est majeure. Cette volonté de porter la position fiscale des pays émergents restera un témoignage d'intention jusqu'au début des années 2000.

1003. A compter de 2004, comme nous l'avons vu, le groupe Ad hoc, forme un groupe d'experts, constitué en rang de comité, sous l'autorité directe du Conseil économique et social⁵⁵¹. Ce groupe permanent, se transforme en comité fiscal. C'est le début de l'institutionnalisation de la fiscalité au sein des Nations Unies. Celle-ci permet de s'emparer et de réfléchir à tous les sujets auxquels est confrontée la fiscalité internationale, et de porter un discours différent sur des sujets fiscaux spécifiques.

1004. Une stratégie nouvelle – Depuis 2001 l'ONU a adopté une nouvelle stratégie tout en copiant celle de l'OCDE. En effet, en publiant un nouveau modèle de convention fiscale, elle a permis aux pays émergents d'y apporter leurs propres interprétations sur des thèmes spécifiques de la fiscalité internationale. Les cinq pays émergents les plus importants, à savoir les BRICS, ont exposé leurs points de vue, en matière de prix de transfert, mais également de création de chaîne de valeur. Le projet BEPS a été perçu comme une opportunité pour l'ONU, d'apporter une contribution aux différentes actions élaborées par l'OCDE.

1005. Jusqu'à présent, les études menées par l'ONU étaient empreintes d'une dimension pédagogique pour les pays émergents. Elles étaient un outil d'aide à la négociation. Les pays émergents s'appuyaient sur celles-ci pour mieux comprendre les mécanismes et les méandres de la fiscalité internationale, afin d'être mieux armés pour négocier avec les pays développés. Il semble que l'institution new yorkaise ait évolué

coordination dans son rapport sur la première partie de sa première session, Prenant note de l'esquisse concrète d'un tel programme, destinée à fournir des indications en vue de la planification de la réforme fiscale et son institutionnalisation dans les pays en voie de développement, présentée dans la note du Secrétaire général sur la planification de la réforme fiscale, Prie le Secrétaire général, en consultation avec le Fonds monétaire international et avec l'appui des commissions économiques régionales et du Bureau des affaires économiques et sociales de Beyrouth, d'exécuter ce programme et d'aider les gouvernements intéressés des pays en voie de développement Membre de l'Organisation des Nations Unies, dans les efforts qu'ils déploient pour renforcer la structure du système fiscal et l'administration fiscale de leur pays dans le cadre d'une telle planification de la réforme fiscale » Archives ONU, Résolution 1271, 4 août 1967.

⁵⁵¹ ECOSOC Résolution 2004/69, décide que « *Le groupe ad hoc d'experts en matière de coopération fiscale internationale, doit être renommé en Comité d'experts sur la coopération fiscale internationale* ».

en même temps que les pays émergents comprenaient et maîtrisaient le fonctionnement et les principes de la fiscalité internationale.

1006. C'est un véritable changement de dimension qui s'opère. Le comité des experts fiscaux donne le sentiment, de ne plus être un simple narrateur et un commentateur du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Il réaffirme, de façon un peu plus ténue, son interprétation de certaines pratiques, en matière de reconnaissance du revenu dans l'Etat source. Il poursuit la ligne tracée par les économistes de 1923 et des comités d'experts fiscaux des années 1920. En somme, il se réapproprie la matière fiscale et devient une véritable source de proposition pour l'évolution des principes dominants de fiscalité internationale.

1007. Les limites – Cet espoir de voir une institution internationale fédérée les positions fiscales des pays émergents, est cependant sujette à une double problématique. La première est la prépondérance de l'OCDE dans l'élaboration des principes de fiscalité internationale. Celle-ci n'est pas feinte ni dénuée de tout fondement. Elle se justifie par l'inertie passée de l'ONU à se saisir pleinement des sujets de fiscalité internationale. L'Organisation du Palais de La Muette est pionnière dans cette matière. Elle a construit tout un réseau d'influence, qui lui donne une légitimité technique plus importante que celle de l'ONU pour intervenir. Un seul exemple atteste de ce poids, le mandat accordé en 2013 par le G20 au Comité des affaires fiscales de l'OCDE, dans le cadre du projet de lutte contre l'érosion de la base fiscale.

1008. Une seconde problématique est la composition même des groupes ou comités d'experts. Elle met à mal la démarche entreprise par l'ONU d'asseoir sa légitimité politique. Ceux-ci sont composés d'experts fiscaux reconnus choisis avec l'aval des gouvernements des pays qu'ils représentent et nommés officiellement par le Secrétaire Général du Conseil Economique et Social. Mais ces membres ne sont pas les représentants des Etats. Ils ne donnent en conséquence que leur avis personnel, et apparaissent comme un club de recherche fiscale.

1009. Pourtant, parmi les vingt-cinq membres du comité, les pays émergents disposent du plus grand nombre de sièges pour faire entendre leurs positions. Or, cette volonté de conserver le même type de composition freine la dynamique et la volonté enclenchée par l'ONU. Ces contraintes profitent à l'OCDE qui peut asseoir définitivement son rôle incontournable, même si elle souffre auprès des pays émergents d'un problème de représentativité. Mais force est de constater que la légitimité technique supplante toute légitimité politique.

1010. Cependant l'ONU a tenté ces dernières années de combler cette lacune. Le travail du comité fiscal est prolifique. Alors que les sessions étaient épisodiques, elles se multiplient et avec elles la publication de nombreux rapports sur l'ensemble des sujets de fiscalité internationale. Ces rapports ne se limitent plus seulement à commenter l'analyse de l'OCDE ou à modifier parfois à la marge sa position. Ils ont de plus en plus vocation à développer une autre vision qui se différencie de celle de l'OCDE et à porter des propositions et des solutions concrètes aux problèmes comme le rapport de 2009 sur l'établissement stable, ou encore celui de 2010 concernant le traitement des services, amendé lors de la 8^{ème} session du 15 au 19 octobre 2012.

1011. Même si tous les pays émergents n'approuvent pas les conclusions, comme l'Inde qui s'est officiellement désolidarisée, ils nourrissent, d'une part, le débat et, d'autre part, mettent en lumière le travail réel de l'ONU. Ce travail révèle également sa capacité de propositions dans des domaines d'actualité et très sensibles comme les services numériques. Pour valoriser cette légitimité représentative, dont elle jouit l'ONU pallie l'image qui lui est attribuée à tort ou à raison de manque de crédibilité. Ainsi elle serait représentative mais pas crédible. La situation de l'OCDE est inverse. La question est de savoir s'il est plus aisé de combler un déficit de représentativité ou de crédibilité.

B/ Les efforts de l'OCDE pour intégrer les pays émergents

1012. A l'origine, l'OCDE a été créée pour subvenir aux besoins financiers, commerciaux d'une Europe défaite par la seconde guerre mondiale. Elle prend corps dans le cadre du Plan Marshall dont le but est de poser un cadre, une organisation au service des pays demandeurs européens sortis vainqueurs du second conflit mondial,

mais complètement détruits. La fiscalité, comme nous avons pu l'évoquer, n'était pas inscrite dans les prérogatives de la convention de création de l'OCDE.

1013. Toutefois, il ne semblait pas illogique qu'elle poursuive les travaux menés avant la guerre, dans la mesure où, d'une part l'ONU se délaissait de ce sujet, et d'autre part en raison de l'importance des nouvelles problématiques fiscales, qui se posaient essentiellement aux pays développés. Cependant, le rôle premier du comité des affaires fiscales de l'OCDE était de favoriser l'investissement international. Les problématiques de double imposition, de reconnaissance du revenu prenaient de plus en plus d'ampleur au sein de la communauté internationale et pouvaient susciter de nombreux freins au développement des échanges commerciaux⁵⁵², à mesure que l'investissement direct à l'étranger progressait et que celui-ci prenait des formes différentes. Le premier modèle de convention proposé en 1963 ancrerait la perspective d'une imposition dévolue à l'Etat de résidence plutôt qu'à l'Etat source. Il reprenait le modèle de Londres amendé par quelques dispositions défendues par celui de Mexico ainsi que les propositions du comité fiscal de 1930.

1014. Au fil des années, les travaux du comité des affaires fiscales confirmèrent la préoccupation des pays émergents, que seuls les intérêts des pays développés étaient pris en considération. Cette position n'était pas jusqu'à présent remise en cause, dans la mesure où leurs territoires constituent des vecteurs d'investissements et bénéficient de ces-derniers pour se développer, à travers notamment les filiales des groupes multinationaux. En raison de la composition de sa gouvernance, l'OCDE était soucieuse de préserver leurs intérêts. Ce soutien s'avérait d'autant plus précieux dans un contexte d'interdépendance croissante des économies. Aidée par des systèmes de plus en plus similaires, son rôle s'affine au fil du temps, pour devenir un lieu au sein duquel les principes, les pratiques s'harmonisent. Le comité des affaires fiscales investit de nouveaux domaines et tente de résoudre les préoccupations actuelles de la fiscalité internationale. Il s'inscrit pleinement dans les pas des comités des experts des années 1920. De ce fait il prend une importance et une ascendance telle, qu'il fait désormais autorité.

⁵⁵² Il convient de rappeler que l'objectif des conventions fiscales modèle OCDE est de préserver les échanges commerciaux.

1015. Les travaux du comité n'excluaient cependant pas complètement les pays émergents. Mais plusieurs facteurs concourraient à ce que leur parole ait peu d'écho et de portée. Le premier est juridique et statutaire. De fait et en droit ils ne sont pas membres de l'organisation et ne sont pas partie prenante à la gouvernance de l'OCDE, dont le mandat est de travailler pour les membres qui la composent. Le deuxième concerne l'aide aux pays en développement. La prise de conscience de l'élargissement de l'assiette fiscale comme un levier de développement économique et d'amélioration des finances publiques est récente. La politique des pays émergents était d'ailleurs inverse à celle menée aujourd'hui, puisque leur politique fiscale consistait à dispenser des exemptions fiscales afin d'attirer les investissements sur leur territoire. En même temps, les pays développés leur accordaient un pourcentage de leur produit intérieur brut dans le cadre de la politique d'aide au développement menée par l'ONU. Enfin, le troisième facteur donnait l'illusion que les pays émergents acceptaient les règles, principes, et pratiques développés par l'institution du Palais de la Muette. La conclusion de conventions fiscales bilatérales sur le modèle proposé par l'OCDE permettait la diffusion de ces principes dans le droit positif de ces pays et confortait cette adhésion.

1016. L'OCDE n'était pas non plus hermétique aux problématiques soulevées par les pays émergents. Cela restait tout de même un enjeu pour l'OCDE. Leur intégration s'inscrit dans cette recherche de plénitude d'exercice de l'organisation pour asseoir un système fiscal international cohérent. Elle fut à pas feutrés. Ce souci apparaît dans certains rapports remis par l'institution comme par exemple celui relatif à la « Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial » en 1998, ou encore celui relatif aux « Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales » en 2010, et de façon peut-être plus explicite le « Rapport de référence sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables ». Parallèlement la multiplication des protocoles additionnels aux conventions dont la valeur juridique est équivalente au texte même de la convention, imposés par les pays émergents modifiait l'interprétation de principe de certaines dispositions et emportait l'adhésion de l'OCDE de procéder à davantage d'ouverture pour mieux associer les pays émergents à la réflexion fiscale internationale. Elle se matérialisa par la possibilité accordée aux pays émergents

d'apposer leurs commentaires au modèle. La révision en 2010, et celle de 2014 du modèle conventionnel, suscita alors des commentaires de plus en plus nombreux de la part de ces pays. Cela ne signifiait pas pour autant que ceux-ci étaient intégrés dans les travaux de modification du modèle.

1017. De la convention fiscale multilatérale au cadre inclusif – Le séisme provoqué par la crise financière internationale de 2008 mit en quelque sorte l'ensemble des pays sur un pied d'égalité fiscale la situation délétère des finances publiques se couplait avec une réduction de l'assiette fiscale pour chaque Etat qu'il soit développé ou émergent. Conjugée à l'explosion internationale des entreprises de l'économie numérique, elle confronta les économies occidentales à la même réalité que les pays émergents. La prise de conscience d'une redistribution plus équitable des richesses entre les Etats, et d'une répartition de l'assiette imposable n'était pas un sujet nouveau pour la fiscalité internationale, ni pour les pays émergents. Il devenait une réalité nouvelle pour les pays développés et pour le comité des affaires fiscales de l'OCDE. Celui-ci exerça une certaine forme de pression sur les pays émergents pour qu'ils intègrent le processus d'élaboration, et de mise en œuvre des principes dominants de fiscalité internationale.

1017. L'Organisation va déployer un certain nombre d'outils pour d'une part centraliser les positions fiscales de l'ensemble des pays et d'autre part les fédérer autour de principes admis et partagés. Elle revient de ce fait au multilatéralisme, vœu pieux défendu par les premiers groupes d'experts chargés de la rédaction des premières conventions fiscales, qui s'impose de lui-même.

1018. C'est l'objectif de la convention fiscale multilatérale. Celle-ci n'a pas seulement vocation à amener toutes les parties d'une même table. Elle a également pour but de figer les positions fiscales acceptées par tous et particulièrement par les pays émergents. Elle reste un acte international destiné à compléter l'ensemble des conventions fiscales bilatérales. De ce fait la liberté des pays émergents et leur souveraineté n'est pas contrainte. Mais ce traité n'engage pas seulement un Etat vis-à-vis d'un autre, il l'engage à l'égard de l'ensemble des pays qui l'ont signé. A un droit plus ou moins mou des conventions fiscales bipartites, l'OCDE semble privilégier une

voie plus consensuelle, celle du multilatéralisme pour y substituer une sorte de droit dur.

1019. Malgré tout, ce moyen reste dépendant de la transposition en droit interne de principes, dont l'efficacité est remise en cause. Pour pallier cette incertitude, et convaincre les pays les plus récalcitrants de l'intérêt qu'ils ont à s'associer à cette démarche multilatérale, l'OCDE développe un schéma inclusif. Celui-ci est censé faire participer les pays émergents à l'élaboration des principes de fiscalité internationale, et modifier ceux-ci pour répondre à leurs intérêts, tout en maintenant les positions des pays développés.

1020. Ces divers outils ne règlent toutefois pas la problématique de la gouvernance fiscale mondiale, qui présuppose une institutionnalisation plus affirmée. Celle-ci se traduit par la mise en place de structures plus locales, qui se veulent plus proches des préoccupations des pays émergents. Elles répondent à une forme de décentralisation de la gouvernance fiscale, qui s'inscrit dans une dynamique plus globale décrite par le Professeur Dominique Carreau en matière d'Ordre Economique Mondial.

1021. Malgré leur volonté de centraliser les questions fiscales, et de fédérer le maximum de pays, pour asseoir finalement leur crédibilité, aucune de ces deux organisations internationales⁵⁵³ n'institutionnalise officiellement soit la participation des pays émergents à l'élaboration des pays émergents de la norme fiscale, soit la volonté de s'ériger en co-auteur de la norme. Ceux-ci tentent alors de peser dans des instances et des organes subsidiaires.

⁵⁵³ Il convient de préciser ici que l'ONU est composée principalement de cinq organes, l'Assemblée Générale, le Conseil de Sécurité, le Secrétariat, le Conseil de tutelle, la Cour Internationale de Justice et du Conseil Economique et Social. Ce-dernier est « *le principal organe chargé de la coordination et du dialogue et de la prise de recommandations sur les questions économiques, sociales et environnementales (...)* ».

§ II Une dynamique décentralisatrice de gouvernance fiscale internationale

1022. Parmi les divers organes subsidiaires, qui directement ou indirectement traitent de sujets de fiscalité internationale, certains sont affiliés soit à l'ONU, soit à l'OCDE. Ils interviennent dans des domaines économiques et financiers, qui ne peuvent aujourd'hui s'exonérer d'aborder les problématiques de répartition du revenu et de ventilation des profits. Leur mode de résolution ne peut cependant différer de ceux proposés par leurs organes de tutelle.

1023. La multiplication de ces instances démontre que les organisations centralisées sont contraintes de se rapprocher au plus près des revendications des pays émergents afin de mieux les comprendre et les retranscrire. Elle institutionnalise également leur place dans le nouveau dialogue fiscal entre les Nations (A). Ces annexes sanctuarisent les débats autour de la fiscalité internationale. Pour autant elles apparaissent comme des organes déconcentrés sous contrôle. C'est la raison pour laquelle, les pays émergents tentent d'écrire cette nouvelle grammaire fiscale dans des lieux plus informels, dénués de tout statut juridique international (B).

A/ Les lieux formels ou le dialogue fiscal entre les Nations

1024. L'écueil de la gouvernance fiscale mondiale, telle qu'elle a été proposée depuis les travaux de la Société des Nations, est d'avoir donné l'illusion d'un consensus entre pays, alors que les pays émergents n'ont fait qu'adopter des propositions déjà élaborées par d'autres, sans émettre le moindre avis.

1025. Ce temps semble révolu, ou, tout du moins ne saurait être pérenne. Le soutien des organisations internationales régionales, devient indispensable dans le dialogue fiscal afin que les principes dominants de fiscalité internationale puissent être débattus. Cette démarche et cette volonté d'associer les pays émergents à ces organes peut apparaître comme un moyen pédagogique, de persuasion du bienfondé des règles et pratiques posées. Pour les pays émergents, ils doivent servir de relais à leurs problématiques fiscales, et à la façon dont ils envisagent la fiscalité internationale.

1026. Le CIAT – Dans les deux cas, ces lieux ont vocation à faire adopter, ou tempérer la lecture littérale des textes et des commentaires du modèle conventionnel OCDE, et aujourd’hui des actions BEPS. Ces institutions sont le reflet des considérations régionales. La première qui vit le jour est le Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT). Il est né en 1967⁵⁵⁴. L’objectif de cette organisation internationale est d’améliorer le dialogue entre les administrations fiscales. Mais, son rôle ne se cantonne pas à une simple assistance ou une mise en relation. L’article 2 du règlement du CIAT précise que *« le centre essaiera essentiellement (...) d’impulser et diriger des recherches sur les systèmes d’impôts et les administrations fiscales et favoriser la diffusion opportune de l’information relative à la matière et l’échange d’idées et d’expériences, à travers des assemblées, conférences techniques, séminaires, publications et autres moyens appropriés (...) »*⁵⁵⁵. Bien qu’il compte un nombre important de pays membres, les pays émergents majeurs n’y figurent pas en nombre. En effet, seuls le Mexique et le Brésil en font partie et l’Afrique du Sud et l’Inde sont associés.

1027. Les échanges entre administrations fiscales – D’autres organisations internationales se structurent pour officiellement renforcer les échanges entre les administrations fiscales. C’est le cas, en Afrique, du Centre de rencontres et d’études des dirigeants des administrations (CREDAF) fondé en 1982, ou encore en Asie du Groupe d’étude et de recherches sur l’administration fiscale asiatique (SGATAR), créé en 1971. La particularité de ces groupements ou cercles est de s’être constitué en organisation internationale, avec un système d’adhésion propre.

1028. La similarité géographique ou de niveau de développement est une caractéristique commune. Certains pays développés sont membres à part entière de ces organisations. Cette adhésion donne le sentiment qu’un dialogue fiscal direct entre Etats développés et pays émergents s’installe.

⁵⁵⁴ Il est né à l’initiative de deux membres de l’administration fiscale US (IRS). Son siège est situé à Panama et réunit 51 membres.

⁵⁵⁵ Centre Interaméricain des administrations fiscales, Statut du CIAT et ses règlements, Mai 2018.

1029. Les intégrations économiques et douanières – Mais celui-ci se noue surtout au travers de partenariats instaurés, institutionnalisés avec d'autres organisations internationales. C'est à ce titre que le CREDAF a signé un protocole d'accord avec l'OCDE en mars 2015, notamment dans le cadre de la mise en œuvre du projet BEPS. Ces initiatives ne permettent cependant pas aux pays émergents d'intégrer à proprement parler un système de gouvernance fiscale mondiale⁵⁵⁶. Seules des intégrations économiques et douanières régionales permettent d'instaurer un vrai dialogue fiscal, porteur de résolutions. Elles permettent aux pays émergents d'exercer une pression sur les pays développés et l'organisation internationale, qui les représentent fiscalement, l'OCDE.

1030. La compétence fiscale des organisations régionales – Deux organisations internationales régionales⁵⁵⁷ peuvent revendiquer une compétence fiscale. Il s'agit de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), et le Pacte Andin. La première a été créée en 1967. Elle regroupe un certain nombre de pays émergents dont le poids sur la scène fiscale internationale est appelé à peser davantage encore. Ses statuts bien que généraux lui permettent par ailleurs d'envisager de traiter de sujets fiscaux, comme l'attestent les articles 1-5 et 2-9 de la Charte.

1031. Le premier dispose : « *Créer un marché simple et une base de production stable, prospère, hautement concurrentielle et économiquement intégrée, avec une facilitation efficace des investissements commerciaux dans laquelle la libre circulation des biens, des services et des investissements, la libre circulation des entreprises, des personnes, des talents professionnels et la libre circulation flux de capitaux* ». Le second souligne qu'un des objectifs de l'organisation est de « *renforcer les consultations sur des sujets sérieux qui pourraient affecter les intérêts communs de l'ASEAN* ». Ces deux dispositions jettent les bases d'une volonté partagée de traiter ensemble des sujets qui pourraient être fiscaux, puisqu'aucune restriction de compétence ne figure dans la

⁵⁵⁶ Lors du 44^{ème} Congrès du SGATAR qui s'est tenu à Sidney en novembre 2014, les pays membres ont reconnu la nécessité de renforcer les pouvoirs de cette instance afin d'améliorer l'échange des pratiques et des expériences. C'est la raison pour laquelle, une nouvelle plateforme a été créée pour répondre à cette attente, mais également pour prévenir la mise en œuvre de actions du plan BEPS.

⁵⁵⁷ On ne compte pas ici les institutions régionales financières, notamment bancaires qui s'intéressent aux problématiques fiscales. C'est le cas de la Banque asiatique de développement qui a organisé en février 2015, un groupe de travail sur les échanges d'informations en matière fiscale.

Charte. C'est le même cas de figure avec le Pacte Andin, assez contemporain de l'institution asiatique. Instauré en 1969, celui-ci a pour vocation d'établir une union douanière entre les pays le composant.

1032. Ces tentatives ont cependant du mal à poser les bases d'un système de gouvernance fiscale directe et globale. Elles sont révélatrices de l'analyse du Professeur Einaudi lorsqu'il soulignait que les principes de fiscalité internationale avaient été élaborés par des pays aux systèmes fiscaux similaires. Le pari est donc la création d'une gouvernance fiscale hétérogène.

1033. Au mieux, ces organisations obligent les entreprises multinationales à adapter leurs stratégies fiscales au gré des interprétations qui leur sont présentées, et imposées. Mais, en aucun cas, elles ne contraignent directement, les pays développés et l'OCDE à assouplir ou amender les fondements fiscaux. Ainsi ces lieux de gouvernance fiscale apparaissent finalement comme des lieux de dialogue nécessaires à la formalisation de la grammaire fiscale. Pour les pays émergents, ils permettent d'harmoniser leur position. Surtout la complexité de la matière favorise la création de ces groupes. Leur objectif ne consiste pas seulement à défendre les intérêts des pays membres, mais plutôt à mettre en place entre eux, un partenariat à long terme afin d'assurer une cohésion sur la scène internationale.

1034. Les fonctions exercées par les représentants des pays membres de ces organisations attestent de la dimension technique qu'ils souhaitent tisser à travers ce partenariat. Pour autant, leur faible pouvoir de résolution ne permet pas aux pays émergents de peser de tout leur poids dans le système fiscal. Paradoxalement, ce n'est pas dans un cadre juridique strict et institutionnalisé que les pays émergents prennent part à l'élaboration de la grammaire fiscale.

B/ Les lieux informels, ou l'élaboration de la grammaire fiscale

1035. Le système international, s'organise de manière générale davantage autour d'un ensemble de groupes de concertation, d'influence, de contacts..., plutôt qu'au sein des institutions internationales chargées justement d'élaborer les principes juridiques

auxquels les Etats souscrivent. La fiscalité internationale n'échappe pas à ce phénomène.

1036. Pour les pays émergents, cette évolution constitue une opportunité de participer à l'élaboration de la grammaire fiscale, en même temps qu'ils coordonnent leur action. L'essor d'une gouvernance fiscale de « congrès » (1) semble davantage répondre aux attentes de la nécessaire souplesse qu'exige l'évolution des principes de fiscalité internationale. Il correspond également à la fois à la volonté des pays émergents de pouvoir exercer leur influence dans un cadre moins stricte et rigoureux que celui proposé par une organisation internationale classique, et au souhait des pays développés de les associer à leur poids. L'essor de ces lieux de gouvernance n'échappe cependant pas à la question de la nature juridique des actes pris (2).

1. Une gouvernance fiscale mondiale de « Congrès ».

1037. La gouvernance fiscale mondiale emprunte au XIX^{ème} siècle ce que Marie-Claude Smouts appelle la « diplomatie de conférences »⁵⁵⁸. Il semble que celle-ci s'exerce désormais et de plus en plus au sein de groupes, forums, qui se forment en « *un ensemble de mécanismes et structures notamment juridiques qui régissent les conduites d'une collectivité donnée* »⁵⁵⁹.

1038. Ce phénomène apparaît dans le domaine économique et financier, dans les années 1970. La marginalisation de certaines institutions internationales spécialisées comme le Fonds Monétaire International, laisse la place à la création de groupement de coopération entre Etats. C'est ainsi qu'est apparu le G5 dans un premier temps, puis le G7 en 1976, qui deviendra le G8 en 1998 avec l'intégration de la Russie. C'est en 1999 que les pays développés du G8 décidèrent d'y associer les pays émergents afin de répondre aux accusations de manque de représentativité, et d'y associer des pays qui pèsent de plus en plus dans le système financier et commercial.

⁵⁵⁸ M-C Smouts, *Les organisations internationales*, Edition Armand Colin, Paris, 1995.

⁵⁵⁹ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Edition Bruylant, 2001

1039. Le G20 une nouvelle gouvernance fiscale – Certains auteurs y voient une tendance plus profonde comme Lucie Delabie qui estime que « *face aux activités des acteurs privés et à la multiplication des réseaux transnationaux dans tous les domaines du droit internationale, ces nouveaux mécanismes de coopération interétatique traduisent la recherche d'un équilibre entre autorégulation et réglementation, entre coordination politique et engagement juridique* »⁵⁶⁰.

1040. La particularité du G20 est son absence de siège, d'organes spécifiques, et de statut lui accordant une personnalité morale et encore moins un champ de compétence défini. Tout du moins il a compétence sur l'ordre du jour de ses réunions. Les sujets abordés correspondent à l'actualité notamment économique et financière du moment. La crise financière de 2008 démontra l'importance de ces concertations entre pays aux niveaux de développement différents. Elle fit émerger les problématiques d'érosion de base fiscale.

1041. C'est dans le cadre du G20 et avec l'insistance des pays émergents que l'OCDE reçut mandat pour entamer les travaux qui menèrent à l'élaboration des actions BEPS. C'est encore au sein de cette instance informelle que les pays émergents insistèrent, pour que leurs propres interprétations des principes de fiscalité internationale soient prises en considération.

1042. Dans le même registre, les pays émergents ont créé leur propre « G8 », réunissant les principaux pays, à savoir les pays BRICS. A l'image du G8, devenu G7, ou du G20, des forums sont organisés au sein desquels tous les sujets peuvent être abordés. C'est ainsi que lors du forum qui s'est tenu en Chine à Xiamen, en septembre 2017, les participants ont souligné l'importance de la fiscalité dans le cadre de leur coopération.

1043. Surtout, au point 34 du communiqué final, dans le cadre de la gouvernance mondiale économique, ils réaffirment « *leur volonté de mettre en place un système fiscal mondial juste et moderne, et de promouvoir un environnement fiscal*

⁵⁶⁰ L. Delabie, *Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels*, In : *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009, pp 629-663 ;
Doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2009.4089>—https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2009_num_55_1_4089

international plus équitable, propice à la croissance et plus efficace, notamment en renforçant la coopération pour lutter contre l'érosion des bases fiscales et le partage des bénéficiaires (BEPS, en favorisant l'échange d'informations fiscales et en améliorant le renforcement des capacités contributives dans les pays en développement. Nous renforcerons la coopération fiscale des BRICS afin d'accroître la contribution des BRICS à l'établissement de règles fiscales internationales et de fournir, en fonction des priorités de chaque pays, une assistance technique efficace et durable aux autres pays en développement »⁵⁶¹.

1044. A côté de ces coopérations interétatiques universelles, certains pays ont formé des réseaux d'influence spécifique à la matière fiscale comme l'ADDI. Les organisations internationales classiques, particulièrement l'OCDE, ont même eu recours à ce mode de gouvernance, à la fois pour faire adopter leurs positions mais également pour associer les pays émergents autrement que par la voie d'une adhésion classique et normale.

2. La portée juridique des actes des lieux informels de gouvernance fiscale

1045. De fait ces groupes informels participent à la construction de la gouvernance fiscale internationale. Mais la question est de savoir si elles impriment durablement les desseins de la nouvelle grammaire fiscale mondiale et de quelle manière. Autrement dit il s'agit de savoir quelle est la portée juridique de leurs résolutions, et de leurs communiqués ? S'ils n'interviennent pas directement dans le processus de production du droit, ils exercent indéniablement une influence sur l'adoption de certaines mesures fiscales spécifiques. Le niveau de responsabilité des membres composants ces structures, marque l'importance des actes pris. La présence de chefs d'Etats, de gouvernements, de ministres, engagent forcément les pays signataires de recommandations ou de communiqués communs.

1046. A titre d'exemple, le G20 d'Antalya en 2015 a fortement incité à la création du cadre inclusif afin « *d'assurer le suivi de la mise en œuvre du projet BEPS dans le monde* » en y associant « *des pays et juridictions intéressées non-membres du G20 qui*

⁵⁶¹ Sommet des pays BRICS, déclaration finale 4 septembre 2017, Xiamen, Chine.

s'engagent dans le projet BEPS et notamment des économies en développement sur un pied d'égalité »⁵⁶². Dans le cadre du mandat qui lui avait été accordé, l'OCDE a transposé ces recommandations, et a mis en place ce cadre, permettant aux pays émergents de faire valoir leurs positions et de participer à la gouvernance fiscale internationale.

1047. Pourtant, juridiquement, rien n'obligeait l'OCDE à faire droit aux sollicitations du G20. L'approche juridique de la gouvernance fiscale internationale se trouve être confrontée, comme un certain nombre de droits « international », à l'émergence d'un droit « *concerté non conventionnel, c'est-à-dire de ces textes adoptés à l'issue d'une négociation entre Etats, mais dépourvus de force juridique contraignante* »⁵⁶³. La valeur juridique de ces actes dépend « *de la situation de droit dans laquelle se trouve placé leur auteur par rapport à leurs destinataires* ». Pour Michel Virally, les recommandations ne sont destinées qu'à des tiers, et « *se définit négativement : par son absence de force obligatoire. Tout au plus accepte-t-on de lui reconnaître une valeur politique, ou même simplement morale* »⁵⁶⁴.

1048. La multiplicité de ces actes depuis celui d'Helsinki en 1975⁵⁶⁵ conduit la doctrine à s'interroger sur leur portée juridique. Celle-ci convient néanmoins que ces actes concertés non conventionnels pris par ces instances informelles, ont une portée

⁵⁶² Sommet G20, Antalya, 16 novembre 2015, communiqué « *15. To reach a globally fair and modern international tax system, we endorse the package of measures developed under the ambitious G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) project. Widespread and consistent implementation will be critical in the effectiveness of the project, in particular as regards the exchange of information on cross-border tax rulings. We, therefore, strongly urge the timely implementation of the project and encourage all countries and jurisdictions, including developing ones, to participate. To monitor the implementation of the BEPS project globally, we call on the OECD to develop an inclusive framework by early 2016 with the involvement of interested non-G20 countries and jurisdictions which commit to implement the BEPS project, including developing economies, on an equal footing. We welcome the efforts by the IMF, OECD, UN and WBG to provide appropriate technical assistance to interested developing economies in tackling the domestic resource mobilization challenges they face, including from BEPS* »

⁵⁶³ C. Crépet Daigremont, *Les premières réflexions sur le concerté non conventionnel (Michel Virally)*, Extrait de l'ouvrage *Grandes pages du droit international*, volume II Les Sources, Institut des hautes études internationales, Editions A. Pedone 2016.

⁵⁶⁴ M. Virally, *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales, I* : Annuaire français de droit international, volume 2, 1956. pp66-96. Doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1956.1226> – https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1956_num2_1_1226

⁵⁶⁵ C. Crépet Daigremont, *Les premières réflexions sur le concerté non conventionnel (Michel Virally)*, Extrait de l'ouvrage « *Grandes pages du droit international* », volume II Les Sources, Institut des hautes études internationales, Editions A. Pedone 2016. L'auteur rappelle que l'acte fondateur du débat doctrinal autour de cette notion, est l'Acte final de la Conférence de 1975 sur la sécurité et la coopération en Europe d'Helsinki. « *Ce texte a tout d'un Traité : à la fin d'un préambule qui présente le contexte de la négociation, on peut lire que les Etats participants ont adopté un certain nombre de dispositions qui suivent. Ce texte n'est pourtant pas un Traité : les Etats signataires ont expressément indiqué dans les clauses finales en spécifiant que le document d'Helsinki n'est pas « recevable pour être enregistré au titre de l'article 102 de la Charte des Nations Unies* ».

juridique. Pierre Michel Eisemann souligne que ces accords ont pour but de « *formuler un cadre normatif dans lequel devront s'inscrire les relations des Etats* »⁵⁶⁶. Ce cadre constitue une plateforme pour élaborer soit des « *instruments préparatoires aux engagements internationaux* », soit des « *instruments contenant des principes normateurs dépourvus de force obligatoire* », soit des « *engagements quasi-juridiques* »⁵⁶⁷. Etabli par l'OCDE, en 2016, dans le cadre du projet BEPS, le cadre inclusif n'a rien d'une institution internationale⁵⁶⁸. Il associe des Etats et des organisations, notamment issus de zones géographiques en émergence économiquement. Son objectif est de diffuser les principes élaborés par ces actions et d'inciter les Etats, notamment les pays émergents à se les approprier. Pour mieux prendre en considération les positions de ces derniers, des boîtes à outils spécifiques, dédiés à des sujets particuliers, ont été instaurés.

1049. Ce fonctionnement caractérise ce que Eisemann décrivait plus haut. Les actes pris ne sont pas, à proprement parler, des actes juridiques. Ils délimitent le cadre juridique dans lequel les Etats exercent leur souveraineté fiscale ou acceptent de la limiter. Ces travaux ont conduit à la préparation de l'élaboration de la convention multilatérale, et contribuent aujourd'hui à amender les actions BEPS. Pourtant ces actes n'engagent pas juridiquement les Etats s'ils ne souhaitent pas s'y conformer. Ils présupposent une sorte de volonté d'engagement des Etats, mais ne préjugent en rien de l'obligation juridique née de la participation à ces travaux⁵⁶⁹. Le Brésil, comme les Etats-Unis ont participé aux travaux de la convention multilatérale, mais ils ne l'ont pas signé.

⁵⁶⁶ P.M Eisemann, *Les gentlemen's agreement comme source du droit international*, Journal du Droit International, 1979

⁵⁶⁷ L. Delabie, *Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels*, In: Annuaire français de droit international, volume 55, 2009, pp 629-663; Doi: <https://doi.org/10.3406/afdi.2009.4089> - https://www.persee.fr/doc/afdi_00663085_2009_num_55_1_4089

⁵⁶⁸ Ainsi, plus de 80 Etats ou Organisations Internationales Régionales rejoignirent le mouvement. Parmi ces-dernières, beaucoup sont des instances d'entre-aide entre administrations fiscales, tels que le Centre inter-américain des administrations fiscales (CIAT), l'Intra European Organisation of Tax Administrations, (IOTA), le Centre de rencontre et d'études des dirigeants des administrations fiscales (CREDAF), le Study Group on Asian Tax Administration and Research (SGATAR), ou encore l'African Tax Administration Forum (ATAF). Ce cadre inclusif propose une aide technique sous la forme de « boîtes à outils » pour les pays qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour pouvoir mettre en œuvre les principes dégagés par les actions BEPS. Néanmoins, ces boîtes à outils ne rencontrent pas un écho favorable parmi les pays émergents, qui considèrent que leurs problématiques ne sont pas réellement prises en considération. Ainsi le cadre inclusif de Tokyo fut un échec et n'aboutit à aucun consensus entre pays développés et pays émergents dans la mise en œuvre des actions BEPS.

⁵⁶⁹ Ce sujet renvoie aux débats entre les différentes écoles doctrinales de droit international public, les théories volontaristes et les théories objectivistes.

Section II Multilatéralisme et pays émergents un outil pour une meilleure gouvernance fiscale ?

1050. En 1927, les premiers rédacteurs des modèles de convention fiscale soulignaient que la problématique du multilatéralisme avait fait l'objet de grands débats. Ils indiquaient en effet dans leurs propos introductifs que « *la question est de savoir si le draft de convention devait être collectif, c'est-à-dire, signé par le plus d'Etats possible, ou bien s'il devait être essentiellement bilatéral* »⁵⁷⁰. Ils reconnaissaient à ce titre qu'« *Il serait certainement souhaitable que les Etats concluent une convention collective ou même une simple convention incorporant tous les autres* »⁵⁷¹.

1051. Mais à cette époque, il apparaissait aux experts que les conditions n'étaient pas remplies pour proposer ce type de convention. C'est en substance ce qu'ils précisaient en préambule de leurs travaux « *le Comité ne s'est pas senti justifié ni en capacité de recommander l'adoption de cette proposition. En matière de double imposition en particulier, les systèmes fiscaux des divers pays sont si fondamentalement différents, qu'il semble pratiquement impossible de rédiger une convention collective, à moins qu'elle le soit en terme si général, qu'elle n'apporte aucune valeur pratique* »⁵⁷². Près d'un siècle plus tard, l'irruption des pays émergents a accentué la disparité entre systèmes fiscaux justifient certainement plus d'échanges et de partages. C'est pourtant dans ce contexte hétéroclite, que le multilatéralisme est présenté comme la seule voie pour résoudre la complexité des enjeux fiscaux internationaux et faire converger les positions des pays émergents majoritaires vers celles des pays développés minoritaires. Cette évolution confirme la distinction opérée par Caporaso entre les institutions multilatérales et l'institutionnalisation du multilatéralisme⁵⁷³.

⁵⁷⁰ SDN, League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Archives SDN, C.216.M.85.1927.II, Geneva, April 1927

⁵⁷¹ SDN, League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Archives SDN, C.216.M.85.1927.II, Geneva, April 1927

⁵⁷² SDN, League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, Archives SDN, C.216.M.85.1927.II, Geneva, April 1927

⁵⁷³ J. Caporaso, *International Relations theory and multilateralism: the search for foundations*, 46 International Organization 3, 1992.

1052. Le multilatéralisme constitue aujourd’hui un outil privilégié de la gouvernance fiscale internationale. Cette ambition affirmée d’inciter les pays émergents à adopter ce nouveau mode de négociation fiscale (Paragraphe II) n’éteint pas les velléités de maintenir un certain bilatéralisme (Paragraphe II).

§ I L’ambition du multilatéralisme

1053. Brève histoire du multilatéralisme fiscal – Le multilatéralisme en fiscalité internationale semble être un vœu pieux ou pour les plus sévères une arlésienne. En 1923, un certain nombre de pays ratifiait une convention multilatérale qui ne rentra jamais en vigueur. Les rédacteurs des modèles de convention de 1927 et 1928 avaient souligné en préambule la nécessité technique de conclure une convention multilatérale permettant de limiter les risques de double imposition. Mais ils reconnaissaient en même temps l’impossibilité politique de conclure ce type d’accord. L’OCDE reconnaissait dans son rapport sur les mesures fiscales pour encourager les investissements privés dans les pays en voie de développement, que « les conventions classiques n’ont pas eu la faveur des pays moins développés » (...) parce que « les conventions en vigueur entre pays industrialisés obligent parfois le pays de résidence à renoncer à une recette. Mais bien souvent c’est le pays de la source qui doit le faire ». Les experts onusiens admettaient de leur côté entre 1967 et 1977 que la conclusion de l’accord fiscal multilatéral de portée mondiale ne semblait pas être chose possible au cours de la décennie à venir. Ces experts se sont accordés à reconnaître qu’il fallait absolument que les problèmes soient réglés au moyen d’un corpus adéquat de conventions fiscales bilatérales. L’attention du Groupe d’experts a été appelée à sa 7^{ème} réunion, sur le fait que le groupe de personnalités désigné en 1974 par le Secrétaire général en application de la résolution 1721 (LIII) du Conseil économique et social a déclaré dans son rapport au Secrétaire Général « *Si l’on pouvait, grâce aux travaux de ce groupe d’experts, normaliser les dispositions de ces traités et ne laisser qu’un petit nombre de clauses négociées dans des cas particuliers, ce réseau de conventions équivaldrait en fait à un accord fiscal international, lequel doit être l’objectif*

final »⁵⁷⁴. Le 30 juin 2017, soixante-huit pays⁵⁷⁵, venant du monde développé et émergent, faisaient le déplacement à Paris, au Palais de La Muette pour parapher ce qui doit être le nouveau bréviaire de la fiscalité internationale, à savoir la Convention Multilatérale. Le multilatéralisme en même temps qu'il apparaît comme une avancée majeure, il peut constituer une opportunité pour les pays émergents de faire entendre leurs positions et d'être sur le même pied d'égalité que les pays développés.

1054. Mais un siècle de fiscalité internationale, construit par une communauté homogène et mis en œuvre sur un mode de manière bilatérale, ne s'efface pas du jour au lendemain. C'est bien ici le risque de ce mode de gouvernance à plusieurs une ambition, qui si elle n'est pas régulée, peut être floue (A). Mais alors qu'il est érigé officiellement comme un outil de bonne gestion fiscale de la vie des affaires, le multilatéralisme est confronté à certaines limites (B).

A/ Un multilatéralisme flou

1055. Le panel des outils multilatéraux dans les modèles de convention bilatéraux
– Le multilatéralisme a pris différentes formes pour permettre aux pays émergents de pouvoir participer à la gouvernance fiscale. C'est de manière combinée, voire complémentaire, que ces deux systèmes, bilatéralisme et multilatéralisme se mettent en place. La mise en perspective historique peut donner le sentiment, que l'on parachève une volonté née au lendemain de la Première Guerre Mondiale. Dans tous les cas, il semble que le multilatéralisme s'est petit à petit imposé à travers des méthodes bilatérales.

1056. Ainsi l'exercice de ce bilatéralisme n'empêche pas l'utilisation d'instruments multilatéraux. Le modèle de convention fiscale OCDE, majoritairement adopté, permet aux Etats d'y piocher des outils. Le premier outil est l'article 2 alinéa 4 du modèle de convention OCDE. Il stipule que « *Les autorités compétentes des Etats contractants se communiquent les modifications significatives apportées à leurs législations*

⁵⁷⁴ Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales, OCDE Numéro de vente : F 74. II. A. 5

⁵⁷⁵ A date, la convention multilatérale a été signée par 94 pays.

fiscales »⁵⁷⁶. Les commentaires précisent également que « *Les pays membres sont encouragés à communiquer d'autres éléments importants, comme les nouveaux règlements ou les décisions des tribunaux (...) Les Etats contractants sont également libres d'étendre l'obligation de notification à toute modification importante d'autres lois ayant une incidence sur leurs obligations en vertu de la Convention* »⁵⁷⁷. Il convient de signaler qu'aucun pays émergent n'a émis de réserves ou fait de commentaires à ce paragraphe. Ainsi, si un pays dispose d'un réseau conventionnel important, ce type d'article permet de créer de fait un contexte multilatéral. Il ne s'agit pas d'un échange de renseignements tel que le prévoit l'article 25 du modèle de convention OCDE. Ici, un Etat s'engage clairement à communiquer à l'autre Etat tout élément qui modifierait l'interprétation quant à la mise en œuvre d'un des principes de fiscalité internationale.

1057. La clause de la « Nation la plus favorisée » – Le débat autour de cette clause offre également un autre exemple de multilatéralisme. Elle constitue un élément pour les pays émergents signataires d'une convention fiscale. En intégrant ce type de clause, les pays émergents peuvent bénéficier de dispositions qui ne leur sont pas par principe applicables, car non signataires de ladite convention. Juridiquement ce type de clause répond à un certain nombre de caractéristiques développées par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement⁵⁷⁸.

1058. Dans le cadre du modèle de convention OCDE, l'article 24, relatif à l'application du principe de non-discrimination, présupposait la mise en œuvre de ce type de clause.

⁵⁷⁶ OCDE (2018), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017, Editions OCDE.
http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-fr

⁵⁷⁷ OCDE (2018), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017, Editions OCDE.
http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-fr

⁵⁷⁸ CNUCED, Traitement de la Nation la plus favorisée, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, 2010 : Il s'agit d'une obligation conventionnelle qui doit être inscrite dans un accord particulier. • Elle exige de comparer le traitement qui est accordé à deux investisseurs étrangers dans des circonstances similaires. Il s'agit par conséquent d'une norme relative qui doit s'appliquer à des situations objectives similaires. • Elle est régie par le principe ejusdem generis, car elle ne peut s'appliquer qu'aux questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se rapporte. • Elle opère sans préjudice de la liberté contractuelle, de sorte qu'elle ne fait nullement obligation à un Etat d'accorder à d'autres investisseurs étrangers les incitations ou privilèges spéciaux qu'il a accordés par voie de contrat à un investisseur particulier. • L'établissement d'une violation de cette règle exige la constatation d'un traitement moins favorable ayant pour fondement ou pour origine la nationalité de l'investisseur étranger.

Il stipule « *Les nationaux d'un Etat contractant ne sont soumis dans l'autre Etat contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet Etat, qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas résidentes d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants* »⁵⁷⁹.

1059. De son côté l'ONU ne fait que reprendre dans son modèle de convention fiscale les dispositions de l'OCDE. Le principal argument juridique pour rejeter l'application de cette clause consiste à évoquer la nécessaire réciprocité due pour pouvoir la mettre en œuvre.

1060. Mais les institutions internationales ont voulu se démarquer de l'utilisation que les pays émergents pouvaient en faire. Les commentaires de l'OCDE précisent que « *Les dispositions de l'article ne peuvent être interprétées comme assurant le traitement dit de la « nation la plus favorisée (...) Les conventions fiscales étant basées sur le principe de réciprocité, un avantage fiscal accordé par un Etat contractant, en vertu d'une convention bilatérale ou multilatérale, à un national ou résident d'un autre Etat qui est partie à cette convention en raison d'une relation économique spéciale entre ces Etats ne peut être réclamé par un national ou un résident d'un Etat tiers en vertu d'une disposition sur la non-discrimination incluse dans une convention fiscale conclue entre le premier Etat et cet Etat tiers* »⁵⁸⁰.

1061. De manière générale, les pays émergents sont réticents à appliquer cette clause in extenso par crainte qu'elle nuise à leur capacité d'imposer. A titre d'exemple l'Indonésie et la Malaisie se réservent le droit de limiter le champ d'application de l'article aux seuls résidents contractants, ou encore le Brésil qui réserve sa position parce qu'il n'admet pas la déduction des redevances payées par un établissement stable situé au Brésil. Pour autant, certains pays émergents ont introduit de manière directe

⁵⁷⁹ OCDE (2018), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée 2017, Editions OCDE http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-fr

⁵⁸⁰ OCDE (2018), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée 2017, Editions OCDE http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-fr

ou indirecte, la clause de la Nation la plus favorisée dans certaines de leurs conventions fiscales. C'est le cas de l'Inde, qui dans le protocole de la convention fiscale qu'elle a conclu avec la Suisse en 1994, a prévu l'application de la clause de la Nation la plus favorisée à quelques cas spécifiques et déterminés⁵⁸¹. Les mêmes dispositions sont prévues dans le cadre du protocole à la convention fiscale signée avec la France. Dans la mesure où les pays émergents ne sont pas membres de l'OCDE, cette mesure les incite à densifier leur réseau conventionnel avec les pays développés, appartenant à cette organisation.

1062. A mesure que les pays émergents adoptèrent le modèle OCDE, comme base de leur négociation fiscale, celle-ci leur a ouvert la possibilité de pouvoir y apposer des commentaires et des réserves, qui n'engagent pas l'organisation. Cette démarche a contextualisé le multilatéralisme. La convention multilatérale proposée par l'action 15 du projet BEPS parachève cette situation en même temps qu'elle permet de regrouper les outils liés au multilatéralisme. Elle les rationalise en un seul document, qui devient le nouveau prisme de lecture de la fiscalité internationale. Cette convention qui entre en vigueur dans les prochains mois ne clarifient cependant pas la place du multilatéralisme dans le fonctionnement des relations fiscales internationales. L'adhésion massive des pays émergents à ce mécanisme laisse entendre qu'il leur procure un avantage compétitif supérieur à celui que peut accorder une négociation bilatérale.

B/ Les limites endogènes du multilatéralisme fiscal

1063. La convention multilatérale proposée par l'OCDE s'inscrit dans un contexte général de remise en cause de la pratique conventionnelle actuelle. A ce titre, le Professeur Carreau souligne « *Le traité, technique privilégiée de création du droit international en tant que manifestation du consensualisme liée à l'Etat souverain, est*

⁵⁸¹ Convention fiscale entre la Confédération Suisse et la République de l'Inde en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, conclue le 2 octobre 1994, Protocole mis à jour en 2010 « *En ce qui concerne les art. 10 (Dividendes), 11 (Intérêts) et 12 (Redevances et rémunérations pour prestations de services techniques), si, après la signature du Protocole de révision du 30 août 2010, l'Inde devait limiter, dans une quelconque convention, traité ou protocole entre l'Inde et un Etat tiers qui est membre de l'OCDE, l'imposition à la source des dividendes, intérêts, redevances ou rémunérations pour prestations de services techniques à un taux plus bas que le taux prévu dans la présente convention en ce qui concerne lesdits éléments de revenu, alors le taux prévu dans une telle convention, traité ou protocole en ce qui concerne lesdits éléments de revenu s'appliquera aux Etats contractants de la présente Convention à partir de la date de l'entrée en vigueur d'une telle convention, traité ou protocole.* »

aujourd'hui fortement battu en brèche et a perdu son lustre d'antan. La raison n'en est pas tant à trouver dans sa lourdeur que dans son inadaptation à appréhender des rapports transnationaux impliquant des sujets relevant de régimes juridiques différents. (...) Aujourd'hui, la vitalité conventionnelle, et elle demeure, ne réside plus dans l'ordre interétatique mais bien davantage dans l'ordre transnational ».

1064. le multilatéralisme fiscal, un simple changement de méthode – La situation actuelle du modèle OCDE fait écho à ce constat. Pour le Professeur Vann, il cumule trois types de faille. La première est son inefficacité à résoudre les problèmes classiques qui se posent dans le cadre des relations fiscales internationales. Il pointe du doigt la problématique du prix de marché qui est un sujet majeur aujourd'hui et qui fait débat, ou encore la qualification de revenus entre rémunérations de services, redevances, dividendes. Il soulève ensuite l'absence d'anticipation du modèle O.C.D.E., qui n'a pas permis de prévoir les conséquences fiscales des problématiques financières. Enfin, le succès du modèle et la multiplication de traités bilatéraux, constituerait un frein au développement du commerce et de l'investissement.

1065. Ainsi, en même temps qu'elle tente d'harmoniser les positions fiscales des acteurs étatiques quel que soit leur niveau de développement, la convention multilatérale apparaît comme « *un accélérateur juridique consistant à ouvrir à la signature une convention multilatérale qui entrerait en vigueur et modifierait d'un seul coup le réseau des conventions bilatérales* »⁵⁸². Juridiquement, cela signifie que cette convention ne saurait occasionner de conflits entre traités⁵⁸³. Mais elle ne résout pas pour autant les écueils soulevés. A travers la convention multilatérale, la fiscalité internationale a simplement changé de méthode, en prenant comme point de départ le système bilatéral. Ainsi son entrée en vigueur est confrontée à un handicap de structure. De plus même si les pays émergents l'ont signée, ils sont apparus timorés dans la mesure où pour eux le plus important n'est pas tant le cadre de négociation mais les problématiques de fond auxquelles la convention ne répond pas à juste titre puisqu'elle

⁵⁸² P. Martin, *Où va la fiscalité internationale ?*, Colloque CEFEP, 29 juin 2017

⁵⁸³ N. Bravo, *The multilateral tax instrument and its relationship with tax treaties*, World Tax Journal, Octobre 2016, IBFD. L'auteur souligne qu'il y aurait conflit si les dispositions de la convention fiscale multilatérale s'ajoutaient à celles des traités fiscaux ou si elles

ne crée pas de nouveaux droits. A cela s'ajoute le débat doctrinal autour de la nature autonome de la Convention Multilatérale. En effet la question est de savoir si elle dispose d'une interprétation qui lui est propre ou bien si l'article 2(2) renvoie aux conventions fiscales bilatérales qui ont été conclues pour connaître l'interprétation des termes et en apprécier l'application⁵⁸⁴. Ce débat conforte les pays émergents dans leur processus d'interprétation.

1066. Les réserves – Le mécanisme même de cette convention, présentée au début de sa parution comme un instrument, n'annihile pas complètement la dimension bilatérale. Certaines dispositions permettent aux Etats de sauvegarder une certaine latitude, et de préserver tout de même une dimension bilatérale, à travers notamment le fonctionnement des « réserves ». L'article 28 de la convention définit le champ d'application des réserves a contrario lorsqu'il stipule « *Sous réserve du paragraphe 2 aucune réserve n'est admise à l'égard de la présente convention, hormis celles qui sont expressément autorisées* »⁵⁸⁵.

1067. Le texte prévoit dans son ensemble deux types d'options. La première envisage la non-application de certaines dispositions à toutes les conventions fiscales couvertes. La seconde permet aux Etats de s'exonérer de l'application de dispositions spécifiques. A travers ces réserves ce sont les commentaires des pays émergents notamment que l'on institutionnalise. Un certain nombre d'articles fait l'objet des mêmes réticences de la part des pays émergents⁵⁸⁶. Malgré la prise en compte de ces dernières, l'adoption de la convention multilatérale, même si ce n'est pas sa vocation, ne résout pas certaines divergences d'interprétation en matière de qualification de revenu, ou de pratiques fiscales.

⁵⁸⁴ S. Austry et al, *The proposal OECD Multilateral Instrument amending Tax Treaties*, Bulletin for International Taxation, N°70, 2016

⁵⁸⁵ Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE 2017

⁵⁸⁶ 41% des articles de la convention multilatérale ont fait l'objet de 42% de réserves de la part des pays hors OCDE. Exemples de réserves émises par les pays émergents :

- Chine : articles 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16
- Afrique du Sud : articles 5, 9, 10, 11, 12, 14, 16
- Inde : articles 13, 15, 8, 16, 17
- Indonésie : articles 3, 4, 5, 10, 16, 17
- Mexique : articles 6, 17, 14, 16
- Russie : articles 4, 15, 7, 8, 9
- Malaisie : articles 3, 4, 5, 8, 9 10, 11, 14, 17

1068. Ainsi, sans pour autant porter atteinte à la portée juridique du texte signé, ces réserves « nuisent à l'uniformité et à la cohérence des traités »⁵⁸⁷. Pour certains auteurs, elle agit comme « une sorte de rubicube »⁵⁸⁸, permettant de combiner différentes solutions. En théorie la signature de la convention impose juridiquement aux Etats de l'appliquer. Le système de transposition reste néanmoins soumis aux exigences constitutionnelles des pays émergents. La force juridique contraignante de ce texte ne se situe pas selon le Professeur Weil « dans l'existence de sanctions de substitution à la sanction judiciaire que réside la véritable preuve de la juridicité du système judiciaire. Où se situe alors cette preuve, demandera-t-on ? La réponse est d'une grande simplicité : elle se trouve dans la reconnaissance réciproque par les Etats de droits et d'obligations les uns envers les autres ».

1069. Le multilatéralisme fiscal ne se décrète pas. La réforme fiscale américaine de décembre 2017 sonne comme un pied de nez au multilatéralisme insufflé par les actions BEPS. Pour les pays émergents, elle est l'exemple, si ce n'est la confirmation de la méfiance qu'ils ont longtemps nourrie à l'égard de l'ordre fiscal international et plus particulièrement de l'efficacité des normes fiscales internationales. Le flou et les limites dans lesquels semblent plonger le multilatéralisme fiscal, n'empêchent pas celui-ci de perdurer. Les faits sont souvent révélateurs de dissonances de légitimité.

§ II Le maintien du bilatéralisme par les pays émergents

1070. Malgré les velléités de certains pays développés de jouer leur propre partition fiscale⁵⁸⁹, les pays émergents réinventent le multilatéralisme fiscal en préservant un cadre bilatéral et sous une forme hétéroclite. Au moment où une partie de la communauté fiscale internationale fait le constat de l'essoufflement du modèle OCDE, les pays émergents multiplient la conclusion ou la renégociation de traités fiscaux sur la base même de ce modèle. Leur adhésion à la convention fiscale multilatérale, ne les

⁵⁸⁷ N. Bravo, *The multilateral tax instrument and its relationship with tax treaties*, World Tax Journal, Octobre 2016, IBFD.

⁵⁸⁸ D. W Blum, *The relationship between the OECD Multilateral Instrument and Covered Tax Agreements : Multilateralism and the Interpretation of the MLI*, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°3, Février 2018

⁵⁸⁹ En 2018, l'administration fiscale américaine a instauré une nouvelle taxe dénommée « Base Erosion Anti-abuse Tax » (BEAT). Elle a pour but de limiter les flux intra-groupes entre les filiales américaines de groupes étrangers. Cette adoption dénote les faiblesses du multilatéralisme, et traduit la volonté des Etats de maîtriser leur avenir fiscal dans un contexte globalisé.

a pas empêchés de conserver le cadre de négociation bilatérale (A), et surtout de faire passer des mesures fiscales dans le cadre des traités d'investissement internationaux (B).

A/ Le paradoxe conventionnel

1071. En 1980, l'ONU publie, dans un contexte de guerre froide, son premier modèle de Convention fiscale. Trente-sept ans après celui de Mexico, les deux modèles sont inspirés par la même philosophie, à savoir accorder une plus large place à la taxation à la source. Il inspira certaines conventions fiscales conclues entre pays émergents, comme celles entre l'Inde et la Tanzanie en 1981, ou encore entre l'Indonésie et la Thaïlande en 1982.

1072. Cependant, la réalité fut bien en-deçà des espérances. Le modèle ne proposa rien d'innovant, par rapport au modèle de Mexico, et surtout en prenant comme point de départ le modèle OCDE de 1963, il s'en inspira très fortement. Ce fut à ce titre un reproche récurrent fait à la convention onusienne, celui de n'être qu'une pâle copie du modèle OCDE. La position onusienne à l'égard des grands principes tels que celui de la taxation à la source, fut même plus timorée que celle de son aînée. En effet, l'article IV (1) du modèle de Mexico est plus affirmatif dans son principe. En revanche, à l'instar des travaux du Comité des Experts fiscaux de la Société des Nations et du modèle de 1928, les experts onusiens pallient cette frilosité en élargissant la définition d'établissement stable.

1073. La multiplication des conventions par les pays émergents – Fort de ces deux modèles, et conscient que celui de l'OCDE constituait le bréviaire fiscal du monde des affaires et des Etats, leur réseau conventionnel s'est constitué autour de celui-ci en y apportant à la marge des conceptions avancées par le modèle onusien. La conclusion en 1983, par la Chine de sa première convention fiscale avec le Japon, sur la base du modèle OCDE, sonne comme un désaveu. C'est au début des années 1990, que la Chine tisse un réseau conventionnel aussi bien avec les pays développés qu'avec des pays émergents. Elle dispose aujourd'hui d'un réseau conventionnel dense avec plus de cent conventions fiscales signées.

1074. Bien qu'ayant conclu moins de conventions fiscales, le Brésil et l'Inde disposent d'un réseau en devenir, l'Inde ayant entamé une phase de renégociation de ses traités après les années 2000.

1075. A date, près de 4000 conventions fiscales ont été conclues. Les pays membres de l'OCDE en ont ratifié 2080, alors que les pays BRICS en ont conclu 387, soit 18 %. Ramené aux pays membres du G20, les mêmes qui ont mandaté le comité des affaires fiscales de l'OCDE. de plancher sur les actions BEPS, ce taux grimpe jusqu'à près de 30% si on associe à ces pays, des économies émergentes, le réseau conventionnel fiscal de ces nations en devenir s'élève à près de 40 %.

1076. Cette évolution du réseau conventionnel témoigne d'une prise de conscience, par les pays émergents, de l'importance de celui-ci, comme vecteur d'intégration au système fiscal international. Il est aussi le signe d'une nouvelle forme de multilatéralisme, dans la mesure où les commentaires, réserves, ou interprétations des pays émergents figurent en général, dans chacune des conventions fiscales conclues. Toutefois, parmi l'aéropage conventionnel que peuvent utiliser les pays émergents pour traiter de sujets fiscaux, les traités d'investissements internationaux, qui sont plus anciens que les conventions fiscales, jouent un rôle important.

B/ La place des traités d'investissements internationaux

1078. La relation entre les traités d'investissements internationaux conclus par les pays émergents et les mesures fiscales internationales a pris ces derniers temps un relief particulier avec les affaires *Vodafone v. India* et *Cairn Energy v. India* rendues en 2020. Elles mettaient justement en lumière le traité d'investissement conclu par l'Inde avec le Royaume-Uni. Dans ces affaires, les tribunaux ont essentiellement estimé que l'imposition rétroactive des gains en capital violait l'obligation de l'Inde en vertu de la norme de traitement juste et équitable inscrite dans le traité bilatéral d'investissement Inde-Royaume-Uni. Dans l'intervalle, l'Inde a unilatéralement mis fin au traité d'investissement entre les deux pays et a également annoncé qu'elle abrogerait

l'imposition rétrospective en vue de régler le litige en cours plus tôt en 2021⁵⁹⁰. Ces litiges sont révélateurs de la problématique entre ces deux types d'accords internationaux concernant de près ou de loin les dispositions de fiscalité internationale. Un des objectifs « officieux » des traités fiscaux bilatéraux est d'améliorer les conditions d'implantation des entreprises étrangères sur le territoire des pays dits source, autrement dit des pays émergents. Ils participent d'une certaine manière à l'accélération des investissements directs étrangers sur leur territoire. Au fur et à mesure que l'aide publique des Etats développés s'amenuisait, la multiplication de ces traités s'accélérait au cours des années 2000.

1079. La différence entre convention fiscale et traité d'investissement – Entre temps, des accords financiers sont venus compléter le dispositif fiscal conventionnel. Il convient de noter que la différence fondamentale entre ces types d'accords réside dans le fait que les traités relatifs à l'investissement et au commerce ne reconnaissent pas le lieu de résidence de l'entreprise comme le conçoivent les principes de fiscalité internationale alors que ces derniers et les modèles de convention fiscale ont été conçus en partie autour de cette notion. Cette distinction constitue un avantage pour les pays émergents qui ont multiplié leur conclusion. Le premier accord bilatéral d'investissement a été signé entre un pays émergent et un pays développé, en 1959. Ces accords ont clairement pour objectif « *d'attirer des investissements directs étrangers ainsi que les actifs tangibles et intangibles que ces investissements peuvent représenter* »⁵⁹¹.

1080. D'après la base de données du Centre International pour de Règlement des différends relatifs aux investissements, le nombre d'accords conclus par les pays émergents est supérieur à celui des conventions fiscales bilatérales. Techniquement, ils sont destinés à intensifier les échanges entre Etats, et à sécuriser les investissements réalisés par des pays développés dans les pays émergents. Dans un premier temps, seules les mesures juridiques destinées à protéger la propriété intellectuelle et le savoir-

⁵⁹⁰ R J. Danon et S. Wuschka, International investment agreements and the international tax system: the potential of complementary and harmonious interpretation, Bulletin for International Taxation, 2021 (volume 75), N°11/12

⁵⁹¹ K P. Sauvart, *Emerging markets and the international investment law and policy regime*, The Oxford handbook of management in Emerging markets, 2019

faire apportés par les entreprises multinationales des pays développés étaient concernées.

1081. Au fur et à mesure, ces accords ont incorporé dans leur corpus rédactionnel et contractuel, des exonérations de droits de douane. Surtout, la majorité contient une clause de la nation la plus favorisée, ce que refuse de reconnaître, comme nous l'avons vu, le modèle de convention fiscale bilatérale OCDE. Dans son rapport de 2015, la CNUCED avait enjoint la communauté internationale à respecter une certaine cohérence entre les politiques menées en matière d'investissement et celles mises en œuvre d'un point de vue fiscal. Cependant, elle insistait sur l'impact de l'évasion fiscale dans le budget des pays émergents, et la nécessité d'inclure dans les contrats de financement des dispositions permettant d'éviter des montages de financement qui auraient pour conséquence de légitimer ou à tout le moins d'instaurer une forme d'évasion fiscale.

1082. C'est ainsi que germent des dispositions fiscales spécifiques dans ces types d'accords à la fois pour améliorer la sécurité des investissements, et surtout accélérer les investissements directs étrangers dans un contexte de finances publiques exsangues. L'établissement de zones franches, ou bien l'exonération de toute retenue à la source constituent souvent le socle de ces nouvelles mesures.

1083. La compatibilité entre conventions fiscales et accords d'investissement – Ces différents avantages peuvent venir en contradiction avec les conventions fiscales bilatérales déjà conclues. Surtout, elles posent un problème de hiérarchie des normes. L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, tend à clarifier l'application des traités successifs portant cependant sur la même matière⁵⁹².

1084. Les accords bilatéraux d'investissement et les conventions fiscales bilatérales conclus par les pays émergents sont concernés par cette disposition, puisque l'article vise les traités. En revanche, il ne s'impose pas aux dispositions à l'intérieur du traité.

⁵⁹² Convention de Vienne signée en 1969 : Article 30 alinéa 2 *Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent* ».

Or, l'incompatibilité peut justement concerner une mesure d'un de ces accords d'investissement. La plupart du temps ces dispositions fiscales sont relatives au savoir-faire et de manière plus générale aux intangibles, qui peuvent être incorporées dans ces traités d'investissement. Cela fait naître une problématique juridique dans la mesure où il s'agit de savoir quel type de dispositions prime. L'alinéa 3 de l'article 30 prévoit une clause de compatibilité entre les clauses du traité antérieur et postérieur⁵⁹³. Cet article privilégie la supériorité du traité conclu en dernier. Mais la portée de ce type de clause peut paraître insuffisante puisque les dispositions antérieures ne sont pas définitivement abolies, comme le souligne Nathalie Bravo, au nom de la liberté des Etats de conclure et d'appliquer les dispositions qu'ils estiment indispensables à leurs intérêts. A défaut de l'application du principe de la loi postérieure, les mesures fiscales conclues dans le cadre des conventions fiscales devraient prévaloir sur celles des traités bilatéraux d'investissement. Bien qu'il ne soit pas régi dans le cadre de la convention de Vienne, il apparaît comme une alternative en cas de conflit d'interprétation. La convention multilatérale conjugue à la fois le principe de postérité et de spécialité, tout en donnant à chaque Etat la faculté d'user de son droit d'option et de réserve, sauf, dans une certaine mesure, en ce qui concerne les stipulations anti-abus. En somme, l'exercice du multilatéralisme en matière fiscale n'est pas encore complètement encadré juridiquement pour qu'il soit définitivement accepté par les pays émergents.

⁵⁹³ Convention de Vienne signée en 1969 : Article 30 alinéa 3 « *Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur* ».

Conclusion Chapitre I

1085. Michel Virally définissait l'organisation internationale comme un « *acteur autonome ... qui se comporte elle-même comme une force, pesant sur le jeu social, et cherchant à l'orienter vers la réalisation de ses objectifs propres* »⁵⁹⁴. En s'érigeant comme l'héritière des comités d'experts fiscaux de l'entre-deux guerres, l'OCDE a incarné ce rôle. Elle a occupé une place laissée vacante par l'ONU. Elle a fortement contribué à l'institutionnalisation de la fiscalité internationale, en devenant le centre d'une forme gouvernance fiscale internationale. Le travail conséquent réalisé par le comité des affaires fiscales a permis aux principes et pratiques de fiscalité internationale, d'une part d'irradier l'ensemble des acteurs de la vie des affaires, Etats membres de l'organisation comme ceux qui ne le sont pas, et, d'autre part d'être considérée comme une matière juridique à part entière. L'institutionnalisation de la fiscalité internationale est indéniable.

1086. Mais depuis un siècle, l'exercice de la gouvernance fiscale internationale a évolué et avec elle sa typologie. Alors que le système fiscal international n'associait que les pays développés, il s'ouvre davantage aux pays émergents. Alors qu'originellement le cadre de son exercice était strictement établi, au sein d'une organisation internationale, juridiquement reconnue, il a tendance à glisser vers des instances moins formelles ou de plus en plus informelles.

1087. Cette évolution s'accompagne d'un changement de sens de la gouvernance fiscale internationale. L'organisation centrale et verticale du système fiscal international comme manifestation de la gouvernance fiscale pendant près d'un demi-siècle semble ne plus correspondre aux évolutions du monde économique. Pourtant elle s'efforce d'associer les pays émergents à la réflexion, à l'élaboration de la nouvelle fiscalité internationale. Mais associer ne signifie pas intégrer. Par ailleurs, ils ne manifestent pas la volonté de vouloir l'être pleinement. Aussi faute de pouvoir les accueillir au sein même de l'organisation, l'OCDE perd quelque peu en légitimité représentative et laisse émerger certaines organisations auxiliaires.

⁵⁹⁴ M. Virally, *L'organisation mondiale*, Paris, A. Colin, 1972, Collection U. Série Droit international public.

1088. Comme le souligne Dominique Carreau, « *La grande hétérogénéité des Etats entraine deux conséquences fondamentales sur le droit international contemporain. Tout d’abord, il est de plus en plus difficile de devenir, ou de rester universel faut d’intérêts suffisamment communs entre les Etats, et en raison de la difficulté d’atteindre des compromis qui gardent encore un sens. Rien d’étonnant dans ces conditions que le droit international connaisse actuellement ses développements les plus importants dans le domaine régional où la solidarité est plus facile à organiser en raison de la présence d’Etats plus homogènes* »⁵⁹⁵. Ces instances régionales, souvent empreintes de communautarisme, spécifiquement dédiées à la matière fiscale, ou bien plus généralistes, n’hésitent pas, fort de la convergence des positions des pays émergents qui les composent, à interpréter de façon autonome les principes dominants de fiscalité internationale, élaborés par l’OCDE.

1089. L’institutionnalisation de la place des pays émergents – Le modèle multilatéral remis au goût du jour par l’OCDE doit permettre de poser les bases d’une gouvernance fiscale harmonisée entre pays développés et pays émergents, afin d’uniformiser les principes et les pratiques fiscales internationales. Mais cette coopération ne peut être totale, sans disposer d’un lieu unique et reconnu par tous. L’OCDE ou le cadre inclusif tentent de l’incarner. Les instances informelles qui se sont mises en place devaient prolonger cette coopération plus étroite avec ces pays. Elles peuvent néanmoins apparaître pour certains pays émergents comme sous influence. Leur démarche s’inspire juridiquement davantage d’une dynamique d’assimilation de ces pays dans une structure préexistante plutôt que d’une coopération sur un même pied d’égalité. Celle-ci est à la fois nécessaire et logique puisque ces structures concourent à l’élaboration de la grammaire fiscale.

1090. Ces deux modes de gouvernance, formel et informel, traduisent néanmoins une volonté d’institutionnaliser la place des pays émergents sur la scène fiscale internationale. Toutefois, la multiplication et l’influence croissante de ces lieux informels incitent les organisations internationales à utiliser des outils de gouvernance plus inclusifs pour justement maintenir leur pouvoir d’influence.

⁵⁹⁵ D. Carreau, et F. Marrella, *Droit International*, Ed A. Pedone, 11^{ème} édition, 2012

1100. Historiquement, il existe trois modes de gouvernance fiscale : le bilatéralisme, le multilatéralisme, et le régionalisme. Les pays émergents oscillent entre ces modes passant de l'un à l'autre de manière simultanée sans qu'un seul ne soit clairement privilégié, et sans forcément cohérence dans l'interprétation des dispositions fiscales. Dans le cadre des relations fiscales internationales, le défi du multilatéralisme est de tenter de résoudre la dichotomie entre Etat source et Etat de résidence ou en tous les cas de leur permettre de coexister. Il ne peut être opérant qu'entre pays fonctionnant de manière uniforme ou à tout le moins disposant de systèmes fiscaux analogues.

1101. Mais si le multilatéralisme comme modèle de gouvernance ne peut pleinement s'épanouir dans un système dual, il le peut en revanche si la frontière entre les critères de détermination d'un pays source et d'un pays de résidence s'estompent. Or, c'est précisément ce à quoi est confronté le système fiscal international. Ce n'est qu'à partir du moment où chacun des deux groupes de pays, développés et émergents auront pris pleinement conscience qu'ils sont de plus en plus confrontés aux mêmes problématiques fiscales, issues de la globalisation de l'économie, que la gouvernance fiscale internationale harmonisée pourra être envisagée. Même en prenant conscience de cette évolution, la traduction juridique ne sera pas pourtant aisée, tant le passé fiscal et le rapport de force sont des données qui déséquilibrent le paysage fiscal international.

Chapitre II Un paysage fiscal international en équilibre

1102 L'enjeu de la gouvernance fiscale au niveau international se résume à une question de prééminence. Il s'agit de savoir qui des pays émergents ou de l'OCDE et des pays développés est en capacité d'imposer à l'autre sa perception, sa vision des principes dominants de fiscalité internationale. Certains auteurs ont pu considérer que sans sanctions le droit ne pouvait s'imposer. A l'inverse Maxime Chrétien soutient que les dispositions fiscales au niveau international s'appliquent sans avoir besoin de recourir à un système de sanctions, parce que les Etats appliquent de manière réciproque les dispositions qu'ils ont eux-mêmes décidés d'adopter.

1103. Il n'en demeure pas moins vrai que l'institutionnalisation et la sanctuarisation de la matière sont importantes pour que cette reconnaissance soit réciproque. Ce besoin d'ordonnement voulu par l'OCDE permet selon Marie-Anne Frison-Roche « *la mise du droit en système évite les deux défauts majeurs d'un entassement de règles que sont l'antinomie et la lacune, car celles-ci engendrent l'insécurité contre laquelle le système juridique est fait* »⁵⁹⁶. Une gouvernance fiscale internationale, connue, et acceptée évite les écueils d'un fonctionnement juridique anarchique.

1104. L'auteur reconnaît cependant qu' « *Un système juridique, ce n'est pas nécessairement une organisation hiérarchique. On peut concevoir un ordre construit sur un cumul d'origine hasardeuse de compétences attribuées à différentes institutions, non seulement à travers différents offices mais encore à travers différentes emprises géographiques (nationales, régionales, mondiale)* »⁵⁹⁷.

1105. La double stratégie fiscale des pays émergents – La multiplication de ces lieux de dialogue, d'élaboration, d'interprétation, ou encore de régulation donne l'impression qu'il n'y a pas ou plus de véritable maître du jeu. Ce constat laisse place

⁵⁹⁶ M-A. Frison-Roche, *Le droit, source et forme de régulation mondiale*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique et Social, « Gouvernance Mondiale », La Documentation Française 2022

⁵⁹⁷ M-A. Frison-Roche, *Le droit, source et forme de régulation mondiale*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique et Social, « Gouvernance Mondiale », La Documentation Française 2022

à un comportement ambivalent de la part des pays émergents. Il révèle une double stratégie, risquée au demeurant.

1106. D'une part ils manifestent un attachement aux préceptes de l'OCDE. Alors que leur volonté d'autonomie mais également la place de plus en plus prépondérante qu'ils occupent en matière économique auraient pu les conduire à s'inspirer d'autres modèles. Mais la quasi-totalité des conventions fiscales internationales signées empruntent au modèle OCDE.

1107. D'autre part, leur droit interne se révèle être en contradiction avec les dispositions conventionnelles qu'ils ont conclu. Leurs propres dispositions fiscales se veulent à certains égards plus restrictifs et ont tendance à gommer autant que faire se peut les mesures asymétriques des traités fiscaux conclus avec les pays développés.

1108. Pour autant ces deux stratégies ne peuvent s'exclure l'une de l'autre pour au moins bénéficier d'investissements directs dont jusqu'à présent seuls les pays développés peuvent assurer. Cette adhésion juridique au monde fiscal multilatéral crée les conditions d'une sécurité pour les investisseurs étrangers des pays exportateurs de capitaux. Mais il leur est tout aussi important de préserver leurs bases fiscales des pratiques, qui pour certaines, tout en étant légales leur donnent le sentiment d'être floués.

1109. La nouvelle grammaire fiscale internationale, ne peut désormais s'écrire sans les pays émergents. Ils y participent directement ou indirectement. Leur influence ne se limite pas seulement à une lecture nouvelle ou différente des principes et des pratiques fiscales. Elle imprime le paysage fiscal international. Bien que le comportement de l'ensemble des pays émergents ne soit pas homogène, il oscille néanmoins entre défiance et méfiance (Section I). Cette attitude exige que le paysage fiscal soit plus cohérent dans son fonctionnement (Section II).

Section I Entre défiance et méfiance

1110. Les Etats mais également les organisations internationales chargées de traiter des problématiques de fiscalité internationale, sont en quête d'établir ou de consolider les bases d'un consensus autour des principes majeurs que sont le prix de pleine concurrence, l'établissement stable, la notion de redevance mais également, autour des méthodes d'allocation des ressources et de partage des profits, qui elles reposent désormais sur la notion de création de valeur.

1111. Le chemin consensuel adopté par l'OCDE avec l'assentiment des pays émergents ne crée pas les conditions d'une mise en œuvre uniforme des principes de fiscalité internationale. Pour autant c'est la seule voie possible, car elle permet de fédérer le maximum de pays. Comme le souligne Pascal Saint Amans, « *Avec le consensus, l'Etat qui n'est pas d'accord va éviter de bloquer ce que les autres souhaitent et la dynamique est différente de celle de l'unanimité. Une règle est adoptée par consensus lorsque plus personne ne s'y oppose, alors qu'une règle est adoptée à l'unanimité lorsque tout le monde s'est prononcé explicitement en sa faveur* »⁵⁹⁸.

1112. Tout le travail du Comité des affaires fiscales depuis l'ouverture des commentaires au modèle conventionnel aux pays non-membres, a eu pour objectif la recherche de ce consensus. Malgré l'élaboration des quinze actions BEPS, la création du cadre inclusif et la multiplication de groupes de travail associant les pays émergents celui-ci a tendance à s'effriter.

1113. Deux raisons expliquent cette tendance. D'une part la démarche des pays émergents à vouloir imposer leurs propres interprétations. D'autre part la recherche de l'unanimité plutôt que le consensus. Cette tendance inspire aux pays émergents une certaine défiance et leur laisse augurer les résurgences d'un nouvel « impérialisme fiscal » (paragraphe I). Elle crée également les conditions d'un repli sur soi et peut être révélateur d'une certaine méfiance (paragraphe II).

⁵⁹⁸ P. Saint-Amans, *Communications prononcées devant l'Académie des sciences morales et politiques au Palais de l'Institut de France, au cours de l'année 2016*, « La vie internationale et le droit », *Communication « La fiscalité internationale »*, *Débat Public*, collection de l'Académie des sciences morales et politiques, Editions Hermann 2017.

§ I Les tentatives d'« impérialisme fiscal », ou les signes de la défiance

1114. L'effritement du leadership fiscal occidental – Le leadership occidental en matière de fiscalité internationale n'a souffert aucune contestation pendant près d'un siècle. Celui-ci s'est cependant effrité de manière séquencée. A mesure que la mondialisation de l'économie mondiale mutait en un phénomène de globalisation, les pays émergents prenaient de plus en plus d'importance aussi bien dans le cadre des échanges et des négociations commerciales mondiales. Cette prépondérance n'a pas été sans conséquence sur le fonctionnement du système fiscal international.

1115. Les institutions chargées d'élaborer les principes et pratiques fiscales ont, dans un premier temps, ouvert leur modèle à la discussion. Puis, elles ont recherché leur assentiment, en tentant d'ouvrir davantage les modalités d'adhésion de ces pays, conformément à l'article 16 du modèle de Convention OCDE, qui précise que « *Le Conseil peut décider d'inviter tout Gouvernement prêt à assumer les obligations de membre, à adhérer à la présente convention*⁵⁹⁹. Ce processus reste cependant éminemment politique. Il est à la fois soumis à la volonté des Etats membres d'associer ces pays, mais également et surtout au souhait de ces derniers d'accepter de rentrer dans une organisation, dans laquelle ils pourraient être contraints de se conformer davantage aux dispositions fiscales auxquelles ils ont souscrites⁶⁰⁰.

1116. La multiplication des commentaires au modèle conventionnel, notamment en 2011 ou en 2014, a incité l'OCDE à les associer davantage au processus décisionnel. Les actions BEPS ont été l'occasion de s'engager dans cette voie, avec notamment le cade inclusif, qui a permis aux pays émergents de faire officiellement entendre leurs interprétations afin qu'elles soient davantage entendues et prises en considération.

⁵⁹⁹ Modèle de Convention OCDE, Article 16.

⁶⁰⁰ Sur ce point, deux objections peuvent leur être opposées. Tout d'abord, les conventions fiscales bilatérales qu'ils ont conclues reprennent les mesures et les interprétations développées par l'OCDE. Ce n'est qu'à travers leurs règles de droit interne qu'ils y contreviennent et les remettent en cause. Par ailleurs, l'article 6 alinéa 1 de la convention relative à l'OCDE initie une sorte de droit de réserve. Il leur permet, même en étant membre de l'institution, de ne pas appliquer les dispositions, en l'occurrence fiscales, qui ne leur convient pas. A titre d'exemple, la Pologne et la Lituanie ont émis, dans leur accord d'adhésion, des réserves quant au modèle de convention fiscale à la rubrique fiscale de l'accord.

1117. Cette bonne volonté n'éteint pas pour autant la défiance que nourrissent les pays émergents à l'endroit de cette démarche. Celle-ci, peut même raviver le sentiment que les pays développés ne souhaitent pas laisser échapper leur leadership et laisse persister une certaine forme d'« impérialisme fiscal occidental » (A). Il renforce la volonté des pays émergents d'assoier une certaine hégémonie sur la scène fiscale internationale (B).

A/ Les subsides de l' « impérialisme occidental »

1118. En 2016 lors du Sommet de Hangzhou, les pays du G20 parmi lesquels figurent en grande partie les pays émergents soulignaient, « *Nous encourageons les pays et les organisations internationales à aider les économies en développement à renforcer leurs capacités fiscales et nous prenons acte de la création de la nouvelle Plateforme de collaboration sur les questions fiscales par le FMI, l'OCDE* ».

1119. Ils reconnaissaient de façon officielle l'importance du rôle joué par les organisations internationales. Bien qu'ouvertes aux pays émergents, elles restent fortement influencées par les pays développés. La bonne conduite de la politique fiscale menée par les pays émergents devait devenir un élément majeur de leur développement. Mais celle-ci ne pouvait être correctement mise en œuvre et pleinement efficace, que si les autorités et les administrations fiscales étaient vigilantes à sa bonne application.

1120. Ces postulats unanimement reconnus par l'ensemble des Etats et particulièrement les pays émergents donnent d'une part aux organisations financières internationales, le pouvoir d'influencer sur la politique fiscale des Etats et de susciter l'application des principes, et d'autre part à l'OCDE la possibilité d'instaurer des forums d'aide et d'entraide destinés aux pays les moins développés et les plus dépourvus en termes d'organisation administrative et de coordonner les actions administratives de ces derniers. Autrement dit, ce sont des organisations occidentales qui disposent indirectement ou à tout le moins exercent indirectement un pouvoir fiscal sur les pays émergents.

1. *Le rôle des organisations financières*

1121. FMI et Banque Mondiale – La fiscalité n'est pas une compétence expressément dévolue aux institutions financières internationales que sont le Fonds Monétaire International (FMI) ou le Groupe de la Banque Mondiale⁶⁰¹. Ce sont des organisations internationales techniques, dont l'objectif est de « Promouvoir la coopération monétaire internationale »⁶⁰² pour le FMI, ou encore de fournir une assistance financière d'aide au développement pour la Banque Mondiale⁶⁰³.

1122. Aucun élément dans leurs statuts ne les prédispose à intervenir en matière de fiscalité internationale. Les statuts de la banque mondiale n'évoquent pas la fiscalité comme un domaine d'intervention spécifique. Elle est simplement un élément qui est pris en compte dans l'évaluation des projets qui sont mis en œuvre.

1123. C'est le cas des projets soutenus par l'Agence Multilatérale de garantie (MIGA), qui encourage des investissements étrangers dans les pays en développement, en fournissant une garantie contre les risques de pertes non commerciaux. L'institution souligne simplement que ces projets doivent être des pourvoyeurs d'emplois à petite échelle mais également générer des recettes fiscales⁶⁰⁴.

1124. Mais c'est à travers la publication de rapports que le rôle de la Banque Mondiale s'affirme dans le domaine fiscal. Celui de 2017 révèle que le taux effectif d'imposition dans les pays d'Afrique sub saharienne est 7 % au-dessus de celui de la moyenne des

⁶⁰¹ Le groupe de la Banque Mondiale est constitué de cinq institutions :

- « La Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), qui accorde des prêts aux gouvernements des pays à revenu intermédiaire et des Etats pauvres solvables ;
- L'Association internationale pour le développement (IDA), fournit des prêts à intérêts zéro, appelés crédits, aux gouvernements des pays les plus pauvres ;
- La Société financière internationale (SFI) octroie des prêts directement au secteur privé des pays en développement ;
- L'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), offre des garanties contre les pertes occasionnées par des risques non commerciaux à ceux qui investissent dans les pays en développement ;
- Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) fournit les infrastructures internationales nécessaires à la conciliation et à l'arbitrage des conflits dans ce domaine »

Le guide de la Banque Mondiale, 2003, Edition De Boeck Université, 2005.

⁶⁰² Article 1 alinéa 1 Statut Fonds Monétaire International

⁶⁰³ Ces deux Organisations Internationales ont été créées en 1944, lors de la Conférence de Bretton Woods. L'adhésion des pays est le fait d'une démarche volontaire de la part des pays. Dans le cadre du FMI, les pays membres bénéficient de quotes-parts qui s'expriment en droits de tirage spéciaux. Ceux-ci constituent une sorte de cotisation versée par les Etats membres qui leur donnent droit ensuite à bénéficier de l'aide de l'institution qui se manifeste sous forme de prêts.

⁶⁰⁴ Le guide de la Banque Mondiale, 2003, Edition De Boeck Université, 2005.

autres pays. Ces rapports établissent clairement et logiquement un lien entre la pertinence des investissements et la politique fiscale menée par les Etats. A travers eux, la Banque Mondiale incite les pays émergents à adapter leur fiscalité afin que les investissements soient davantage sécurisés. Celle-ci doit donc nécessairement correspondre plus ou moins aux principes et pratiques soutenus et développés par l'OCDE. La composition même de l'institution laisse peu de place à une autre interprétation.

1125. La majorité des membres peut varier selon l'organisation du groupe. Elle comprend toujours principalement les pays membres de l'OCDE, avec une part prépondérante attribuée dans le pacte d'actionnaires à seulement quelques pays. C'est le cas de Banque internationale pour la reconstruction et le développement, qui compte parmi ses principaux actionnaires, la France, les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne, et le Japon. L'implication fiscale de cette institution auprès des pays émergents est donc plus ou moins insidieuse, ou en tous les cas s'exerce de manière indirecte.

1126. En revanche, le Fonds Monétaire International est plus direct dans sa démarche. Bien que, comme il a été rappelé, la fiscalité ne soit pas un de ses domaines de compétence spécifique, il n'en demeure pas moins qu'elle prend une place de plus en plus importante, dans les rapports qu'il produit.

1127. Ainsi, en 2000, le Fonds a publié un document de travail intitulé « Tax policy for emerging markets : developing countries »⁶⁰⁵. Celui-ci met en exergue le fait que « dans les pays émergents, la politique fiscale est le plus souvent l'art du possible plutôt que la poursuite de l'optimum »⁶⁰⁶. S'il procède à une analyse comparative des dispositions fiscales en vigueur dans les pays émergents et celles appliquées par les pays développés, c'est pour ensuite mieux soutenir la mise en œuvre de réformes fiscales structurantes pour que ceux-ci puissent améliorer leurs recettes fiscales.

⁶⁰⁵ V. Tanzi et H. H Zee, *Tax policy for emerging markets : developing countries*, IMF Working paper, WP/00/35

⁶⁰⁶ V. Tanzi et H. H Zee, *Tax policy for emerging markets : developing countries*, IMF Working paper, WP/00/35

1128. C'est ainsi que le rapport pointe du doigt l'inefficacité et le coût exorbitant du programme d'aides fiscales élaboré par les pays émergents « *certaines incitations fiscales ont un coût effectif plus important que d'autres, aussi bien en matière politique que sur un plan administratif* »⁶⁰⁷. Ce constat conduit alors l'institution à conditionner l'octroi de ses aides à la mise en œuvre de politique fiscale plus efficaces pour favoriser les investissements directs étrangers. Il incite surtout les pays émergents à être davantage encore, en phase avec les préceptes recommandés par l'OCDE.

1129. Cette dynamique a tendance à renforcer certaines velléités d'« impérialisme fiscal » de la part des pays occidentaux. Elle accroît par la même occasion le sentiment de défiance que peuvent avoir les pays émergents à l'égard de principes et de pratiques fiscales internationales qui ne leur permettent pas de préserver et de sécuriser leurs bases fiscales. Cette défiance s'accroît avec le rôle que certaines institutions souhaitent jouer au sein même de l'appareil administratif de ces pays.

2. Le rôle de l'assistance administrative

1130. L'organisation fiscale de l'administration des pays émergents ne fonctionne pas de telle manière qu'elle leur garantisse le contrôle et la perception de l'impôt. La vocation de cette assistance est justement de pallier ces insuffisances en leur prodiguant des conseils.

1131. Le Centre de politique et d'administration fiscales (CTPA) constitue le fer de lance de cette mise en cohérence des systèmes administratifs. Pascal Saint-Amans reconnaît qu'« *Il est le pivot des travaux de l'OCDE dans le domaine fiscal. Il apporte son soutien technique au Comité des affaires fiscales et à ses organes subsidiaires, ainsi qu'au Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales* »⁶⁰⁸.

1132. Ainsi en matière administrative, l'OCDE assume sa volonté de jouer un rôle structurant d'aide à l'amélioration de l'appareil administratif notamment des pays

⁶⁰⁷ V. Tanzi et H. H Zee, *Tax policy for emerging markets : developing countries*, IMF Working paper, WP/00/35

⁶⁰⁸ Brochure Centre de politique et d'administration fiscales, OCDE 2017.

émergents. C'est à tout le moins ce que souligne l'actuel Directeur du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE lorsqu'il insiste sur le fait que « *Dans les années à venir, nous mettrons l'accent sur l'amélioration de la certitude fiscale de manière à créer un environnement stable propice à la croissance économique* »⁶⁰⁹.

1133. Les forums et espaces collaboratifs – Outre l'échange de renseignements et la transparence fiscale, sujets qui ont fait l'objet soit de convention ou de traités spécifiques, l'assurance de ne pas laisser s'éroder leurs bases fiscales se traduit par la maîtrise du contrôle et de la perception de l'impôt. En parallèle du CTPA, le comité des affaires fiscales de l'OCDE a mis en place un forum sur l'administration fiscale (FTA)⁶¹⁰. Sa mission est d'offrir aux responsables d'administrations fiscales la possibilité d'identifier les sujets fiscaux majeurs auxquels ils sont confrontés.

1134. Les pays émergents peuvent également bénéficier de l'expérience d'administrations plus matures ainsi que « *d'outils de référence et des pratiques exemplaires en faveur d'une mise en application efficace, efficiente, et équitable du droit fiscal* »⁶¹¹. C'est à travers différents programmes collaboratifs liés à des thèmes spécifiques que l'OCDE cherche à accompagner les pays émergents afin que la ressource fiscale soit gérée de manière plus optimum.

1135. En 2016, en lien avec le FMI et le groupe de la Banque Mondiale, l'OCDE a initié une plateforme de collaboration fiscale, destinée à apporter un soutien aux pays émergents pour l'application des mesures BEPS, avec huit types d'outils. Ainsi à travers cette plateforme et ces outils, les trois institutions internationales notamment financières peuvent conditionner leurs aides et particulièrement l'octroi de prêts à la bonne application des mesures fiscales prônées par l'OCDE.

1136. Pour renforcer ce contrôle, l'initiative inspecteurs des impôts sans frontières a pour objet de « *faciliter le détachement d'experts qui interviennent, au sein des*

⁶⁰⁹ Brochure Centre de politique et d'administration fiscales, OCDE 2017.

⁶¹⁰ Le Forum a été créé en 2002. Il regroupe près de 46 membres ou pas de l'OCDE.

⁶¹¹ Brochure Centre de politique et d'administration fiscales, OCDE 2017.

administrations fiscales de pays en développement, aux côtés des vérificateurs locaux pour conduire des procédures complexes revêtant une dimension internationale et traiter avec eux les différents problèmes qui caractérisent de telles procédures »⁶¹².

Ces initiatives sont certes animées d'une certaine bienveillance à l'égard des pays émergents. Et malgré une certaine efficacité, ces programmes suscitent cependant une certaine défiance de la part des pays émergents. Ils conduisent inéluctablement ces derniers à confier leur appareil administratif à une autorité qui ne dispose pas de légitimité légale pour le faire.

1137. Certains peuvent même considérer que l'intervention d'inspecteurs fiscaux de pays occidentaux dans le cadre du recouvrement et du contrôle de l'impôt, constitue une violation de leur souveraineté. Mais ces subsides d'une forme d'« impérialisme fiscal occidental » ne doivent pas non plus occulter le fait, que les pays émergents sont demandeurs de cette aide. Pour autant ces aides diverses ne cachent pas une certaine inclination à exercer une ascendance au sein du système fiscal international. Mais en devenant eux-mêmes des acteurs de cette nouvelle grammaire fiscale ils sont également animés par une volonté hégémonique.

B/ La volonté hégémonique des pays émergents

1138. Les pays émergents ne sont pas exempts de ces jeux hégémoniques. Ils y participent à leur manière. Elle s'exerce en premier lieu sur les pays développés, ou pays de résidence. La place majeure et de plus en plus importante qu'ils occupent au sein du commerce international et de l'évolution économique mondial, leur confère un rôle désormais incontournable parmi les tables de la grammaire fiscale internationale. Après des décennies de soumission, ce rôle les conduit naturellement, à vouloir exercer une influence prépondérante au sein du système fiscal international, au point d'imposer leur propre interprétation des principes dominants de fiscalité internationale.

1139. L'influence fiscale extraterritoriale des pays émergents – Ce sont les premiers à être confrontés à l'évolution du numérique. Ils ont bénéficié dans un premier temps de cette manne financière. Ils ont pu offrir aux entreprises multinationales la possibilité

⁶¹² Brochure Centre de politique et d'administration fiscales, OCDE 2017.

d'exercer leurs activités, dans un cadre connu et souple en leur permettant d'accroître leur niveau de rentabilité. La diffusion plus massive du numérique dans tous les secteurs d'exercice d'une entreprise globale affecte néanmoins potentiellement leur assiette fiscale. Leur développement ne dépend plus seulement de leur faculté d'attirer les investissements mais de la possibilité de conserver le produit fiscal généré par ces activités. Divers exemples que nous avons déjà analysés démontrent cette politique et mettent en exergue l'influence fiscale extraterritoriale exercée par les pays émergents.

1140. C'est une des raisons pour laquelle, ils militent pour une remise en cause de la notion d'établissement stable telle que nous la connaissons, et qui privilégie les pays dits de résidence. Ils s'appuient sur cette conception qui veut qu'une entreprise non-résidente n'est établie sur un territoire autrement que par la création d'une filiale. L'élargissement de la notion d'établissement stable constitue un moyen de démontrer que cette même entreprise non-résidente peut être établie quand bien même elle n'a pas créé de filiale. Cette démarche les conduit pour certains d'entre eux, à considérer qu'à partir du moment où un salarié d'une entreprise non-résidente, prend part à des discussions dans le cadre d'une discussion contractuelle, il peut constituer un établissement stable de cette entreprise.

1141. La saisine de l'OCDE par les pays développés afin qu'elle apporte des solutions concrètes pour apaiser notamment leurs profondes divergences révèle l'influence prégnante des pays émergents sur la fiscalité internationale. La force de leurs positions révèle un autre élément, à savoir la portée extraterritoriale de leurs interprétations fiscales. Elle oblige les contribuables entreprises multinationales, à par exemple adapter leurs flux transfrontaliers. Par ricochet, cette position conduira à peut-être plus ou moins long terme les Etats de résidence à revoir leur politique d'octroi de crédit d'impôt lié à l'assujettissement d'une retenue à la source sur ce type de flux⁶¹³.

⁶¹³ Un Etat contractuel n'octroie un crédit d'impôt à un de ses contribuables qu'à partir du moment où le flux concerné a été légalement assujetti à une retenue à la source dans l'autre Etat contractuel conformément à la convention fiscale que les deux pays ont signée. Si le second pays soumet à retenue à la source une prestation, eu égard à l'article 12 du modèle de convention OCDE, que le premier Etat ne considère pas comme étant une redevance, le contribuable de cet Etat se trouve dans une situation de double imposition et a fortiori de perte fiscale. Dans la plupart des cas les Etats de source disposent d'une certaine latitude alors que les Etats de résidence se retrouvent devant un fait accompli.

1142. Il en est de même en matière des pratiques fiscales récentes, et particulièrement celles qui ont trait à la notion d'incorporel comme critère de création de valeur. Après l'insistance certes de deux pays émergents que sont l'Inde et la Chine, mais derrière lesquels se rangent la majorité des autres pays émergents, l'OCDE a fini par accepter de reconsidérer la notion de « marketing intangibles ». Désormais, elle peut constituer un élément de valorisation dans le cadre d'une politique de prix de transfert et peut être considérée comme un facteur de création de valeur.

1143. Cette hégémonie d'influence se conjugue avec la manifestation d'un impérialisme fiscal au sein même des pays émergents. La multiplication de lieux régionaux de gouvernance fiscale permet à cet impérialisme de prospérer. Il agit de manière formelle par la recherche d'une reconnaissance dans les instances classiques de gouvernance fiscale, et par le truchement d'autres organisations internationales plus financières, à vocation régionale. C'est le cas de la BIRD, institution financière dans laquelle, certains pays peuvent représenter des groupes à représentation unique sous forme de zone géographique. Ainsi, la Chine ou encore la Russie, forment des représentations à pays unique.

1144. Les programmes à vocation fiscale – Ces pays tirent leur légitimité de leur poids économique et de l'impact que leur positionnement en matière d'interprétation des principes et pratiques de fiscalité internationale exerce sur l'attitude et les prises de position des pays en émergence. Cette volonté hégémonique entre pays émergents se traduit par la mise en place de programmes. C'est ainsi que la Chine a inauguré en 2013 celui de « La route de la soie ». Ce projet a pour objectif de stimuler les investissements aussi bien en Asie-Pacifique qu'en Europe centrale et orientale. Il vise à développer le domaine de la construction d'infrastructures, de la connectivité maritime et terrestre, du commerce des biens et des services et de la coopération économique.

1145. En apparence sans rapport avec la fiscalité internationale, celle-ci est une des clefs de ce programme. Elle constitue un vecteur d'influence utilisé par la Chine sur les pays qui s'inscrivent dans ce projet. C'est à ce titre qu'elle a conclu un traité avec

le Cambodge permettant à ses entreprises de ne pas encourir de risques de reconnaissance d'établissement stable pendant une période de neuf mois.

1146. Cela leur permet de pouvoir exercer leurs activités en étant imposées uniquement dans leur Etat de résidence et en bénéficiant le cas échéant des incitations fiscales du pays d'origine. Le Professeur Xu Diheng souligne même que « *les pays importateurs de capitaux tentent d'inclure un article d'épargne fiscale dans les conventions fiscales conclues avec les pays exportateurs de capitaux, afin de maintenir l'attrait de leurs incitations fiscales (...) Il y a épargne fiscale lorsqu'un État contractant accepte d'accorder un allègement de l'impôt sur la résidence en ce qui concerne les impôts de l'État d'origine qui n'ont pas été réellement payés* »⁶¹⁴. Ce programme spécifique ainsi que les dispositifs fiscaux de droit interne et leurs propres interprétations de la fiscalité internationale sont des leviers majeurs permettant à la Chine de pouvoir exercer une ascendance sur les autres pays émergents. Elle souhaite asseoir cette hégémonie à des pays en dehors de sa propre sphère d'influence géographique, mais l'étendre à d'autres continents comme l'Afrique. De manière générale, les conventions fiscales bilatérales conclues entre pays émergés et pays en émergence mettent davantage l'accent sur l'imposition à la source que celle négociées avec les pays développés.

1147. Les communiqués des pays BRICS fournissent par ailleurs matière à une démonstration de domination. La fiscalité devient un domaine pour lequel ils accordent une importance particulière, et dans lequel ils estiment que leur position doit être prise en considération. Ces communiqués ont un double objet. D'une part ils sont un signal envoyé aux pays développés, et d'autre part aux autres pays émergents afin de leur signifier que ce sont eux qui donnent la mesure d'interprétation aux grandes mesures fiscales internationales.

1148. L'Inde tente de concurrencer la Chine dans ce domaine. Mais il convient de noter qu'elle s'attache davantage à modifier les interprétations classiques en vigueur parmi les instances comme l'OCDE. A ce titre, elle œuvre plus au sein du cadre institutionnel établi qu'en dehors de celui-ci. A titre d'exemple ses commentaires au modèle

⁶¹⁴ X. Diheng, *Tax risks for chinese investments in ASEAN under the belt and road initiative*, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2018, Volume 24, N° 5, IBFD

conventionnel OCDE sont nombreux. Les propositions de l'ONU n'échappent pas non plus à ses critiques. Sa stratégie est différente de celle de la Chine dans la mesure où elle semble vouloir influencer de l'intérieur la fiscalité internationale sans s'affranchir complètement des instances mais sans pour autant y adhérer. Parmi les raisons de son comportement, le rôle de ses propres institutions judiciaires attachées au respect des engagements internationaux n'est pas étranger, mais également la volonté des autorités fiscales de démontrer leur indépendance et d'accroître l'assiette fiscale des entreprises et des activités implantées sur le territoire. Ces vellétés hégémoniques nourrissent de nombreuses tentations de repli, qui constituent des signes de méfiance à l'égard du système et du fonctionnement fiscal international actuel.

§ II Les tentations de repli ou les signes de la méfiance

1149. Une neutralité fiscale effritée – L'équilibre du système fiscal international semble menacé. Il s'est construit autour d'un consensus entre pays. Ce seul consensus devait suffire à justifier l'élaboration mais également la bonne application des principes de fiscalité internationale. La technicité fiscale et les mécanismes mis en œuvre assuraient une certaine neutralité. Ils permettaient jusqu'à présent aux pays de résidence d'exercer leur compétence fiscale sur les revenus des activités transfrontalières de leurs entreprises résidentes. Aux pays source, il leur revenait d'imposer ces dits revenus d'activité lorsqu'un établissement stable y était établi et d'appliquer une retenue à la source sur les redevances facturées. Or, ce consensus s'est effrité d'année en année. Même les nouveaux modèles de convention fiscale proposés par l'OCDE, n'ont pu arrêter ce mouvement. Bien que ce principe soit la matrice de commandement de l'élaboration des principes dominants de fiscalité internationale, les outils permettant de le faire respecter, ne sont plus aussi efficaces.

1150. Les distinctions classiques, centenaires, comme la différence entre redevance et rémunération de service, ou encore les contours de l'établissement stable font systématiquement l'objet de réexamens. Cette évolution n'est pas simplement conjoncturelle. Elle n'est pas la seule conséquence de l'évolution technologique. Elle est beaucoup plus profonde, plus structurelle. L'irruption des pays émergents sur la

scène fiscale internationale, bouscule les structures économiques et fiscales séculaires. Elle met en lumière les lacunes de certains principes en même temps qu'elle lève le voile sur un déficit de gouvernance équilibré. Certains auteurs estiment qu'« *Il vaut mieux éviter de décrire le régime fiscal international comme un système exempt de mécanismes de domination et d'exclusion* »⁶¹⁵. Mais si le droit de reconnaissance des pays émergents dans le domaine fiscal, n'est pas pleinement pris en compte, il peut être à la source de deux types de risques, qui interagissent, l'un de confrontation entre blocs fiscaux (A) et un autre d'unilatéralisme (B).

A/ Le risque d'une hétérogénéité des principes de fiscalité internationale

1151. La distinction historique entre pays source et pays de résidence, clairement mise en lumière par les conventions de Mexico et de Londres à l'issue du second conflit mondial, a constitué pour des générations d'autorités fiscales et de contribuables la grille de lecture des mécanismes d'application des principes et des pratiques fiscales internationales. Cette distinction a longtemps satisfait chaque catégorie de pays, et leur a permis d'y trouver un certain intérêt. Elle est restée figée jusqu'au début du XX^{ème} siècle et ne semblait pas être remise en cause par aucune des parties.

1152. Au fur et à mesure que les pays émergents prenaient davantage de maturité sur la scène fiscale internationale, cette séparation entendue s'est muée en une sorte d'opposition, voire de confrontation fiscale entre pays développés et pays émergents. Les débats autour des notions de redevance et d'établissement stable en sont l'illustration. Les avancées technologiques ont achevé cette séparation. Ces évolutions comme nous l'avons vu ont émacié la frontière entre Etat de résidence et Etat source, au point que dans certains secteurs de l'économie, notamment les services, les critères d'identification de l'Etat de résidence n'apparaissent plus aussi clairement. A ce titre alors que la France revendique un statut de pays source, l'Allemagne reste attachée à celui de résidence. Cette démarche reste très liée à la structure économique de chaque pays, l'Allemagne reste un pays essentiellement de production manufacturière.

⁶¹⁵ T. D. Magalhães, *What is really wrong with global tax governance and how to properly fix it*, World Tax Journal, 2018 (Volume 10), N°4, IBFD

1153. Mais l'évolution doctrinale et pratique de la fiscalité internationale, a tendance à revenir aux principes posés par les économistes des années 1920, qui privilégiaient un principe d'imposition au lieu de la source des revenus, avantage les pays émergents. Elle pose par ailleurs les fondations d'une opposition avec les pays développés. Celle-ci peut s'avérer être frontale, lorsque ces interprétations sont le fruit de dispositions fiscales internes relativement claires s'appuyant sur un engagement fiscal pourtant conclu. Cette opposition ne fait que s'accroître avec l'émergence de notions nouvelles. Elle converge autour de trois principes clés de la fiscalité internationale.

1154. La reconnaissance de la création de valeur au sein de la fiscalité internationale a permis de revoir les modalités d'identification de la compétence fiscale et de l'allocation des profits. En matière de géopolitique fiscale elle avait vocation à satisfaire les pays émergents. Elle n'a pas pour autant résolu toutes les difficultés. Elle a surtout ouvert la boîte de pandore à certains questionnements. L'absence d'une définition claire, dont l'exercice est difficile, permet aux pays émergents de s'adonner aux interprétations qui leur semblent le plus en adéquation avec leurs intérêts. Cette stratégie n'aura cependant qu'un temps, car les interprétations d'aujourd'hui peuvent devenir les pièges de demain. Toutefois les divergences relatives aux sous-jacents de la création de valeur peuvent constituer un terreau à une insécurité juridique. Elles sont le reflet à l'heure actuelle d'une confrontation en matière d'allocation des revenus imposables.

1155. Parmi les sous-jacents à la création de valeur, constituants également un critère d'allocation des revenus et des profits, la notion d'actifs intangibles est d'une importance particulière. Sur ce sujet, les positions des pays ne sont pas totalement harmonieuses. En effet, les pays émergents en premier rang desquels l'Inde ou la Chine, militent pour que les « marketing intangibles » soient clairement reconnus en matière de fiscalité internationale. Leur approche est de souligner que les filiales locales d'entreprises non-résidentes, engagent des frais qui concourent à la spécificité en local d'une marque de renommée internationale.

1156. Les flux intra-groupe aussi bien dans leur quantum que dans leur qualification constituent un point d'achoppement. Pour les pays émergents, les sièges sociaux des entreprises multinationales doivent revoir les coûts qu'ils facturent à leurs filiales locales, afin justement de les diminuer. Mais l'enjeu pourrait être tout autre. Les pays émergents pourraient considérer que la dimension fiscale devrait être valorisée et de ce fait, les filiales implantées sur leur territoire seraient en droit de refacturer les coûts qu'ils ont pu engager en local pour améliorer l'image de la marque, dans un contexte de globalisation de l'économie. C'est la même logique mais inverse qui animent les pays émergents lorsqu'ils requalifient les rémunérations de certaines prestations de services de support autrement appelé « management fees », en redevances. Si l'objectif premier et à court terme est d'appliquer une retenue à la source, l'évolution pourrait conduire les pays émergents à inciter les filiales locales d'entreprises étrangères à refacturer des services support, qui pourraient être considérés comme étant des services spécifiques à ces pays.

1157. A cela s'ajoute deux phénomènes qui ne sont pas directement fiscaux mais qui impactent la fiscalité internationale et qu'il est nécessaire de prendre en considération afin de mesurer la densité de l'opposition entre pays émergents et pays développés. L'intégration des normes de consolidation IFRS dans les comptes sociaux des pays émergents et l'augmentation de leur niveau de vie et éducatif apparaissent comme des vecteurs d'accentuation de cette opposition fiscale. Ils leur permettront de revendiquer et de faire reconnaître aisément qu'ils participent à la création de valeur d'un groupe et que de ce fait ils ont compétence à imposer les revenus générés au titre de cette création de valeur.

1158. Ainsi quelle que soit la qualification ou la dénomination fiscale que l'on pose, l'opposition fiscale se résout à une distinction entre pays développés et pays émergents. Le statut de pays de résidence n'a pas disparu mais celui de source a cependant tendance à s'accroître et à devenir davantage le principe. Aussi la distinction pays émergents, pays développés ne se résume pas à Etat source ou Etat de résidence, mais, elle est aujourd'hui au cœur de la reconnaissance de la création de valeur dans chacun des pays. Ces dispositions nous renvoient à la notion de groupe en matière fiscale. Elles divergent parfois contredisent l'interprétation en vigueur et militent pour

la reconnaissance de la notion de groupe fiscal. Celle-ci est sous-jacente mais devient de plus en plus prégnante. Les réflexions autour de l'imposition des entreprises du numérique et des piliers 1 et 2 apportent une nouvelle pierre à cet édifice que les pays émergents construisent à bas bruit. L'absence de reconnaissance officielle maintient l'opposition entre ces deux visions qui donnent les apparences d'une confrontation entre blocs fiscaux.

B/ Le risque de l'unilatéralisme

1159. L'ADN des principes dominants de la fiscalité internationale est la recherche permanente de consensus entre pays. La ratification de la convention multilatérale s'inscrit justement dans cette volonté d'établir une collégialité fiscale entre pays aux intérêts divergents. Mais « *la liberté de la plupart des pays d'adopter des règles fiscales internationales est gravement restreinte, même avant la conclusion de toute convention fiscale, par la nécessité de s'adapter aux principes généralement reconnus de la fiscalité internationale* »⁶¹⁶.

1160. Or, pour les pays émergents ces principes inspirés par un principe de neutralité, n'ont pas démontré leur pleine efficacité. Surtout, ils leur laissent à penser qu'ils restent sous le joug d'une sorte de dépendance juridique et légale, qui de près ou de loin, à tort ou à raison limite l'exercice de leur souveraineté.

1161. Aussi pour préserver celle-ci, les pays émergents, inspirés parfois par le comportement de certains pays développés, se réfugient dans une sorte d'unilatéralisme fiscal. Celui-ci se révèle particulièrement au travers de mesures déjà adoptées et qui a priori ne souffrent d'aucune contestation. Il se manifeste sans équivoque lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre de façon concrète les principes auxquels ils ont souscrit. La documentation en matière de prix de transfert en est un exemple frappant.

1162. Depuis de nombreuses années, l'OCDE a fourni un cadre de documentation, qu'elle a modifié au gré des évolutions économiques. Celui-ci est constitué principalement par ce que l'on appelle un « Master file ». Sa vocation est de décrire

⁶¹⁶ R. Avi-Yonah, Tax Law Review, 2000

l'ensemble du fonctionnement du groupe, et d'identifier en même temps qu'il les valorise tous les services rendus par la société mère à ses filiales, ainsi que tous les flux transfrontaliers. Sans attendre les développements récents, les pays émergents ont exigé pendant de nombreuses années à ce qu'une documentation plus locale soit fournie. Elle exigeait même alors que ce dispositif ne faisait pas partie des recommandations de l'OCDE, que les filiales implantées sur leur territoire et à travers elles le groupe fournissent un certain nombre d'éléments financiers et contextuel permettant de démontrer la pertinence des prestations fournies. Certains pays émergents comme le Mexique ont adopté dans leur propre législation un cadre légal à ces mesures. Pour autant chaque contrôle fiscal d'une filiale d'une entreprise non-résidente donne l'occasion aux autorités fiscales locales d'exiger davantage d'informations sur la composition du groupe ou les données financières, souvent en dehors de toutes considérations se rapportant à la filiale concernée.

1163. L'exigence de preuve toujours plus poussée, a conduit et conduit toujours chaque groupe à préciser dans quelles mesures, ces services pour la plupart de support ne pouvaient être délivrés par des personnes en local. L'instauration du « Country by country report » dans le cadre du projet BEPS n'a pas endigué cette boulimie d'informations. Les principaux pays émergents ont ajouté au texte, comme nous l'avons vu précédemment, afin de renforcer les exigences requises auprès des groupes multinationaux.

1164. Le quantum et particulièrement la marge appliquée dans les relations intragroupe est une autre preuve de cet unilatéralisme. L'OCDE estime qu'une marge raisonnable de 5% selon un benchmark adapté, correspondait à l'application du principe de pleine concurrence. Les pays émergents considèrent le système de comparabilité inadapté et le niveau de marge trop important eu égard à la réalité et à la valeur ajoutée des services fournis. Ils considèrent que les marges pratiquées reflètent celles pratiquées dans des zones géographiques relativement prospères. Sur la base de ces principes, et bien qu'ils souscrivent aux recommandations de l'OCDE, ils rejettent parfois de manière systématique la facturation soit, en ne reconnaissant pas la déductibilité de ces charges dans les comptes de la filiale soit, en imposant un seuil de déductibilité.

1165. Tous ces éléments sont des décisions unilatérales prises par les pays émergents afin de préserver leur assiette fiscale. Il n'en demeure pas moins vrai que ces mesures ont une portée hors de leur frontière. Elles participent d'un mouvement d'unilatéralisme qui semble traverser la fiscalité internationale, alors que le souhait affiché aussi bien par les organisations internationales que par l'ensemble des acteurs, est au contraire de développer les dispositions multilatérales, pour que justement les principes dominants restent le plus neutre possible.

Section II Un paysage fiscal en quête de cohérence

1166. Jusqu'à la crise financière de 2008, la cohérence du système fiscal international se maintenait grâce aux amendements au modèle de convention fiscale de l'OCDE, et de rapports spécifiques destinés à traiter d'un sujet fiscal en particulier. Cette crise a mis en lumière certains dysfonctionnements du système fiscal. Elle a conduit les acteurs étatiques à s'emparer de certains sujets pour en limiter les abus.

1167. Avec le projet d'actions BEPS paru en 2013 l'OCDE avait pour objectif premier de mettre en œuvre des mesures destinées à lutter contre les dispositions abusives dont le seul but est d'accélérer l'érosion des bases fiscales. Force est de constater que cet objectif a été couronné de succès puisqu'aucun pays émergent n'a émis la moindre objection aux mesures anti-abus proposées dans le cadre de ce projet. C'est au fil des réflexions et pour satisfaire l'insistance des pays émergents que ces actions ont tenté de poser les fondements de ce qui pourrait être une meilleure répartition des profits et une allocation plus juste des ressources. Le cadre inclusif mis en place par le comité des affaires fiscales permet aux pays émergents de collaborer à la rédaction de la nouvelle grammaire fiscale internationale. Cette démarche assumée peut apparaître comme une nouvelle forme de gouvernance fiscale. Même si ce cadre a pu faire l'objet de critiques, il demeure un révélateur de la volonté d'associer ces pays, mais également un marqueur de reconnaissance pour le rôle qu'ils jouent au sein du système fiscal international (paragraphe I). Mais leur association a trouvé certaines limites. Pour

pouvoir maintenir la cohérence de ce système, il devient indispensable qu'ils s'intègrent et qu'ils soient intégrés dans les organes de décision (paragraphe II).

§ I Le rôle des pays émergents dans le fonctionnement du système fiscal international

1168. Il est indéniable que les pays émergents jouent un rôle dans la configuration de la grammaire fiscale internationale du XXIème siècle. Deux types de facteurs ont contribué à accroître ce rôle. Le premier exogène, est l'accélération de la globalisation de l'économie qui leur a permis d'attirer de plus en plus d'entreprises internationales. Celles-ci se sont implantées grâce à des filiales qui ont contribué, à maximiser leur rentabilité, et minimiser leur exposition fiscale. Le second lié au premier est endogène. Il participe d'une volonté de plus en plus manifeste des pays émergents de prendre part aux discussions fiscales internationales et de s'immiscer dans le débat et d'imposer leurs vues divergentes.

1169. Ces évolutions les conduisent naturellement à exiger davantage de reconnaissance. Elle est cependant conditionnée à l'implication des pays émergents dans le fonctionnement du système fiscal international, afin d'assurer le bon équilibre du système fiscal international. Elle se manifeste de deux manières, tout du moins elle doit trouver sa traduction à deux niveaux : le premier dans la lecture et l'élaboration de la nouvelle grammaire fiscale internationale (A) ; le second est plus formel mais tout autant indispensable, c'est l'attachement des pays émergents à leurs engagements fiscaux internationaux (B).

A/ Une lecture matricielle de l'implication des pays émergents

1170. Il s'agit d'esquisser une brève typologie du rôle des pays émergents dans la rédaction des principes dominants de fiscalité internationale. Il convient de souligner dès à présent qu'aucun des pays émergents se met complètement en marge de la fiscalité internationale. Leurs comportements diffèrent en fonction de leur développement économique respectif. Ces niveaux de croissance génèrent des démarches différentes à l'égard des principes de fiscalité internationale. Certains pays

émergents vont être davantage impliqués que d'autres. Ils vont de ce fait être pro-actifs dans l'élaboration, la création de normes (1). D'autres sont plus attentistes. Mais la grande majorité a tendance à adapter les principes dégagés par l'OCDE. Ils sont ce que certains auteurs ont appelé des « norms shakers » (2).

1. Les pays créateurs de principes et de pratiques fiscales

1171. Il convient de recenser les pays qui à travers leurs dispositions de droit interne ou leurs commentaires au modèle de convention OCDE participent activement à la création de normes. Parmi les pays émergents étudiés ici et au sein de ce club des pays BRICS, trois pays, le Brésil, la Chine, et l'Inde contribuent à l'élaboration de la fiscalité internationale, aussi bien en termes de principes définis que de pratiques mises en œuvre.

1172. Au nombre des principes de fiscalité internationale qu'ils développent, la création de valeur a une importance particulière. Le lien entre elle et les notions de « location specific advantages » ou encore de « market intangibles » conduit la communauté fiscale internationale à s'interroger sur la valeur intrinsèque que l'on peut accorder à un marché national. Ces pays émergents ne cherchent pas à donner une définition générale de la création de valeur mais à apporter des éléments d'identification qui permettent de déceler ce qui fait la valeur d'un produit, d'un service. Se faisant ils préparent au développement de l'intelligence artificielle et au traitement fiscal qui devra lui être accordée.

1173. De ce fait, la notion de connexion fiscale évolue. L'Inde a été précurseur en ce domaine. Le législateur a innové pour légaliser la nouvelle définition de ce lien fiscal. Il est revenu quand la jurisprudence remettait en cause les positions de l'administration fiscale. C'est dans ce cadre que s'inscrit l'imposition des transferts de titres de sociétés résidentes membres d'un groupe multinational, entre entreprises associés non-résidentes.

1174. Second registre dans lequel ces pays émergents innovent : les prix de transfert. Comme nous avons pu le voir, l'analyse holistique des relations intragroupe qu'ils développent semble iconoclaste pour de nombreux pays développés mais elle fait sens

aujourd'hui dans un monde globalisé, où les économies sont de plus en plus intégrées. Il ne s'agit pas seulement de leur exigence documentaire. Le Mexique ou encore le Vietnam utilisent le Country by country report afin de collecter les informations nécessaires à appréhender concrètement la situation financière et économique de la filiale. Certains voire tous revisitent la politique de comparatifs proposée par l'OCDE. D'autres vont plus loin comme le Brésil et modifient le fonctionnement même des méthodes classiques de prix de transfert de resale minus, de cost plus.

1175. A travers ces différents exemples, l'objet est de démontrer que ces pays revendiquent une certaine indépendance, soit qu'ils entretiennent naturellement comme la Chine, soit qu'ils souhaitent conquérir. Pour ces derniers, la tâche est plus difficile comme le cas de l'Inde, dont le statut d'ancienne colonie britannique imprègne encore, toute la philosophie des autorités particulièrement judiciaire en matière de fiscalité internationale.

2. Les pays « norm shaker »

1176. La différence entre pays émergents et pays émergés est parfois ténue et la composition de ces catégories est mouvante. Beaucoup de pays émergents sont dépendants des investissements étrangers et n'ont pas une maturité fiscale leur permettant de remettre en cause les principes de fiscalité internationale et par la même occasion de participer à la création normative. A ce titre, beaucoup restent encore des pays preneurs des principes et des pratiques élaborés, en ce sens qu'ils ne font qu'adhérer à ces principes sans y porter la moindre objection. Cette absence de remarques est cependant toute relative. L'absence de participation au processus normatif ne signifie pas pour autant qu'ils restent pleinement attentifs. Ils ne sont pas aussi vindicatifs que les pays que nous avons pu analyser précédemment, leur contribution peut paraître plus confidentielle mais ils participent néanmoins à ce processus.

1177. Ainsi à l'instar de certains pays émergents comme la Russie, l'arsenal fiscal de pays en émergence africains comme le Nigéria ressemble aux normes fiscales internationales développées par l'OCDE. Facialement, la plupart de ces pays sont preneurs de normes en ce sens qu'ils adoptent purement et simplement le dispositif de

fiscalité internationale qui leur est suggéré. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils développent une position différente de celle commandée par les recommandations officielles, lorsqu'ils sont confrontés à leur application à des cas concrets.

1178. Ils nourrissent une certaine ambiguïté. Ils se sont par exemple approprié le principe de concurrence. Mais ils le mettent en œuvre comme ils l'entendent. C'est le cas de l'Afrique du Sud. Influencé certainement par son appartenance à la Grande-Bretagne, mais soucieux de son rôle de leadership sur le Continent africain, cet Etat s'attache à ne pas adopter des positions aussi tranchées que les autres pays émergents. L'attentisme qu'ils développent leur permet de mieux entretenir une autonomie raisonnée. D'autres ont considérablement renforcé leurs dispositions notamment en matière de documentation de prix de transfert. Sans dénaturer le corpus du texte, ils ont adopté un système de sanctions à l'encontre des entreprises multinationales qui ne respectaient pas leurs nouvelles conditions.

1179. Il y a une volonté d'asseoir une certaine indépendance d'interprétation par rapport aux prises de position officielle de l'OCDE, tout en ne souhaitant pas apparaître comme un Etat trop stricte fiscalement. Néanmoins ces prises de position dans des domaines destinés à lutter contre les abus ainsi que sa volonté d'appréhender de manière globale l'entreprise, sont révélatrices de cette volonté de s'affirmer dans un univers fiscal concurrentiel.

B/ Le respect par les pays émergents de leurs engagements fiscaux internationaux

1180. Le pouvoir d'influence acquis par les pays émergents ne peut s'exercer contre et en dehors du fonctionnement du cadre institutionnel établi. Il en va, en quelque sorte, de leur crédibilité mais également de leur sécurité juridique et fiscal à venir.

1181. En effet, ils ne disposent pas autant d'entreprises d'envergure mondiale et globale que les pays développés. La fiscalité internationale est un temps long mais également mouvant, qui nécessite d'anticiper. Cette anticipation se traduit inéluctablement par une implication. Celle-ci doit se manifester par une adhésion aux

instances existantes (1). Mais elle doit également se traduire par un respect des accords et des principes auxquels ils ont souscrit (2).

1. Une implication soutenue au sein des instances fiscales traditionnelles

1182. Le fonctionnement du système fiscal international est profondément empreint de consensus. Ce mode de gouvernance permet une prise de décisions simple, et surtout évite tout blocage de l'institution. Mais les pays émergents ne sont pas partie prenante à ce processus. Cela leur permet de disposer d'une certaine liberté d'action et leur donne l'impression de préserver leur espace de souveraineté.

1183. La dimension extraterritoriale du droit n'a jamais été aussi prononcée qu'en matière de fiscalité internationale. La relation bilatérale qu'impose les relations fiscales internationales les oblige à s'adapter aux principes, qu'ils n'ont pas contribué à élaborer, et qui font l'objet d'adaptations prises par d'autres États. La conclusion de la convention multilatérale n'a fait qu'exacerber cette sorte d'étai dans lequel ils se sont insérés.

1184. Si pendant de nombreuses années, les pays développés membres de l'OCDE, ont pu ne pas tenir compte des positions des pays émergents, il semble aujourd'hui difficile de s'en exonérer, ce d'autant plus que leurs intérêts respectifs peuvent converger. Les efforts consentis, en 1997, par le Palais de la Muette pour faire place à leurs commentaires au modèle conventionnel, et ceux plus récents dans le cadre du projet BEPS, devraient inciter les pays émergents à prendre conscience de l'opportunité que constitue cette ouverture.

1185. Cette volonté d'être associé serait d'autant plus judicieuse que le G20 s'est impliqué et continue de s'impliquer dans la résolution des problématiques fiscales. Dans un premier temps il a donné mandat à l'OCDE pour trouver des mesures destinées à résoudre davantage les situations d'abus. Ce sont désormais les sujets d'allocation des ressources qui requièrent leur intérêt.

1186. Mais le G20 n'est pas une instance de gouvernance fiscale proprement dite. Elle est simplement un organe d'impulsion. Le travail est effectué au sein du Comité des

affaires fiscales, qui logiquement et légalement sert avant toute chose les intérêts de ses membres. Or, on ne compte parmi ses membres qu'un seul pays émergent à savoir le Mexique. Même si certains font partie de forums ou de cadres inclusifs, il n'en demeure pas moins vrai que la portée de leurs positions reste relative. C'est donc en adhérant à l'OCDE qu'ils pourront faire entendre leurs voix, et non en multipliant les lieux de gouvernance communautaire ou géographique.

2. Une adhésion et un respect des principes et conventions ratifiés.

1187. Il devient difficile pour les pays émergents de réclamer une reconnaissance et une place dans le fonctionnement du système fiscal international, s'ils ne respectent pas les engagements qu'ils ont pu contracter par ailleurs. Ils ont pu exprimer leurs divergences aux modèles conventionnels et apporter des modifications aux conventions fiscales bilatérales qu'ils ont ratifié notamment à travers les protocoles additionnels. Leur pratique constitutionnelle devrait les conduire à intégrer ces principes dans leur droit interne.

1188. Pourtant nombre de pays émergents ont adopté des règles de droit interne qui contredisent clairement les normes et standards de fiscalité internationale. Les exemples sont nombreux, et ont été développés supra. La transposition en droit interne reste une prérogative souveraine et exclusive de chaque Etat. A ce titre elle doit être respectée. Mais dans un monde globalisé qui n'épargne pas la matière juridique, les pays sont de plus en plus contraints de respecter les actes juridiques conclus et signés.

1189. Ainsi les pays émergents doivent s'impliquer davantage dans la rédaction des contours de la nouvelle grammaire fiscale internationale. Ils ne peuvent plus se contenter d'émettre systématiquement des critiques aux mesures proposées.

1190. La fiscalité internationale n'érige pas de sanctions juridiques au non-respect des principes et pratiques ratifiés. La sanction est d'une autre nature. Elle pourrait se traduire par une baisse des investissements directs étrangers, ou bien une diminution de l'attractivité qu'ils ont pu susciter, et enfin par un traitement fiscal tout aussi strict des filiales de leurs entreprises multinationales qui s'implantent dans d'autres pays notamment développés. Cette adhésion des pays émergents à la confection et au respect

de la fiscalité internationale s'accompagne certes de compromis, mais elle est gage également de sécurité juridique.

1191. En somme pour que le paysage fiscal international s'équilibre, il devient impératif que les pays émergents s'impliquent aussi bien dans les instances de gouvernance classiques que dans l'application des dispositions auxquelles ils ont souscrit conventionnellement. Leur rôle et leur comportement au sein des comités fiscaux formels ou informels des organisations internationales sont importants pour leur reconnaissance.

§ II La reconnaissance des pays émergents dans les instances fiscales internationales et les comités des affaires fiscales

A/ Une place indécise au sein des comités fiscaux

1192. L'éphémère comité fiscal onusien mis en place au lendemain de la seconde guerre mondiale au moment de la création de l'ONU, aurait pu poser les fondements du mode de participation des pays émergents au sein des différents comités en charge de la fiscalité internationale. La première commission fiscale ou des finances publiques⁶¹⁷ était composée majoritairement de pays émergents⁶¹⁸. Pourtant le mode de désignation allait altérer le fonctionnement et les conclusions de la commission en matière fiscale. Les Etats membres devaient en effet être élus par le Conseil économique et social. Or,

⁶¹⁷ Le français et l'anglais sont les deux langues officielles des Nations Unies. En français, cette première commission était dénommée « Commission des Finances Publiques » alors qu'en anglais comme la « Fiscal Commission

⁶¹⁸ Maxime Chrétien recense les Etats membres lors des 4 premières sessions qui se sont tenues en 1947, 1949, 1951, 1953. En 1947 : Belgique, Chine, Colombie, Cuba, Tchécoslovaquie, France, Inde, Liban, Nouvelle-Zélande, Pologne, Ukraine, URSS, Angleterre, USA, Union Sud-Africaine ; 1949 : Belgique, Chine, Colombie, Cuba, Tchécoslovaquie, France, Liban, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pologne, Ukraine, URSS, Union Sud-Africaine, Angleterre, USA ; 1951 : Belgique, Canada, Chine, Cuba, Tchécoslovaquie, France, Inde, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pologne, Union Sud-Africaine, URSS, Venezuela, Angleterre, USA ; 1953 : Belgique, Canada, Chili, Chine, Colombie, Cuba, USA, France, Inde, Pakistan, Angleterre, Suède, Tchécoslovaquie, URSS, Union Sud-Africaine.

M. Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, 1954-II, tome 86.

les faits ont établi une grande distorsion entre grandes puissances et Nations nouvelles. Seules ces-dernières, petits et moyens Etats, relevaient de ce processus de désignation, alors que les premières désignaient eux-mêmes leurs représentants. Ainsi, la Commission Fiscale de l'O.N.U. n'échappe pas, selon Maxime Chrétien « *au compromis entre les deux idées politiques opposées qui dominent la composition des organes principaux de l'O.N.U. : égalité de droit et inégalité de fait des Etats Membres* »⁶¹⁹. En sus ce mode de désignation était pollué par des considérations géopolitiques⁶²⁰.

1193. A partir des années 1950 l'ONU cesse toutes contributions fiscales. Elle affirme même en 1953 « *le pays dans lequel un revenu a sa source possède, en vertu d'un principe général, le droit incontesté d'imposer ce revenu* »⁶²¹. Son objectif n'était pas de porter la voix des pays émergents mais d'influencer leur système fiscal afin qu'il se rapproche de celui des pays développés. C'est ainsi que le résume Maxime Chrétien « *Il semble qu'elle (cette influence) porte ses fruits. On constate en effet, que la fiscalité des pays moins développés tend à s'inspirer de celle des pays plus développés. Toutefois, en admettant même qu'elle soit due à l'assistance technique, il reste à savoir si cette influence est bonne ou mauvaise* »⁶²².

1194. Avec la création de l'OCDE, le système fiscal international revient au mode de fonctionnement des années 1920. Sur le fond il adopte les mêmes principes que le comité fiscal de 1930. Il pallie le vide laissé par l'ONU et renforce la tutelle des pays développés sur l'ordre fiscal international. Les pays émergents ne sont pas membres statutairement du comité des affaires fiscales. Ils sont autorisés à apporter leurs commentaires au modèle de convention fiscale OCDE. Mais ceux-ci ne sont que rarement pris en considération dans les commentaires OCDE aux articles.

⁶¹⁹ M.Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, 1954-II, tome 86.

⁶²⁰ A l'époque le représentant de la Chine suscita de nombreuses controverses : l'URSS soutenait que seul le gouvernement communiste avait la légitimité de le désigner alors qu'il l'était jusqu'à présent par le gouvernement nationaliste.

⁶²¹ Archives ONU : E/2429 (E/CN.8/78) du 8 mai 1953

⁶²² M.Chrétien, *Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts contre les divers Etats*, Cours à l'Académie de Droit International de La Haye, 1954-II, tome 86.

1195. Las, les pays émergents en particulier le groupe 77 plus la Chine soutenu par la Communauté des caraïbes (CARICOM), voulurent dans le cadre du projet BEPS transformer le récent comité fiscal et le groupe d'experts des différentes sessions en un organe subsidiaire intergouvernemental affecté à la Commission Economique et Sociale de l'ONU. Les pays développés apposèrent leur veto. Ainsi jusqu'au début des années 2010, les pays émergents n'avaient pas de place formellement acquise et institutionnalisée au sein des comités fiscaux des instances internationales.

1196. Il fallut attendre la création du cadre inclusif pour que les pays émergents retrouvent une place institutionnalisée ou à tout le moins officielle au sein d'un comité destiné à faire valoir leurs positions. Mais la prise en considération des positions fiscales de ces derniers reste néanmoins dépendante de leur positionnement théorique et doctrinal, et de leur volonté de ménager le consensus autour duquel ils ont échafaudé les principes dominants de la fiscalité internationale. L'action du comité des affaires fiscales de l'OCDE devient davantage diplomatique. Malgré tout, ces deux comités souffriront vis-à-vis de chaque groupe d'Etat d'un déficit de crédibilité ou de légitimité. C'est la raison pour laquelle, l'avenir d'une instance fiscale internationale universelle se pose aujourd'hui avec encore plus d'acuité.

B/ L'avenir d'une instance fiscale internationale universelle

1197. Le phénomène de globalisation ainsi que la rédaction et la ratification de la convention multilatérale exercent une pression sans conteste sur l'organisation du système fiscal international actuel. La vie des affaires internationales est structurée de diverses organisations internationales universelles spécialisées dans un domaine spécifique. Les échanges commerciaux internationaux sont régulés par l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)⁶²³. Le monde financier est lui régi par le Fonds Monétaire International (FMI), et le développement économique est l'apanage de la Banque Internationale de Recherche et de Développement (BIRD).

⁶²³ L'Organisation Mondiale du Commerce a été créée en 1994 à la suite des accords de Marrakech. L'OMC se substitue au GATT, qui avait institué différents cycles de négociations commerciales. Avec l'OMC le commerce mondial s'institutionnalise. Cette institutionnalisation permet à la fois de poser un cadre de négociation et de régulation mais également de judiciaireiser les éventuels conflits entre Etats qui pourraient surgir.

1198. Mais comme le souligne Vito Tanzi, il n'existe pas d'organisation fiscale internationale proprement dite : « *Il y a maintenant une organisation mondiale du commerce, qui traite des questions de commerce, une qui traite des sujets macroéconomiques de stabilité et d'égalisation de la balance des paiements (le Fonds Monétaire International), une qui traite du développement économique (BIRD), et beaucoup d'autres qui traitent d'autres sujets...mais il n'existe pas encore d'organisations qui à un niveau mondial, supervise ou tente d'influencer les développements fiscaux avec des implications transnationales* »⁶²⁴.

1199. L'enjeu et le débat proposé n'est pas de créer une organisation internationale chargée de la collecte des impôts ou de dispenser des conseils en matière de contrôle fiscal. Le paysage fiscal international ne peut pas non plus se satisfaire de forums, cadres inclusifs dénués de toute force contraignante. Ils donnent par ailleurs le sentiment de résoudre sur le long terme des sujets fiscaux complexes, qui demandent des réponses rapides.

1200. L'élaboration de la convention multilatérale devait donner un peu de corps et de chaire à la matière et pallier l'absence d'une organisation. Force est cependant de constater que ces lieux de gouvernance ont du mal à intégrer l'ensemble des pays émergents et à fédérer leurs positions. Leur participation ne cache pas certaines réticences. Sur le fond les positions défendues ne font pas toutes l'unanimité.

1201. Le comportement des pays émergents freine également la transposition de règles de droit international. Il paralyse de ce fait, le développement de la fiscalité internationale, son fonctionnement et l'équilibre du paysage fiscal international. En sus, les énergies déployées par les institutions, chargées de concevoir et de développer les différents outils, s'épuisent, et ce comportement discrédite par la même occasion leur travail.

⁶²⁴ V. Tanzi, *The Impact of Economic Globalization on Taxation*, (1998) 52 Bulletin for International Fiscal Documentation 8/9 338 at 339

1202. L'OMC comme lieu de gouvernance fiscale, ou élargissement du rôle du comité des affaires fiscales de l'OCDE – Certains auteurs ont estimé que l'OMC pouvait recevoir, et administrer une compétence fiscale de même nature que celle du comité des affaires fiscales de l'OCDE, dans la mesure où les membres de l'organisation de Genève sont quatre fois plus nombreux que celle de Paris. Plusieurs arguments militent en ce sens. Tout d'abord la plupart des accords de l'OMC évoquent l'importance des dispositions fiscales, notamment les conséquences de celles-ci, sur le bon fonctionnement des échanges commerciaux mondiaux.

1203. Le préambule de l'Accord de Marrakech souligne de son côté que les parties sont « *Désireuses de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales* »⁶²⁵. Les décisions des différents Rounds qui ont précédé l'instauration de l'OMC, ont été émaillées d'aspects fiscaux. Celui de Tokyo évoquait l'importance de l'application d'un prix de pleine concurrence dans le cadre des relations intra groupe. C'est dans le cadre de ces négociations cycliques que furent évoquées des notions telles que « la clause de la nation la plus favorisée », ou le « traitement national relatif aux règles fiscales internes ». A l'issue de son adoption dans le domaine commerciale, la première fit l'objet d'un débat doctrinal au sein des instances fiscales internationales dédiées afin de savoir si elle devait s'appliquer aux problématiques fiscales. Comme nous avons pu le voir précédemment, alors que l'ONU soutenait ce choix, l'OCDE s'y opposait, ce qui n'empêcha pas les pays qui le souhaitaient de l'inclure dans les conventions fiscales bilatérales qu'ils concluaient.

1204. L'OMC serait donc légitime à devenir cette organisation fiscale internationale. Elle traite de sujets opérationnels, concrets de la vie des affaires, impactant aussi bien les Etats que les contribuables. Elle dispose de la vision économique, indispensable à un traitement fiscal juste⁶²⁶, pour appréhender les problématiques d'interprétation des

⁶²⁵ Les Accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et ses Annexes, 15 Avril 1994.

⁶²⁶ Pour rappel, c'est à quatre économistes que la résolution des problématiques de double imposition et d'allocation des revenus, ont été attribués. Leur rapport remis en 1923 au Conseil de la Société des Nations, a servi de fondement, de terreau à la construction de toute la fiscalité internationale.

intangibles, de redevance, ou de création de valeur. Il lui manque certes l'expérience d'un organe subsidiaire comme le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE pour pouvoir mesurer l'ensemble des problématiques.

1205. Bien que les statuts de l'OMC accordent aux Etats une certaine latitude pour mettre en œuvre les accords, l'institution dispose des leviers juridiques, d'arbitrage, juridictionnel et de sanctions pour éviter tout conflit. La convention multilatérale a développé le premier levier, l'arbitrage. Mais celui-ci proposé dans un contexte de méfiance, suscite de nombreuses réserves de la part des pays et pas seulement émergents.

1206. A la différence, l'OCDE dans sa convention constitutive stipule à l'article 6 alinéa 1 « *Aucune décision ne peut lier un Membre aussi longtemps qu'il ne s'est pas conformé aux prescriptions de sa procédure constitutionnelle. Les autres Membres peuvent convenir que cette décision s'appliquera provisoirement à eux* »⁶²⁷.

1207. La réunion des compétences de ces diverses instances de gouvernance dans une seule et unique organisation fiscale mondiale, permettrait de sauvegarder l'équilibre du système fiscal. Tout en y associant des pays émergents à la recherche d'une reconnaissance fiscale internationale, elle les contraindrait autant que faire se peut à respecter les engagements pris.

1208. Elle répondrait enfin aux critères posés par Vito Tanzi, qui soulignait que ce type d'organisation doit avoir pour responsabilités de :

- « D'identifier les principales tendances et problèmes à une échelle internationale ;
- De compiler et de générer les différentes statistiques et informations fiscales du plus grand nombre de pays possible ;
- Préparer un rapport mondial sur le développement fiscal, qui présenterait les statistiques, décrirait les principales tendances fiscales, commerciales et économiques, et présenterait les solutions possibles à celles-ci ;

⁶²⁷ Modèle de Convention OCDE

- Fournir une assistance technique aux pays en matière de politique fiscale et d'administration fiscale afin de délivrer les recommandations pour coordonner et harmoniser de la meilleure façon possible les systèmes fiscaux des pays ;
- Développer les normes basiques pour la politique fiscale et l'administration fiscale ;
- Etablir un forum mondial dans lequel les experts fiscaux de tous les pays pourraient échanger leurs idées ;
- Etablir un forum mondial en matière d'arbitrage ;
- Mettre en place un système de surveillance pour prévenir les développements fiscaux qui créent des dysfonctionnements dans les relations transfrontalières⁶²⁸

Il semble en toute objectivité que le comité des affaires fiscales de l'OCDE réponde de manière globale mais également de façon spécifique à ces critères. Son action, au demeurant y contribue et y participe. Alors il ne semble plus très loin et plus aussi utopique, le temps d'achever l'œuvre débuté par les experts économistes et fiscaux en 1920 de concevoir ou de croire l'émergence de ce type d'organisation internationale. Juridiquement ce projet peut paraître réalisable. Mais comme la place des comités fiscaux, il dépend de la volonté politique des Etats.

⁶²⁸ V. Tanzi, *The Impact of Economic Globalization on Taxation*, (1998) 52 Bulletin for International Fiscal Documentation 8/9 338 at 339

Conclusion / Partie II

1209. La place des pays émergents au sein de cette nouvelle grammaire fiscale internationale, nous conduit à double lecture. Sur le fond, il est indéniable qu'ils modifient le prisme d'analyse des principes de fiscalité internationale, qui prévalait jusqu'alors. Leur démarche à certains égards peut paraître jusqu'au boutiste. Mais elle interroge l'avenir de certaines notions. A une époque où l'on prône l'activité et l'engagement entrepreneurial de chacun, la structure qui l'accueille semble avoir moins d'importance que le revenu généré. A s'attacher à celui-ci, les frontières tracées depuis près d'un siècle entre certaine catégorie de revenus s'effacent.

1210. La conjoncture économique, et le développement technologique semblent leur donner raison. Ils révèlent les faiblesses de certains principes. Ils incitent à ce que les mécanismes soient plus cohérents, et répondent à la flexibilité et l'adaptabilité qu'exigent la globalisation. Mais leur positionnement relève davantage d'une approche stratégique plutôt que de la volonté de s'inscrire dans une doctrine intangible. Ils semblent parfois oublier les engagements juridiques internationaux qu'ils ont pris.

1211. La voie multilatérale proposée par l'OCDE a pu constituer une solution à l'intégration des pays émergents. L'organisation leur offre la possibilité en 1997 d'apposer leurs commentaires au modèle conventionnel. On peut considérer que cette démarche constitue un changement profond mais également une « approche dynamique des commentaires » de l'OCDE⁶²⁹. La convention multilatérale constitue un second mouvement multilatéral. Même si elle a rencontré un certain succès, elle n'a pas permis l'adhésion des pays émergents et surtout leur intégration à un système de gouvernance fiscal. En extrapolant les propos du Professeur Norodom⁶³⁰ à la matière fiscale, et à notre sujet, on peut penser que le droit créé par la fiscalité internationale, produit par une organisation internationale reconnue, l'OCDE, mais également par les pays émergents, se nourrissent mutuellement, sans pour autant obliger jusqu'à présent

⁶²⁹ Nicolas Vergnet dans sa thèse souligne que « l'utilisation des commentaires devint dynamique » parce que l'OCDE « somma les administrations fiscales de suivre ses commentaires ». On peut élargir ce nouveau type d'approche aux pays émergents. N. Vergnet, *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, 2020, LGDJ

⁶³⁰ A-T Norodom, *L'influence du droit international des nations unies sur le développement du droit international*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2009

chacun de ces acteurs à un changement de structure. Néanmoins la nouvelle grammaire fiscale internationale qui se dessine et son application ne peuvent souffrir de trop d'aléas. Le comportement des pays émergents en est un qui nécessitent une modification du cadre institutionnel.

1212. Seule une organisation de la fiscalité internationale claire, structurée, reconnue et acceptée pourrait les contraindre. Elle renforcerait à la fois leur poids, mais également la force de ce droit dur naissant, car comme le souligne le Professeur Frison-Roche « *Le puissant a déjà la force pour lui, le droit lui apporte donc moins qu'à celui qui ne l'a pas. Il est vrai que si la norme a pour objet de rétablir l'équilibre au bénéfice du faible, (...), l'effet obtenu sera plus grand. (...) On doit encore se poser la question de savoir vers quel type d'ordre juridique il faudrait faire effort. On peut concevoir un ordre juridique d'une façon préétablie et hiérarchique. Il s'agit alors de construire des catégories hétérogènes les unes aux autres, et répartir des pouvoirs, de sorte que les compétences des organisations n'empiètent pas les unes sur les autres* »⁶³¹. C'est ainsi que la nouvelle grammaire fiscale internationale, à laquelle les pays émergents prennent part, pourrait leur permettre de trouver leur place et de leur assurer une sécurité juridique.

⁶³¹ M-A. Frison-Roche *droit, source et forme de régulation mondiale*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique et Social « Gouvernance Mondiale », La Documentation Française 2022

Conclusion

1213. Il devait être écrit que les pays émergents seraient un jour appelés à apporter leur contribution aux principes fondateurs de la fiscalité internationale. La force des experts qui l'ont façonné, au cours des décennies, est d'avoir maintenu un fil conducteur : éviter l'apparition de double imposition. Cet objectif est unanimement et collégialement partagé par les pays émergents. Pourtant, les doubles impositions ne constituent pas une aberration juridique en tant que tel. Le comportement des pays émergents a démontré que les entreprises multinationales devaient vivre avec cette éventualité, celle de pouvoir être imposées deux fois sur un même revenu ou un même profit. C'est la caractéristique de la fiscalité internationale : elle se trouve à la lisière des mécanismes du droit international privé. L'esprit de solidarité intrinsèque à tout droit international et le consensus construit se sont complexifiés au fil du temps. Il ne s'agit plus de résoudre l'imposition d'un même flux dans deux pays. Il s'agit de savoir comment allouer un revenu et des profits entre plusieurs pays tout en prenant en considération leur contribution à la création de valeur de l'activité imposable.

1214. Fiscalité internationale et pays émergents sont confrontés à un double défi, dessiner en commun les critères d'allocation des profits et définir la place qu'ils souhaitent s'accorder mutuellement. L'essor conjugué de nouvelles problématiques comme le digital, la répartition plus juste des revenus et des profits, la prise en compte de la création de valeur dans chaque approche intensifie la difficulté de mise en œuvre d'une stratégie fiscale mondiale et globale sans double imposition.

1215. La grammaire fiscale internationale ne s'écrit plus aujourd'hui comme elle a pu s'écrire pendant l'entre-deux guerres et jusqu'au début du XXIème siècle. Même si l'objectif est préservé, les méthodes et les moyens pour l'atteindre diffèrent. Il ne s'agit plus tellement de poser les critères permettant de traiter d'un Etat à Etat, mais d'un

groupe de pays à un autre groupe. Les différences d'interprétations de certains principes et les diverses applications de certaines pratiques sont flagrantes.

1216. L'attachement des pays émergents à un ordonnancement juridique – Longtemps, les pays occidentaux et avec eux, l'OCDE, ont pensé que les pays émergents se convertiraient pleinement à leurs positions. Or, il n'en a rien été. Ces derniers ont certes adopté certains principes. Mais en même temps, ils mettent toute leur énergie à préserver leur liberté d'interprétation juridique et fiscale. Ces tensions pourraient laisser penser, que toute la structure de l'ordre juridique, serait elle-même emportée. Il est cependant frappant de constater l'attachement à un ordonnancement juridique vieux d'un siècle.

1217. La préservation, malgré tout, des principes dominants prouve l'utilité de la fiscalité internationale comme « *technique de régulation sociale, volontairement formalisée pour des raisons d'efficacité, de fiabilité, de sécurité* »⁶³². C'est ce que le Professeur Charpentier soulignait à propos du droit international à savoir le lien entre son utilité et son efficacité. Il « *a été conçu et façonné pour répondre à certaines nécessités, pour atteindre certains objectifs* »⁶³³.

1218. Les principes dominants de fiscalité internationale ne sont utiles qu'à partir du moment où ils sont efficaces. C'est la teneur des reproches d'une partie de la doctrine à l'égard de la pertinence du modèle de convention fiscale OCDE. Elle estime qu'il a perdu de son efficacité et donc de son utilité. C'est la raison pour laquelle, l'impératif de la conclusion d'une convention fiscale multilatérale s'imposait.

1219. Pour renforcer cette efficacité, l'OCDE souhaite, à l'instar des communautés économiques juridiquement intégrées, faire entrer la fiscalité dans un formalisme qui doit s'imposer aux Etats pas seulement membres de cette institution mais signataires de cet accord. On assiste alors à un glissement d'un droit mou vers un droit dur. La

⁶³² J. Charpentier, *Réflexion sur l'utilité du droit international*, in Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIème siècle : Mélanges en l'honneur de François Borella, Presses universitaires de Nancy, 1999.

⁶³³ J. Charpentier, *Réflexion sur l'utilité du droit international*, in Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIème siècle : Mélanges en l'honneur de François Borella, Presses universitaires de Nancy, 1999.

fiscalité internationale se transformerait en un nouveau droit international. Juridiquement, une organisation internationale, tirant sa légitimité de quelques membres, serait garante de la bonne application et de la juste interprétation d'une convention signée par une majorité de pays non-membres de celle-ci. En somme c'est l'histoire de la fiscalité internationale. Ce qui est innovant ici, c'est le débat autour de la nature de la fiscalité internationale.

1220. Plus encore que l'interprétation divergente des techniques d'application des principes et pratiques de fiscalité internationale, la position des pays émergents est révélatrice d'une appréciation différente de ce que doit être la fiscalité internationale. Leurs méthodes de transposition dans leur droit interne dénotent, une réticence à adhérer à un droit international fiscal.

1221. Plus encore leur droit interne fiscal déroge parfois à certains principes qu'ils ont pourtant conclus. Ils semblent se satisfaire d'un droit mou, d'une 'soft law', qui par son caractère consensuel et parfois généraliste, leur garantit de préserver leur souveraineté. Finalement, la nouvelle grammaire fiscale internationale qui se dessine n'est révolutionnaire qu'en ce qu'elle suggère une nouvelle juridicité.

1222. Celle-ci dépend de la crédibilité de la gouvernance fiscale qui sera mise en place. L'OCDE entend l'incarner pour des raisons historiques, et eu égard à son expérience et son expertise. Sa légitimité se fonde sur l'élaboration d'un texte et d'un mandat qui lui a été accordé. Mais aucune clause, aucun statut, ne lui confère un droit à imposer son interprétation et sa lecture de la fiscalité internationale. Pour que ce droit souffre d'aucune contestation, il devient impérieux que l'institution s'ouvre de manière officielle, à tout le moins pour la dimension fiscale aux pays émergents⁶³⁴. La création d'un cadre inclusif constitue une voie médiane et répond à cet impératif. Mais le temps est long pour que celui-ci porte ses fruits en droit et différent de celui de la vie des affaires économiques.

⁶³⁴ Nous sommes conscients qu'il existe d'autres enjeux, qui ne sont pas fiscaux pour mettre en œuvre une telle démarche.

1223. L'histoire a démontré que la relation entre la fiscalité internationale et les pays s'inscrivait justement dans une temporalité longue. Ce lien récent, n'est pas encore arrivé à maturité. Le chemin a été balbutiant, pour que les pays émergents commencent à trouver leur place dans un cadre juridique qui leur avait été imposé. La prise de conscience de l'importance de leurs positions est également récente. Ces évolutions ne datent que du début du siècle actuel. A une époque où l'on souhaiterait voir la fiscalité internationale transformée en un droit permanent et immuable, où la souveraineté des Etats est marquée par des phénomènes économiques insensibles aux frontières, force est de constater que l'organisation actuelle du système fiscal international actuel préserve l'indépendance des Etats. Cette indépendance ne doit cependant pas être synonyme d'autonomie. Surtout elle ne saurait exacerber la concurrence des systèmes juridiques et fiscaux. Sur le fond, il apparaît nécessaire que les pays émergents se résolvent à appliquer certains principes et pratiques de fiscalité internationale qui ne coïncideront pas totalement avec leur vision.

1224. A une époque où l'immédiateté semble être la règle, il convient de s'interroger sur la pertinence des enjeux et ne pas perdre le sens des fondamentaux posés par les économistes et experts des années 1920. Chaque partie s'est inspirée de leurs positions pour justifier ses propres interprétations. A ce titre le rapport de 1923 semblerait avoir entretenu une certaine ambiguïté, dans la mesure où il justifie pour certains la compétence fiscale de l'Etat de résidence et sert aujourd'hui de référence aux pays émergents. Notons que ce rapport a été rédigé à une époque où les lieux d'activité économique de production, de distribution et de consommation étaient clairement distincts. Pour autant il a anticipé les évolutions futures et la situation actuelle du système fiscal international lui fait écho. Les nouvelles technologies, la libéralisation de la finance, le commerce électronique affectent les lieux de production et instaurent de nouveaux canaux de communication et de distribution entre producteurs mais également entre producteurs et consommateurs. Ces phénomènes ne font cependant que mettre en exergue les travaux fiscaux des années 1920, qui offrent à travers leurs modèles de convention de 1927 et 1928 un panel de solutions selon que l'on envisage l'imposition au lieu de la source ou au lieu de résidence. La source du revenu telle qu'elle a été interprétée et mise en œuvre ne fait plus l'unanimité. L'activité

économique mondiale n'est plus seulement intégrée, elle est devenue globale. Ce mouvement opère un déplacement vers un modèle dans lequel les différentes étapes de la vie économique se chevauchent. Dans ce contexte, les pays émergents apportent un nouveau prisme de lecture à des principes de fiscalité internationale séculaires. Ils pointent non seulement l'interaction entre la structure de l'activité économique et les mécanismes d'imposition du système fiscal international. Ils souhaitent en même temps en modifier le rapport d'influence. Jusqu'à présent ce dernier était soumis et devait s'adapter aux évolutions économiques. La relation entretenue par les pays émergents avec la fiscalité internationale tend à inverser ce rapport, parce que le changement de la structure de l'activité économique modifie la perception de l'impôt. Elle souligne en définitive que la perte d'un revenu disponible est un sujet bien plus sensible que la perte de l'impôt, car finalement elle affecte davantage leur compétence fiscale⁶³⁵.

⁶³⁵ I. Roxan, *Limits to globalisation : some implications for taxation, tax policy, and the developing world*, LSE law, society and economy working paper series, 3/2012. Law Department, London School of Economics and Political Science, London, UK

Bibliographie

Cette bibliographie n'a pas la prétention d'être exhaustive et ne comprend que les principales références en lien direct avec l'objet des recherches.

I. OUVRAGES

- BATTIFOL (H) et LAGARDE (P), Traité de droit international privé, tome I 8ème éd, LGDJ, 1993
- BERNSTEIN (S), et MILZA (P), Histoire du XXème siècle, Ed Hatier, 1993
- BOUVIER (M), Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt, LDGJ, 12ème édition
- BRAUDEL (F), Grammaire des civilisations, éd Flammarion, 1993
- CASTAGNEDE (B), Précis de fiscalité internationale, PUF 2002
- COLLET (M), Droit fiscal, 1ère éd PUF, 2007
- COMBACAU (J) et SUR (S), Droit international public, 9ème éd, Montchrestien coll Domat droit public, 2008
- COZIAN (M), Précis de fiscalité des entreprises, 31ème éd, LITEC, collec LITEC fiscal 2007
- DAZIANO (L), Les pays émergents, Approche géoéconomique, Armand Collin, 2014
- FARQUET (C), La défense du paradis fiscal suisse avant la seconde guerre mondiale : une histoire internationale, Ed Alphil, Presses universitaires suisses, 2002
- GOUTHIERE (B), Les impôts dans les affaires internationales, 8ème éd Francis Lefebvre, 2010
- KAPLOW (L), The theory of taxation and public economics, Princeton University Press
- KIRCHHOF (P), LEHNER (M), VAN RAAD (K), RAUPACH (A), and RODI (M), Essai en l'honneur de Klaus Vogel, International and comparative taxation, 2002, Kluwer Law International

- L'IMPOT, archives de philosophie du droit, Tome 46, Ed Dalloz, 2002
- MALET et ISAAC, L'Histoire, Edition Marabout
- PICIOTTO (S), International business taxation, a study in the internationalization of business regulation, Cambridge university press, 1992, 2013.
- SALMON (J), Dictionnaire de Droit International Public, Edition Bruylant, 2001
- SMOUTS (M-C), Les organisations internationales, Armand Colin, Paris, 1995
- STEICHEN (A), Manuel de droit fiscal, Ed Saint Paul, 2010
- TANZI (V), Taxation in an integrating world, The brookings institution, Washington, 1995
- TIXIER (G), Droit fiscal international, collection Que sais-je ?, Ed PUF, 1986
- TROTABAS (L), Précis de science et législation financières, 9ème éd, Petit Précis Dalloz
- VOGEL (K), Double taxation conventions, a commentary to the OECD, UN, and US Model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital, Kluwer Law, and taxation publishers, 1990.

II. THESES

- BRANDSTETTER (P), The substantive scope of double tax treaties – a study of article 2 of the OECD Model Conventions, Doctoral thesis, WU Vienna University of Economics and Business, 2010
- DIARRASSOUBA (A-S), Le principe de connexion entre le droit fiscal et la comptabilité, Thèse Paris 2, 2015
- DU TOIT (C P), Beneficial ownership of royalties in bilateral tax treaties, Amsterdam center for international law, 1999
- GUILLUY (T), Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherches sur l'apparition et l'évolution de la Constitution britannique, Thèse Paris 2, 2014
- HU (X), Le groupe de sociétés en droit français et en droit chinois, Thèse Angers, 2010
- JUNG (Y), L'imposition des plus-values de cessions directes et indirectes des entreprises dans l'Etat de la source : les exemples de la Chine, de la Corée du Sud et de l'Inde, Thèse Paris 2, 2017

- KRISTIAJI (B), Incentives and disincentives of profit shifting in developing countries, Master Thesis, Tilburg University, 2015
- LAUMONIER (A), La coopération fiscale entre Etats dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales, Thèse Bordeaux, 2017
- MELOT (N), Territorialité et Mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine, Thèse Paris 2, Dalloz Volume 36, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2004
- MERTON (G L), Reformulating corporate residence : a coherent response to international tax avoidance, Thèse Merton College, 2011
- MOLE (A), Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale, Thèse Paris 2, 2015
- OUEDRAOGO (S), Les compétences nationales en matière fiscale et la communautarisation des règles dans l'espace ouest-africain, Thèse Bordeaux, 2016
- PELLEFIGUE (J), Théorie économique de la réglementation des prix de transfert, Thèse Paris 2, 2012
- PEREZ (X), La raison fiscale de l'ancienne France à la naissance de l'Etat décentralisé contemporain, Thèse Paris2, 2011
- POITEVIN-LAVENU (F), E-fiscalité : les règles fiscales à l'ère de la dématérialisation, Thèse Paris2, 2011
- RASPAIL (H), Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat, Thèse Paris 2, 2011
- ROBERT (E), Eléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal, Thèse Paris 2, 2011
- VERGNET (N), La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international, Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité Tome 71, 2020, LGDJ
- ZAKHAROVA (M), Analyse théorique et comparative du système juridique russe, Thèse Bordeaux, 2017

III. MEMOIRES

- BERGERON (A), The distribution of top incomes in british India : an exploration of income tax records 1885-1922, 2014, Paris Law School of Economics ;
- CHRISTIANS (A), Tax treaties for investment and aid to sub-saharan africa : a case study, Brooklyn law review, 2006, volume 71 ;
- CLOUTE (A), Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales, Master II Droit des affaires et fiscalité, 2011, Université Paris I Panthéon Sorbonne ;
- ESTRABAUD (P), Les groupes de sociétés en droit de la concurrence et en droit fiscal, Master de droit de l'Union européenne, 2014, Université Paris II Panthéon-Assas ;
- HADIDA (J), Prospects for multilateral cooperation in Taxation, Août 2006, Insitute of comparative law, Faculty of law McGill University, Montréal ;
- JIRARI (R), La notion de substance en fiscalité internationale, outil de lutte contre le 'treaty shopping', Master 2 Professionnel Fiscalité Internationale, 2015-2016, Université Paris II Panthéon-Assas ;
- LANGENHOVEN (A G), Does the South Africa GARR criteria of the « miuse or abuse » of a provision included in section 80A(c)(ii) of the income tax ct add any value?, Master in commerce, Univsersity of Cape Town,
- NIZAMIEV (A), The main characteristics of State's Jurisdiction to tax in international dimension, LLM these and essays, University of Georgia School of law, 2003
- PHIONESGO (E), Using global formulary apportionment for international profit allocation : the case of Indonesia's mining industry, Bachelor of business, Queensland university of technology, 2015

IV. RAPPORTS, RESOLUTIONS

- BASU (S), International taxation of e-commerce : persistent problems and possible developments, Journal of information, law and technology, 2008 ;
- COLLIN (P) et COLIN (N), Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport au ministère de l'économie, Janvier 2013 ;

- FORSTATER (M), Tax and development : new frontiers of research and action, Center for global development, Paper 118, Février 2018 ;
- JONES (R), et BASU (S), Taxation of electronic commerce : a developing problem ; International review of law computers & technology, Mars 2002 ;
- POMERLEAU (K) et LUNDEEN (A), International tax competitiveness index, Tax foundation, 2014 ;
- SOUZA DE MAN (F), Taxation of services in treaties between developed and developing countries, a proposal new guidelines, Novembre 2017, IBFD Doctoral Series ;

SOCIETE DES NATIONS :

- Rapport au Conseil de la Section financière de la Commission économique et financière provisoire, Genève 27 Avril 1922, C.220.1922.II, Archives SDN
- Rapport présenté au Conseil par la Section Financière de la Commission économique et financière provisoire, Genève 24 Juin 1922, C.421.1922.II
- Rapport présenté par le Comité économique de la Commission économique et financière provisoire, Tarifs douaniers Genève 4 Juillet 1922, C.437.1922.II
- Rapport des experts économistes, présenté par la Section financière, Genève 3 Avril 1923, Doc. E.F.S. 253. A. 152
- Double Taxation and Evasion Fiscal, General meeting of government experts, Genève 19 Septembre 1928, C.495.M.147.1928. II
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la première session du comité, Genève 26 Octobre 1929, C.516.M.175.1929.II, Archives SDN
- Fiscal Committee, Report on the work of the first session, Genève 5 Mai 1930, C.278.1930.II
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la deuxième session du comité, Genève 31 Mai 1930, C.340.M.140.1930.II
- Deuxième conférence Internationale en vue d'une action concertée, Genève 9 décembre 1930, C.655.M.270.1930 II
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la troisième session du comité, Genève 6 Juin 1931, C.415.M.171.1931.II.A

- Report offer by the Rockefeller Foundation for the continuance of its support of the work of the fiscal committee on International taxation problems, Genève 19 Mai 1933, C.298.1933.X
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la quatrième session du comité, Genève 26 Juin 1933, C.399.M.204.1933.II.A
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la cinquième session du comité, Genève 17 Juin 1935, C.252.M.124.1935.II.A
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la sixième session du comité, Genève 21 Octobre 1936, C.450.M.266.1936.II.A
- Composition du Comité Fiscal, Genève 23 Janvier 1937, C.75.1937.II
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la septième session du comité, Genève 16 Octobre 1937, C.490.M.331.1937.II.A
- Comité Fiscal, Rapport au conseil sur les travaux de la neuvième session du comité, Genève 21 Juin 1939, C.181.M.110.1939.II.A
- **Rapport Mitchell B. Carroll :**
 - Taxation of foreign and national enterprises, studies of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country, Genève 15 Février 1932, C.73.M.38.1932, Volume II, Archives SDN
 - Taxation of foreign and national enterprises, studies of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country, Genève 30 Septembre 1933, C.425(a).M.217(a).1933 II, Volume III, Archives SDN
 - Taxation of foreign and national enterprises, studies of the tax systems and the methods of allocation of the profits of enterprises operating in more than one country, Volume IV Methods of allocating taxable income, Genève 1933, Archives SDN

ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Rapports

- Taxation, UNCTAD series, 2000
- Monterrey Consensus on financing for development, 2003 United Nations ;
- CNUCED
 - Traitement de la Nation la plus favorisée, 2010 ;
 - Réformer la gouvernance de l'investissement international, Rapport sur l'investissement dans le monde, 2015 ;
 - L'investissement et l'économie numérique, Rapport sur l'investissement dans le monde, 2017 ;
 - Pouvoir, plateformes et l'illusion du libre-échange, Rapport sur l'investissement dans le monde 2018 ;
- Administration of double tax treaties for developing countries, 2013, United Nations handbook ;
- Practical manual on transfer pricing for developing countries, Unites Nations, 2013 ;
- Practical Manual on transfer pricing for developing countries, 2017, United Nations ;
- Transfer pricing in mining with a focus on Africa, a reference guide for practitioners, Janvier 2017, World Bank Group

Résolutions Conseil Economique et Social

- Conseil Economique et Social, 43^{ème} session, Juillet-Août 1967, supplément N°1, résolution 1273, E/4429, United Nations ;
- Résolution adoptée par le Conseil économique et social 18 Mai 1973, 1858^{ème} séance plénière, Nations Unies ;
- Résolution et décisions du Conseil économique et social, 1^{ère} session ordinaire de 1980, 2 Mai 1980, E/1980/80, Nations Unies ;
- Résolution, Substantive session, Role and work of the committee of experts on international cooperation in tax matters, Economic and Social Council, 29 Février 2002, United Nations.

- Résolution Conseil Economique et Social, Novembre 2004, 2004/69, United Nations ;
- Résolution Committee of experts on international cooperation on tax matters, Proposals for amendments to article 5 of the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, Genève 5-9 Décembre 2005, United Nations ;
- Résolution Committee of experts on international cooperation on tax matters, Tax cooperation and cross-border tax crime : role of international organization and potential roles for the United Nations, Genève 5-9 Décembre 2005, United Nations ;
- Economic and Social Council, Committee of experts on international cooperation in tax matters, Proposals for amendments to article 5 of the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries : further issues relating to permanent establishment, Novembre 2007, E/C.18/2007/CRP.4 United Nations
- Economic and Social Council, Committee of experts on international cooperation in tax matters, Proposals for amendments of the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries : further issues relating to permanent establishment, Octobre 2008, E/C.18/2008/CRP.3 United Nations ;
- Committee of experts on International cooperation in tax matters, Definition of permanent establishment, Octobre 2009, E/C.18/2009/CRP.1 ;
- Committee of experts on international cooperation in tax matters, Tax treatment of services, Octobre 2010, E/C.18/2010/CRP.7/Add.1, Nations Unies ;
- Committee of experts on international cooperation in tax matters, 8^{ème} session, Economic and social council, E/2012/45-E/C.18/2012/6, United Nations ;
- Conseil Economique et Social, 20^{ème} et 21^{ème} session, Session 2014, ECOSOC/6624 ;

- Résolution adoptée par le Conseil économique et social 5 Octobre 2016, Comité d'experts de la coopération internationale en matière fiscale, Nations Unies ;

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPEMENT ECONOMIQUE

- Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial, 1998, OCDE ;
- Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, Juillet 2008, OCDE ;
- PFISTER (M), Une fiscalité orientée vers l'investissement et le développement : aperçu de quelques enjeux de politique fiscale en Afrique, NEPAD-OCDE 2009 ;
- Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2010, OCDE ;
- Dispositifs hybrides, questions de politique et de discipline fiscales, Mars 2012, OCDE ;
- Base Erosion Profit Shifting (BEPS) :
 - Rapport au Conseil 29-30 Mai 2013, OCDE
 - Revised discussion draft on transfer pricing aspects of intangibles, Juillet 2013, OCDE
 - Revised guidance on the application of the transactional profit split method, Action 10, Juin 2018, OCDE ;
- Tendances des recettes fiscales, 1965-2014, OCDE 2015 ;
- Le programme de relations mondiales dans le domaine fiscal, Rapport annuel 2016, OCDE ;
- Les travaux de l'OCDE dans le domaine fiscal 2016-2017, OCDE ;
- Examen de la législation et de la pratique des prix de transfert au Mexique par ses pairs, OCDE ;
- Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industrielles ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ? OCDE ;
- Rapport de référence sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, OCDE ;

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (Cahiers de droit fiscal international)

- IFA, Congrès de Stockholm, L'échange des informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale, 1990, Volume LXXVb deuxième sujet, Kluwer law and taxation publishers ;
- IFA, Congrès de Cancoun, Transfer pricing in the absence of comparable market prices, 1992, Volume LXXVIIa, Kluwer law and taxation publishers;
- IFA, Congrès de Florence, Interpretation of double taxation conventions, 1993, Volume LXXVIIIa, Kluwer law and taxation publishers
- IFA, Congrès de New Dehli, The taxation of income derived from the supply of technology, 1997, Volume LXXXIIa, Kluwer law and taxation publishers
- IFA, Congrès de Londres, Practical issues in the application of double tax conventions, 1998, Volume LXXXIIIb, Kluwer law and taxation publishers
- IFA, Congrès de San Francisco, Taxation of income derived from electronic commerce, 2001, Volume LXXXVIa, Kluwer law and taxation publishers
- IFA, Congrès de San Francisco, Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends, 2001, Volume LXXXVIb, Kluwer law and taxation publishers;
- IFA, Congrès d'Oslo, Form and substance in tax law, 2002, Volume LXXXVIIa, Kluwer law and taxation publishers;
- IFA, Congrès de Vienne, Double non-taxation, Volume 89a, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers Amersfoort ;
- IFA, Congrès de Buenos Aires, Source and residence : new configuration of their principles, 2005, Volume 90a, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers Amersfoort ;
- IFA, Congrès d'Amsterdam, The attribution of profits to permanent establishments, 2006, Volume 91b, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers Amersfoort ;
- IFA, Congrès de Kyoto, Transfer pricing and intangibles, 2007, Volume 92a, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers Amersfoort ;
- IFA, Congrès de Kyoto, Conflicts in the attribution of income to a person, 2007, Volume 92b, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers Amersfoort ;

- IFA, Congrès de Vancouver, is there a permanent establishment ?, 2009, Volume 94a, Sdu Uitgevers, The Hague ;
- IFA, Congrès de Rome, Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, 2010, Volume 95a, Sdu Uitgevers, The Hague ;
- IFA, Congrès de Boston, Enterprise services, 2012, Volume 97a, Sdu Uitgevers, The Hague ;
- IFA, Congrès de Copenhague, Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities, 2013, Volume 98b, Sdu Uitgevers, The Hague ;
- IFA, Congrès de Mumbai, Cross-border out sourcing : issues, strategies, and solutions, 2014, Volume 99a, Sdu Uitgevers, The Hague ;
- IFA, Congrès Rio de Janeiro, The future of transfer pricing, 2017, Volume 102b Sdu Uitgevers, The Hague

Rapports autres institutions

- Organisation for European Economic Cooperation, Legislative History of United States Tax Conventions, Volume 4, Section 2 : Organisation for European Economic Cooperation (OEEC), The elimination of double taxation : 1st report of the fiscal committee of the OEEC, Université de Sidney, 2002 ;
- Gouvernance mondiale, 2002, Conseil d'analyse économique ;
- La fiscalité dérogatoire, Conseil des impôts, XXIème rapport, Septembre 2003 ;
- Concurrence fiscale et l'entreprise, Conseil des impôts, XXIIème rapport, 2004 ;
- The world's next e-commerce superpower, navigating China's unique online-shopping ecosystem, Novembre 2011, Boston Consulting Group ;
- Nouvelle donne fiscale 2015, Points clefs et perspectives, Etude EY, Janvier 2015 ;
- Developing economies, Tax insight for leaders, N°13, EY
- Organisation mondiale du commerce, statistiques du commerce international 2015 ;
- Pays pauvres et pression fiscale (Partie I et II) Les déterminants de la pression fiscale dans les pays à faibles revenus, BSI Economics ;

V. RECUEIL DE COURS ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

- ALLIX (E), L'étranger et l'impôt, RCDAI – 1937 ;
- ANAND (R.P), Sovereignty equality of states in international law, RCDAI – 1986 – Volume 197 ;
- ARSANJANI (M-H), The UN and international making law, RCDAI – 2012 ;
- BELAID (S), The adaptation of structure and methods at the UN, RCDAI 1985 ;
- BUHLER (O), Les accords internationaux concernant la double imposition et l'évasion fiscale, RCDAI – 1936 – Volume 55 ;
- CARILLO-SALCEDO (J-A), Droit international et souveraineté des Etats, RCDAI
- CHRETIEN (M), Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel, RCDAI 1954 ;
- DOMINICE (C), La société internationale à la recherche de son équilibre, RCDAI – 2006 – Volume 370 ;
- EINAUDI (L), La coopération internationale en matière fiscale, RCDAI – 1928 – Volume 025 ;
- GRIZIOTTI (B), L'imposition fiscale des étrangers, RCDAI – 1926 – Volume 013 ;
- HUBERT (T), L'évolution du droit international, RCDAI – 1990 – Volume 222 ;
- MANN (F.A), The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years, RCDAI – 1984 – Volume 186 ;
- MORESCO (E), Les rapports de droit public entre la métropole et les colonies, les dominions, et les territoires d'outre-mer, RCDAI – 1936 – Volume 55 ;
- NIBOYET (J-P), Les doubles impositions d'un point de vue juridique, RCDAI – 1930 – Volume 31 ;
- NIEMEYER (TH), Les sociétés de commerce, RCDAI – Volume 04 ;
- QUENEUDEC (J-P), La notion d'Etat intéressé endroit international, RCDAI – 1995 – Volume 255 ;
- RAPPARD (W), Le nationalisme économique et la SDN, RCDAI – Volume 61 – ;
- RIDRUEJO (J A), Le droit international à la veille du XXIème siècle normes, faits et valeurs, RCDAI – 1998 ;
- SEIDL- HOHENVELDERN (I), International economic law, RCDAI – 1986 – Volume 198 ;

- SPERDUTI (G), Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne, RCDAI – 1976 – Volume 153 ;
- TRAVERS (M), La nationalité des sociétés commerciales, RCDAI – 1930 – Volume 033 ;
- TRUYOL Y SERRA (A), Théorie du droit international public, RCDAI – 1981 – Volume 173.
- VERHOEVEN (J), Manuel sur les organisations internationales, les activités normatives et quasi-normatives, RCDAI 1998 ;
- WEIL (P), Le droit international en quête de son identité, RCDAI – 1992 – Volume 237 ;

VI. ARTICLES

- AGRAWAL (M),
 - o A step towards adopting an approach in line with BEPS measures : India revises its comments in the draft UN manual, International Transfer Pricing Journal, Mars/avril 2017
 - o One step towards a non-adversarial tax regime in India : safe harbour rules in India, International Transfer Pricing Journal, 2017 (Volume 24), N°6
- ALADAG (C), Turkey : transfer pricing of intra group services with a special focus on recharacterisation as know-how, ITR 29 Septembre 2015
- ALI-NAKYEA (A) and DEMITIA (W), Ghana' s Transfer Pricing Regime: The Current Situation and Suggestions for Improvement, Bulletin for International Taxation, Décembre 2016
- ALTSHULER (R), Inter-Nation competitiveness : a discussion paper on Base Erosion and Profit Shifting, Bulletin for International Taxation, Juin/Juillet 2014
- ANTON (Ricardo G),
 - o The 21st century multilateralism in international taxation : the emperor's new clothes ?, World Tax Journal, Juin 2016
 - o Untangling the role of reservations in the OECD Multilateral Instrument : the OECD legal hybrids, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°10
 - o Enhancing the group interest in transfer pricing analysis, International Tax Studies, 5-2020;

- ANTONIO (Andréa M), Controlled foreign company regimes in Brazil and Mexico : a comparative analysis, Bulletin for International Taxation, 2015 (Volume 69), N°1
- ARAKI (S),
 - o Un nouveau cadre mondial d'élaboration et de mise en œuvre des normes fiscales internationales Droit fiscal n° 20, 18 Mai 2017, 302
 - o Is international tax controversy emerging in Asia ? Asia-Pacific Tax Bulletin, 2018 (volume 24), N°4
 - o Regional cooperation and tax information exchange among Asia-Pacific tax authorities, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2015 (volume 21), N°4
- ARNOLD (B. J),
 - o The Taxation of Income from Services under Tax Treaties: Cleaning Up the Mess– Expanded Version, Bulletin for International Taxation, (Volume 65), N°2 ;
 - o The UN Committee of Experts and the UN Model: Recent Developments, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4
- Asia Transfer Pricing, ITR Tax reference library N°58, 6th edition
- AUJEAN (M), MAIGNAN (C), Les raisons d'être du Code de conduite contre la concurrence fiscale dommageable Droit fiscal n° 25, 20 Juin 2013, 331
- AUYEUNG (Pak K) Dr, Taxation trends and issues in the People's Republic of China : 1949 to 2006, Bulletin for International Taxation, Juin 2008 ;
- AVERY JONES (John F),
 - o Place of effective management as a residence tie-breaker, Bulletin Tax Treaty Monitor, Janvier 2015, IBFD ;
 - o What can we learn from the history of article 21 of the OECD Model?, Bulletin for International Taxation, 2021 (Volume 75), N°11/12
- AVI-YONAH (R S),
 - o Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state, Harvard Law Review, Mai 2000, Volume 113, Numéro 7 ;
 - o Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime, Bulletin for International Tax, N°61, N°4 (2007) : 130-8 ;
- AVI-YONAH (R S) and POUGA TINHAGA (Z), Unitary taxation and international tax rules, ICTD Working paper 26, Novembre 2014

- AVI-YONAH (R) and SLEMROD (J), (How) should trade agreements deal with income tax issues? Conference draft, University of Michigan, 2001
- BACHELIER (G), La norme internationale et le droit interne devant le juge administratif, où en sommes nous ? Revue critique de droit international privé 2000
- BAISTROCCHI (E), Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 4 (2013), pp. 733–766 doi:10.1093/ojls/gqt012 Published Advance Access May 10, 2013
- BARAKOVA (S), HOEFELE (A), Group synergies and the shapley value analysis : a game theory approach, International Transfer Pricing Journal, Septembre/Octobre 2017
- BARJOT (D), Lafarge, l’ascension d’une multinationale à la française (1833-2005), Relations internationales 2005/4, DO 10.3917/ri.124.0051 IPresse Universitaire de France
- BAUMGARTNER (B), Value creation analysis for transfer pricing purposes, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°2
- BECERRA (Juan A), The influence of the OECD Multilateral convention on Mexico’s tax treaties, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°10 ;
- BECKER (A), The principle of territoriality and corporate income taxation – Part 1, Part 2, Bulletin for International Taxation, Avril - Mai 2016 ;
- BERETTA (G), The taxation of the sharing economy, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°11 ;
- BERGEDAHL (C),
 - o Anti-abuse measures in tax treaties following the OECD multilateral instrument, Part 1, Bulletin for International Taxation, Janvier 2018
 - o Anti-abuse measures in tax treaties following the OECD Multilateral Instrument – Part 2, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°2
- BIANCO (João F), SANTOS (Ramon T),
 - o A change of paradigm in international law : article 7 of tax treaties and the need to resolve the source versus the residence dichotomy, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°3
 - o Brazilian anti avoidance legislation : recent refinements and major deviations from international practice, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°6

- The social contribution on net profits and the substantive scope of brazilian tax treaties – treaty override or legislative interpretation ?, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°9
- BILANEY (Sunny K),
 - Revised OECD draft guidance on the profit split method : the need for conceptual refinements ! Bulletin for International Taxation, Mai 2017 ;
 - Sun pharma’s IPR issue – a narrow escape, International Transfer Pricing Journal 2017 (Volume 24), N°6
- BIRD (R),
 - Global taxes and international taxation : mirage and reality, ICTD Working paper 28 Janvier 2015
 - Taxation and Development : what gave we learned from fifty years of research ? ICTD, Working paper 1 Avril 2012
- BLANLUET (G), Le droit au respect des biens fait obstacle à la suppression du régime du bénéfice mondial consolidé Droit fiscal n° 5, 29 Janvier 2015, comm. 117
- BLANLUET (G), AUSTRY (S), AYRAULT (L), Encadrement de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, Droit fiscal n° 39, 24 Septembre 2015, 582
- BLANLUET (G), COLLIN (P), DEROS (C), MARCUS (E), MAUCHAUFFEE (B), La fiscalité des distributions au sein des groupes de sociétés : actualité et perspectives. - Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 8 octobre 2015 (extraits) Droit fiscal n° 47, 19 Novembre 2015, 682
- BLANLUET (G), TALY (M), GUTMANN (D), MARTIN (P), BIED-CHARRETON (V), GARDETTE (A), La localisation des centres de décision : critères et enjeux. - Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012 Droit fiscal n° 13, 28 Mars 2013, 214
- BLUM (Daniel W), The relationship between the OECD multilateral instrument and covered tax agreements : multilateralism and the interpretation of the MLI, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°3 ;
- BRAUN (J), ZAGLER (M), An economic perspective on double tax treaties with(in) developing countries, World Tax Journal 2014
- BRAUNER (Y), BEPS : an interim evaluation, World Tax Journal, Février 2014
- BRAVO (N), The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties, World Tax Journal, Octobre 2016

- Brazil : Sao Paulo alters taxable basis of ICMS on software transactions, ITR
- BUTANI (M), The multilateral instrument era – measuring the impact on India, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 23), N°2
- CALVETI (Luzius U), JAAG (C), ROHNER (Tobias F), Why corporate taxation should mean source taxation : a response to the OECD’s actions against base erosion and profit shifting, World Tax Journal, Août 2017
- CANEN (D), Permanent establishments : the latest trends from the brazilian tax authorities – a case law update, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°10 ;
- CARVALHO (A), COSTA (J), Permanent Establishments and the Taxable Presence of Non-Residents in Brazil, Bulletin for International Taxation, 2017, (Volume 71), N°6
- CARVALHO (R), DANIELS (I), DEWAR (M), SAHABODIEN (W), Is there evidence of increasing harmonization in the interpretation of tax treaties by courts in their reference to foreign court decisions ? A study of South African case law, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°10
- CASTRO (D), The digital economy and indirect taxation : the brazilian perspective, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°6
- CHAKRAVARTY (A), RAY (S), AMP expenditure, location savings, and guarantee fee aspects of transfer pricing, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°5
- CHAN (A.K.K), Multilateral Instrument: analysis of options and notifications with reference to the prevention of treaty abuse article, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2019 (Volume 25), N°5;
- CHARLET (A), LAPORTE (B), ROTA-GRAZIOSI (G), La fiscalité minière en Afrique de l'Ouest et du Centre Droit fiscal n° 48, 28 Novembre 2013, 527
- CHAWLA (A), GOEL (P), ARORA (S), The principle of Mobilia Sequuntur Personam and the situs of intangible property :the brew of foster’s High Court case, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 22), N°6;
- China looking ahead, ITR Tax reference library N°104, 5th edition
- China looking ahead, ITR Tax reference library N°96, 4th edition
- China’s new transfer pricing guidelines and BEPS, 4 Décembre 2015

- COLLIER (R), VELLA (J), Five core problems in the attribution of profits to permanent establishments, *World Tax Journal*, Mai 2019 ;
- COMOLET-TIRMAN (C), Peut-on en finir avec les prix de transfert ? *Droit fiscal* n° 22, 31 Mai 2012, 313
- COOPER (J), VOLPATO (M), Comprehensive Directive on Transfer Pricing Adopted, *International Transfer Pricing Journal*, Janvier/Février 2017
- CUGUSI (I), Prospects for taxation of the digital economy between ‘tax law and new economy’ and “tax law of the new economy”, *World Tax Journal*, Novembre 2020;
- D’AVOUT (L), Siège social, fictivité et fraude : hésitations autour du rattachement français des sociétés, (à propos de *Crim.* 25 juin 2014, n° 13-84.445), *Revue critique de droit international privé* 2015
- DALY (M), The WTO and direct taxation, Discussion paper n°9, World Trade Organization, Genève, Juin 2005.
- DANON (Robert J), Treaty abuse in the post-BEPS world : analysis of the policy shift and impact of the principal purpose test for MNE groups, *Bulletin for International Taxation*, 2018 (Volume 72), N°1
- DANON (Robert J), WUSCHKA (S), International Investment agreements and the international tax system: the potential of complementary and harmonious interpretation, *Bulletin for International Taxation*, 2021 (Volume 75) N°11/12
- DE SOUZA CARVALHO (A), ANDRADE COSTA (J), Permanent establishments and the taxable presence of non-resident in Brazil, *Bulletin for International Taxation*, 2017 (Volume 71), N°6
- DELABIE (L), Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatiques informels, *Annuaire français de droit international*, Volume 55, 2009
- DELALANDE (N), Le consentement à l’impôt en France : les contribuables, l’administration et le problème de la confiance. Une étude de cas en Seine-et-Oise (années 1860 - années 1930), *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine* 2009/2, n° 56-2, p. 135-163. *Entreprises et Histoire* 2002/2, DOI 10.3917/eh.hs01.009 Editions ESKA
- DELAUNAY (B), Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008 *Droit fiscal* n° 39, 28 Septembre 2017, 470

- DEPREZ (J), Recent Changes and Dynamics under Globalization, *Journal of Post Keynesian Economics*, Vol. 25, No. 3 (Spring, 2003), pp. 367-384 Published by: Taylor & Francis, Ltd.
- DHULDHOYA (V), The future of the permanent establishment concept, *Bulletin for International Taxation*, 2018 (Volume 72), N°4a/Special Issue
- DINH (E), Fiscalité internationale : chronique de l'année 2016, *Droit fiscal* n° 9, 2 Mars 2017, 180
- DU (L), Does the special tax zone policy still mater for foreign investment in China ? An analysis based on the evolution of China's special tax zones, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2017 (volume 23), N°6
- DUARTE da CONCEICAO MACHADO (P), Evolution of the concept of technical services and the policy considerations driving their development, *International Tax Studies*, 3-2021;
- DUBUT (T), AKUNOBERA (F), MAZZ (A), QUINONES (N), SCHOUERI (E), Comprehensive tax treaties and tax information exchange agreements: assessing exchange of information mechanisms to ensure transparency in a globalized world from the perspective of developing countries, *Bulletin for International taxation*, Janvier 2018
- DUGAR (A),
 - o Case note India : payment for outright sale of product not a royalty, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2017 (Volume 23), N°5
 - o Deemed international transactions : a journey towards substance over form, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2016 (Volume 22), N°6
 - o India cases notes, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2017 (Volume 23), N°4
 - o India : Meaning of “Associated Enterprise” – Interplay between Sections 92A(1) and 92A(2) of the Income Tax Act, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, (Volume 23), N°2
- DUGAR (A), BHANDARI (L),
 - o Case note India : salary reimbursment payments not fees for technical services, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2017 (Volume 23), N°5
 - o Case note : supreme court clairfies fixed place permanent establishment requirements, *Asia-Pacific tax Bulletin*, 2018 (volume 24), N°1

- Case notes : income from domain name registration services held to be taxable royalties, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2018 (volume 24), N°4
- DURAND (P), Principe de subsidiarité des conventions internationales et déduction de l'impôt étranger en cas de situation déficitaire Droit fiscal n° 22, 29 Mai 2014, comm. 356
- DURST (M.C),
 - Developing country revenue mobilisation : a proposal to modify the 'Transactional Net Margin' Transfer pricing method, ICTD Working paper 44, Janvier 2016
 - Limitations of the BEPS Reforms : looking beyond corporate taxation for revenue gains, ICTD Working paper 40, Septembre 2015
 - Limitations on interest deductions : a suggested perspective for developing countries, ICTD, Working paper 36 Juin 2015
 - Beyond BEPS : a tax policy agenda for developing countries, ICTD Working paper 18 Juin 2014
 - Improving the performance of natural resource taxation in developing countries, ICTD Working paper 60 Novembre 2016
- DWI NUGROHO (A), The 2016 tax amnesty law : unveiling beneficial owners ?, Asia-Pacific Bulletin, 2017 (Volume 23), N°2
- EMEDOSI (Chike J), Nigeria's international tax policy with particular focus on the allocation of taxing rights, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°7
- ESSERS (P) Dr, Prof, International tax justice between Machiavelli and Habermas, Bulletin for International Taxation, Février 2014
- FARQUET Christophe, Expertise et négociations fiscales à la Société des Nations (1923-1939), Relations internationales 2010/2 (n° 142), p. 5-21. DOI 10.3917/ri.142.0005
- GARCIA (A), BIN (Y), JENG (D), SHI (S), Moving up the value chain – greater access to R&D incentives, ITR 4 Décembre 2015
- GELINEK (Maja S), Permanent establishments and the offshore oil and as industry – Part 1, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°4

- GOBEL (A), Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data, Bulletin Fiscal 6/13, Ed Francis Lefebvre
- GOMES (Marcus L), International taxation and the challenges for multilateralism in the context of the OECD multilateral instrument, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°2
- GOMES (Marcus L), MANSUR (Débora. O. U), The Brazilian « Sixth Method » and BEPS action 10 : transfer pricing control on commodity transactions, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°2
- GORADIA (S), The new Indian statutory definition of “liable to tax”: interaction with India’s tax treaties, Bulletin for International Taxation, Juin 2021;
- GOVIND (S), India and its tryst with subjective rules : an analysis of the recent place of effective management guidance, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 23), N°3
- GRAVELLE (J), International tax avoidance and evasion, National Tax Journal, Vol. 62, No. 4 (December, 2009), pp. 727-753 Published by: National Tax Association
- GUPTA (G), Case note : location of board meetings insufficient to determine place of central management and control, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (volume 23), N°2
- GUTMANN (D), Les piliers de la réforme fiscale internationale : état des lieux, Feuillet rapide fiscal social, 36/21, 27/08/2021, éd Francis Lefebvre
- HANLON (M), Country by country reporting and the international allocation of taxing rights, Bulletin for International Taxation, Avril/Mai 2018
- HATTINGH (J),
 - o The east african community multilateral tax treaty – fit for purpose ? Bulletin for International Taxation, Décembre 2016
 - o The multilateral instrument from a legal perspective : why may be the challenges ?, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4
 - o South Africa: The *Volkswagen* Case and the Secondary Tax on Companies: Part 2 – The Effect on the Taxation of Dividends with Emphasis on Deemed (Constructive) Dividends, Bulletin for International Taxation, Novembre 2009

- HERNANDEZ (Daniel F), SCREPANTE (Mirma S), The new Argentina-Mexico income and capital tax treaty (2015) : a tax treaty in the BEPS era, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°8
- HO (J), CHEN (H), LEE (B), HSU (S), Taiwan : an innovative centre with attractive investment options, ITR 4 Décembre 2015
- HO (K), LU (L), China : standardisation of the administration on cost sharing agreements, ITR 21 Août 2015
- Hong Kong looks to the future, ITR 4 Décembre 2015
- HONGLER (P), PISTONE (P), Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy, Working paper 20 Janvier 2015, IBFD ;
- HWA SEE (W), The territoriality principle in the world of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative : the cases of Hong Kong and Singapore – Part 1 and Part 2, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 71) N°1
- ILHAN (Cansu B), The use of value chain analysis in a profit split, International Transfer Pricing Journal Juillet/Août 2018
- Indirect taxes in China – 2020 and beyond, ITR 4 Décembre 2015
- JAIN (S), India Administrative and Structural Challenges with the Prospective Indian GST Regime, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017, (Volume 23), N°2
- JARRIGE (J), Les pays en développement face au BEPS : défis et engagement Droit fiscal n° 23, 9 Juin 2016, 361
- JOSEPH (S-A), The Plastic Bag Tax: International Trends, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°12
- JUN (W), Chinese taxation on the move, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70) N°9
- KAKA (P), DAMAKIA (K), Equalisation Levy : The India Story, Droit fiscal n° 9, 2 Mars 2017, 174
- KANE (Mitchell A),
 - o Labour rents, arm's length transfer pricing and intangibles : still searching for a solution to the BEPS, Bulletin for International Taxation, Juin/Juillet 2015
 - o Transfer pricing, integration and synergy intangibles : a consensus approach to the arm's length standard, World Tax Journal, Octobre 2014 ;

- KAPLOW (L), Taxation, Discussion paper N°542, 2/2006, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138 ;
- KARADKAR (R), Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4
- KAZI (Wilson B), BEYEZA (B), An analysis of the oil fiscal regime of Uganda, Bulletin for International Taxation, Novembre 2017
- KEMMEREN (E), Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, Bulletin for International Taxation, 2016
- KIM (B), Transfer Pricing under the New BEPS Paradigm: A Korean Perspective, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°4
- KUZNIACKI (B),
 - o Introduction of the Principal Purpose Test and Discretionary Benefits Provisions into Singapore's Tax Treaties: Not as Black as It Is Painted, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2018 (Volume 24), N°2
 - o The artificial intelligence tax treaty assistant : decoding the principal purpose test, Bulletin for International Taxation, Septembre 2018
- LAMY (P), MONSELLATO (G), AUJEAN (M), PELLEFIGUE (J), DE VOGUE (G), Fiscalité des entreprises en 2025 : concurrence, conflits ou coopération ? Droit fiscal n° 41, 8 Octobre 2015, 617
- LAN (S), A comparative study of the « Royalties » provisions in the tax treaties concluded by China, Bulletin for International Taxation, Mars 2018
- LAUMONIER (A), Le projet BEPS : contexte, contenu et perspectives Droit fiscal n° 17, 28 Avril 2016, 298
- LE PILLOUER (A), Les contraintes d'un paradoxe : les lois constitutionnelles inconstitutionnelles. Réflexion à partir d'un cas indien Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques, Presses Universitaires de France, 2012,
- LENNARD (M),
 - o The UN Model tax convention as compared with the OECD Model tax convention – current points of difference and recent developments, Asia-Pacific Tax Bulletin, Janvier/Février 2009
 - o The purpose and current status of the United Nations tax work, Asia-Pacific Tax Bulletin, Janvier/Février 2008

- LEVASSEUR (S), Investissements directs à l'étranger et stratégies des entreprises multinationales, Revue de l'OFCE, hors série, Mars 2002 ;
- LEVINER (S), The intricacies of tax and globalization, Columbia Journal of Law, Volume 5-207
- LI (J),
 - o The great fiscal wall of China : tax treaties and their role in defining and defending China's tax base, Bulletin for International Taxation, Septembre 2012
 - o China and BEPS : from norm-taker to norm-shaker, Bulletin for International Taxation, Juin / Juillet 2015
 - o Status of the Implementation of the OECD/G20 BEPS Initiative in China and Future Developments, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°2
- LI (J), and JI (S), Location-specific advantages : a rising disruptive factor in transfer pricing, Bulletin for International Taxation, Mai 2017
- MAISTO (G), AUSTRY (S), AVERY JONES (J) et al, Dual residence of companies under tax treaties, International Tax Studies, 1-2018;
- MAITROT DE LA MOTTE (A), Les clauses anti-abus et le droit de l'Union européenne Droit fiscal n° 13, 31 Mars 2016, comm. 257
- MANSFIELD (C), Tax administration in developing countries, Staff Papers (International Monetary Fund), Vol. 35, No. 1 (Mar., 1988), pp. 181-197 Published by: Palgrave Macmillan Journals on behalf of the International Monetary Fund
- MANZI (G), The autonomous interpretation of the Multilateral Instrument with particular relevance to article 2 (2), Bulletin for International Taxation, Décembre 2020;
- MARAIS (A), The risk for tax treaty override in Africa – a comparative legal analysis, Bulletin for International Taxation, Novembre 2014
- MARIANI (S), On the source and taxation of royalties in Hong-Kong, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (volume 22), N°3
- MARICHAL (O), et GABELLE (B), Le projet Beps : risques et contrôle des risques des prix de transfert, FR 9/16, Editions Francis Lefebvre

- MARSEILLE (J), Colonisation, décolonisation et capitalisme (1880-1960), In: Vingtième Siècle. Revue d'histoire. N°4, octobre 1984. pp. 39-48. doi : 10.3406/xxs.1984.1715 ;
- MARTIN (P), GOUTHIERE (B), Les conflits de normes : les clauses anti-évasion Droit fiscal n° 39, 28 Septembre 2017, 471
- MARTORANO (B), Taxation and inequality in developing countries, lessons from the recent experience of Latin America, ICTD Working paper 2016/98, Septembre 2016
- MASCAGNI (G), A fiscal history of Ethiopia : taxation and aid dependence 1960-2010, ICTD Working paper 49, Mars 2016
- MAYER (P). Le rôle du droit public en droit international privé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°2, Avril juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney Melbourne, 18-26 août 1986) pp. 467-485; doi : 10.3406/ridc.1986.2427http://www.persee.fr/doc/ridc_00353337_1986_num_38_2_2427
- MCINTYRE (M), Developing countries and international cooperation on income tax matters : an historical review, 2003 ;
- MEHTA (A) Dr,
 - o « Equalization levy » proposal in Indian finance bill 2016 : is it legitimate tax policy or an attempt of treaty dodging ?, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°2
 - o The Indian version of permanent establishment : business connection, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2014 (volume 20), N°5
 - o The limited force of attraction rule, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2015 (Volume 21), N°2
 - o Minimum alternate tax and the Indian tax treaties, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°2
 - o Importance of Human Involvement for Income Characterization as Fees for Technical Services, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016, (Volume 22), N°2
- MELOT (N), Essai sur la compétence fiscale, Journal du droit international (Clunet) n°3, Juillet 2004, doct 10024

- MESSERE (K), 20th century taxes and their future, Bulletin for International Taxation, Janvier 2000
- MIN (G), Chine : comment effectuer une subvention sur les prix de transfert en fin d'année compte tenu du contrôle des changes et de la réglementation douanière ? Droit fiscal n°9 5 Mars 2018
- MIRAGLIA (R T), WANG (M), CHI (C), The new china country practice chapter of the Un practical manual on transfer pricing : reflections on post-BEPS transfer pricing in the Middle-Kingdom, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (volume 23), N°4
- MOORE (M), Revenue reform and statebuilding in anglophone Africa, ICTD Working paper 10, Mai 2013
- MOREAU DEFARGES (P), Mondialisation économique et mondialisation politique depuis 1945, Relations internationales 2005/4, DOI 10.3917/ri.124.0041
- MOREO (Andrés B), The taxation of technical services under the United Nations model double taxation convention : a rushed – yet appropriate – proposal for (developing) countries, World Tax Journal, 2015 (Volume 7), N°3 ;
- MOSQUERA VALDERRAMA (Irma J), Output legitimacy deficits and the inclusive framework of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative, Bulletin for International Taxation, Mars 2018
- MULYANI (Y), New transfer pricing documentation requirements and country-by-country reporting, International Transfer Pricing Journal, Mai/Juin 2017
- MUNYANDI (K) etc, Tax policy trends in Africa – commentary on the major tax developments in 2013 and 2014, Bulletin for International Taxation, Mars 2015
- MUSSELLI (Andrea), MUSSELLI (Alberto), Rise of a new standard : profit location in countries of important intangible functions managers, International Transfer Pricing Journal, Septembre/ Octobre 2017
- MYSZKOWSKI (A), Mind the gap : the role of politics and the impact of cultural differences on the OECD BEPS Project, Bulletin for International Taxation, Mai 2016
- NALUKWAGO (E), SURAHMAT (R), VALADO (M), Unitary taxation in federal and regional integrated markets, ICTD Research report 3 Septembre 2014

- NAVARRO (A), The arm's length standard and tax justice : reflections on the present and the future of transfer pricing, *World Tax Journal*, 2018 (Volume 10), N°3 ;
- Navigating Brazilian transfer pricing complexity, *ITR* 29 Septembre 2015
- NICOLAY (K), WIEDEMANN (V), Taxing investments in the Asia-Pacific region : the importance of cross-border taxation and fiscal incentives, *World Tax Journal*, Juin 2016 ;
- NOUDARI (K), OFFERMANN (R), Foreign direct investment in developing countries : some tax considerations and other related legal matters, *Bulletin for International Taxation*, Juin 2016,
- NUGROHO (Adrianto D), The 2016 tax amnesty law : unveiling beneficial owners ?, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2017 (Volume 23), N°2
- NUYEN (Phat T), NGOC DU (B), Vietnam : Draft decree on transfer pricing and direct tax administration of related-party transactions, *International Transfer Pricing Journal*, Mars/Avril 2017
- OGIER (M), Mind the gap – the arm's length principle and MNE value creation, Tax and transfer policy institute, Australian National University, working paper, 7/2016, septembre 2016
- OGUTTU (A.W),
 - o A critique from a developing country perspective of the proposals to tax digital economy, *World Tax Journal*, Novembre 2020;
 - o OECD's action plan on tax base erosion and profit shifting : what should be Africa's response ? Part 1 and 2, *Bulletin for International Taxation*, 2015 (Volume 69), N°11
 - o The role of international cooperation in preventing tax evasion : a critique on « Assistance in collection of taxes » - a south african perspective, *Bulletin for International Taxation*, 2014 (Volume 68) N°9
- OLBERT (M), SPENGEL (C), International taxation in digital economy : challenge accepted ? *World Tax Journal*, Février 2017 ;
- OLBERT (M), SPENGEL (C), Taxation in the digital economy – recent policy developments and the question of value creation, *International Tax Studies* 3-2019, IBFD ;

- OWENS (J), Tax policy in the 21st century : new concept for old problems, European University Institute, Robert Schuman Center, Global governance programme, Issue 2013/05, Septembre 2013 ;
- PAL (J), Taxation of fees for technical services : an analysis of Indian tax treaties and their journey through the courts, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 23), N°1
-
- PATEL (Vispi T), VISHARIA (Kejal P),
 - o Final guidance on place of effective management, International Transfer Pricing Journal, Septembre/Octobre 2017
 - o Analysis of the Samsung case on the determination of a permanent establishment for services provided by seconded employees of a Korean parent to its subsidiary in India, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°5
- PENG (C), A rethink of location-specific advantages with an analysis of the chinese approach, International Transfer Pricing Journal, 2017 (Volume 24), N°6
- PETRUZZI (R), HOLZINGER (R), Profit attribution to dependent agent permanent establishments in a post-BEPS era, World Tax Journal, Mai 2017
- PIANTAVIGNA (P),
 - o The Role of the Subjective Element in Tax Abuse and Aggressive Tax Planning, World Tax Journal 2018 (Volume 10), N°2
 - o Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era : how EU law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies, World Tax Journal, Février 2017
- PICARIELLO (S) et CHAND (V), The use of country-by-country reporting for tax risk assessment: challenges and potential solutions, International Tax Studies 1-2020;
- PICIOTTO (S),
 - o International tax disputes : between supranational administration and adjudication, ICTD Working paper 55, Août 2016
 - o Is the international tax system fit for purpose, especially for developing countries ? ICTD Working paper 13 Septembre 2013

- International taxation and economic substance, Bulletin for International Taxation, Décembre 2016
- Taxing multinational enterprises as unitary firms, ICTD Working paper 53, Juin 2016
- PIERRE (J-L), Société étrangère. Abus de convention fiscale internationale, qualificatif d'abus de droit Droit des sociétés n° 4, Avril 2016, comm. 73
- PISCITELLI (T), CANEN (D), Taxation of cloud computing in Brazil : legal and judicial uncertainties, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°4a/Special Issue
- PISTONE (P), NOGUEIRA (Joao F.P), ANDRADE (B), The 2019 OECD proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy : an assessment, International Tax Studies 2-2019, IBFD
- POIRIER (R), Holdings animatrices : de l'incomplète reconnaissance de l'activité économique en fiscalité interne aux problématiques de fiscalité internationale, Droit fiscal n° 13, 27 Mars 2014, 239
- POLO (E), The « other income » article in Tax Treaties as Interpreted by the Courts: A Case Law Analysis, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4
- PRAMASANTI (C) et TJEN (C), Is Indonesia benefiting from the Multilateral Instrument?, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2019 (Volume 25) N°6;
- QIU (D), The concept of « beneficial ownership » in China's Tax Treaties – the current state of play, Bulletin for International Taxation, Février 2013
- RAJGOPALAN (G), Copyright law and taxation of software, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°4
- RAWAL (R),
 - Making available technical expertise and being effectively connected to a permanent establishment, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 23), N°1
 - GAAR becomes operational in India, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (volume 23), N°5
- ROCHA (Sergio A), Should developing countries include article 7 in their tax treaties ?, Bulletin for International Taxation, Juin 2017

- RODRIGUEZ PENA (C.C), Compatibility between the OECD's hard-to-value intangibles methodology and the arm's length standard: what is the way forward?, *International Tax Studies*, 8-2020;
- ROXAN, Ian Limits to globalisation: some implications for taxation, tax policy, and the developing world. LSE law, society and economy working paper series, 3/2012. Law Department, London School of Economics and Political Science, London, UK.
- SABONNADIÈRE (M), La remise en cause du système fiscal international : l'opportunité d'une révolution ? *Droit fiscal* n° 41, 8 Octobre 2015, 616
- SADOWSKY (M), Vers un système fiscal standard ? *Droit fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, 337
- SAGAR (S), How "Limited" is Limited Force of Attraction? An Analysis of the Relevant Case Law and the Potential Implications of the OECD/G20 BEPS Initiative, *Bulletin for International Taxation*, 2017, (Volume 71), N°3/4
- SAUVANT (K), Emerging markets and the international investment law and policy regime, Article dans *Oxford Handbook of management in emerging markets*, Mai 2018, Oxford University Press ;
- SAVERO (B), An analysis of the taxation of indirect transfers of assets in China and India, *Bulletin for International Taxation*, 2018 (Volume 72), N°2
- SAWYER (Adrian J), Comparative tax policy approaches in Australia and New Zealand : instructional guidance for Hong Kong, *Bulletin for International Taxation*, Septembre 2016
- SCHÖN (W), International taxation of risk, *Bulletin for International Taxation*, Juin/Juillet 2014
- SCHOUERI (Luis E), GALENDI JUNIOR (Ricardo A), Interpretative and policy challenges following the OECD multilateral instrument (2016) from a Brazilian perspective, *Bulletin for International Taxation*, 2017 (Volume 71), N°6
- SEE (A), Les doctrines fiscales de l'OCDE *Droit fiscal* n° 24, 15 Juin 2006, 29
- SHARKEY (N), Renovating the tax base : the development of selected international aspects of the income tax regimes in Mainland China and Singapore with reference to Hong Kong, *Bulletin for International Taxation*, 2016 (Volume 70), N°6

- SHARMA (S), NAGAPPAN (M), GAAR provisions : the need for internationally accepted restrictions on application, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2018 (volume 24), N°1
- SHEEHAN (J), BLAINE (J), Thailand in international tax planning, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (Volume 23), N°3
- SHEEHAN (J), O'CONNELL (C), COBARRUBIAS (B), CHIARAPURK (E), Cambodia, Laos, Myanmar, Thailand, Vietnam, The new asian tigers : tax update on the mekong region, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (volume 22), N°22
- SHEVELEVA (N), SHEVELEV (S), Russie, chronique de l'année 2017 Droit Fiscal n°9 5 Mars 2018
- SILBERZTEIN (C), CAULLIEZ (G), Intervalle de pleine concurrence, interquartile et médiane : des concepts trop souvent mal maîtrisés ? Droit fiscal n° 16, 20 Avril 2017, comm. 265
- SILBERZTEIN (C), GRANEL (B), TRISTAM (J-B), La convention multilatérale de l'OCDE : vous ne lirez plus les conventions fiscales comme avant ! Droit fiscal n° 39, 28 Septembre 2017, 475
- SILBERZTEIN (C), TRISTAM (J-B), OCDE : la mise en œuvre des mesures conventionnelles issues du projet BEPS par la création d'un instrument multilatéral Droit fiscal n° 42-43, 20 Octobre 2016, 553
- SIM (T), A different take on transfer pricing in Asia, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°4
- STAHLI (L), The Use of the Profit Split Method in Highly Integrated Transactions, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°4
- STEWART (M), Redistribution between rich and poor countries, Bulletin for International Taxation, Avril/Mai 2018
- STORCK (A), PETRUZZI (R), DZIWINSKI (K), PRASANNA (S), Global transfer pricing conference 2018 : transfer pricing developments around the world, International Transfer Pricing Journal, 2018 (Volume 25), N°3
- SUHAS (S), How « Limited is limited force of attraction ? An analysis of the relevant case law and the potential implications of the OECD/G20 BEPS initiative, Bulletin for International Taxation, 2017 (Volume 71), N°3/4

- SUSARLA (K), RAVISANKAR (R), Beyond Vodafone – the ripple effect, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°1
- TADMORE (N) Dr, Source taxation and of cross border intellectual supplies – concepts, history, and evolution into digital age, Bulletin for International Taxation, Janvier 2007
- TAVARES (Romero J S), Multinational firm theory and international law : seeking coherence, World Tax Journal, Juin 2016;
- TAVARES (Romero JS), OWENS (J), Global tax policy post-BEPS and the perils of the silk road, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2016 (Volume 22), N°6
- Territorialité fiscale et compétitivité européenne. - Compte rendu de la soirée d'étude de l'IFA du 19 octobre 2004 Droit fiscal n° 42, 20 Octobre 2005, 36
- TIMBADIA (B) et SUNEJA (S), Profit split method : is it becoming the most appropriate « alternate » method? Asia-Pacific Tax Bulletin, 2017 (volume 23), N°6
- Transparency in focus : Latin America tx developments inspired by BEPS, ITR 29 Septembre 2015
- Unfolding the transfer pricing complexifies in Indian financial services, 4 Août 2015
- VALADAO (Marcos A P), Transfer pricing in Brazil and actions 8, 9, 10 and 13 of the OECD base erosion and profit shifting initiative, Bulletin for International Taxation, Mai 2016
- VALDERRAMA (I), Output Legitimacy Deficits and the Inclusive Framework of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative, Bulletin for International Taxation, Mars 2018
- VAN DEN HURK (H), Tax planning, ethics and our new world, Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), N°2
- VALENTIN (C), BOISSANTE (B), Pékin n'est pas Rio : retour sur les crédits d'impôt forfaitaires Droit fiscal n° 7-8, 12 Février 2015, 141
- VAN DER BRUGGEN (E),
 - o Thailand, Tax treaty renegotiations by developing countries : a case study using comparative analysis to assess the feasibility of achieving policy objectives, Asia-Pacific Tax Bulletin, Juillet/Août 2002
 - o Source taxation of consideration for technical services and know-how, with particular reference to the Treaty policy of China, India and Thailand, Asia-Pacific Tax Bulletin, Mars 2001

- VAN WEEGHEL (S), A deconstruction of the principal purpose test, *World Tax Journal*, Février 2019;
- VANDERWOLK (J), Source, Transfer Pricing and Anti-Avoidance: The Position After Ngai Lik and Datatronic, *Bulletin for International Taxation*, Décembre 2009
- VARSHNEY (Kamlesh C), Interpretation of the term « may be taxed », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2016 (Volume 22), N°6
- VERGNET (N), Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie *Droit fiscal* n° 39, 28 Septembre 2017, 476
- VIRALLY (M), La valeur juridique des recommandations des organisations internationales, in *Annuaire français de droit international*, Volume 2, 1996 ;
- WAGH (S),
 - o The taxation of digital transactions in India : the new equalization levy, *Bulletin for International Taxation*, 2016 (Volume 70), N°9
 - o Transfer pricing aspects of marketing intangibles : an indian perspective, *Bulletin for International Taxation*, 2015 (Volume 69) N°9
- WANG (J), Chinese taxation on the move, *Bulletin for International Taxation*, Septembre 2016
- WARIS (A), Mining Taxation in Tanzania: The African Barrick Gold Cases, *Bulletin for International Taxation*, Décembre 2016
- WEST (C), References to the OECD commentaries in tax treaties : a steady march from « soft » law to « hard » law, *World Tax Journal*, Février 2017
- WEST (C), PISTONE (P), and ZIMMER (F), Comprehensive tax treaties and tax information exchange agreements : assessing exchange of information mechanisms to ensure transparency in a globalized world from the perspective of developing countries, *Bulletin for International Taxation*, Janvier 2018
- WHITE (J), MNE's should restructure to enjoy China's beneficial ownership tax treaty rules, *ITR* 6 Avril 2018
- WILKIE (J. Scott), Intangibles and location benefits (customer base), *Bulletin for International Taxation*, Juin/ Juillet 2014
- XU (D), The convergence and divergence between China's implementation and OECD/G20 BEPS minimum standards, *World Tax Journal*, 2018 (Volume 10), N°3
- YANG (Y),

- A comparative study of the general anti-avoidance rules of mainland China and Hong Kong – legislation, interpretation and application, Bulletin for International Taxation, 2016 (Volume 70), N°7
- Two paths for developing controlled foreign corporation rules in China, Bulletin for International Taxation, Novembre 2016
- YING (Jow L), YUAN (YONG S), Related parties as used in transfer pricing, International Transfer Pricing Journal, Novembre/Décembre 2017
- YUAN (S), ZHAO (A), Bulletin 6 : China completes the revamping of its transfer pricing regime, International Transfer Pricing Journal, Juillet/Août 2017,
- ZHAO (A), Managing transfer pricing risks by multinational companies in China, International Transfer Pricing Journal, 2017 (Volume 24), N°6

VII. MODELES ET CONVENTIONS, TRAITES, CONSTITUTIONS

a. Modèles et Conventions fiscales

- Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement, Révision 2011 ;
- Convention pour régler les relations des administrations de l'enregistrement de France et de Belgique, signée à Lille le 12 Août 1843
- Convention de Vienne sur le Droit des Traités, 1969, Nations Unies
- Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, OCDE Juin 2013 ;
- Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, 2010, OCDE ;
- Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, mise à jour 2014, OCDE

Société des Nations :

- Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Conventions, commentary and text, Genève Novembre 1946, C.88.M.88.1946.II.A
- Fiscal Committee, Model bilateral conventions for the prevention of international double taxation and fiscal evasion, Second regional tax conference, Mexico, DF, July 1943, C.2.M.2.1945.II.A

- Committee of technical experts on double taxation and tax evasion, Double taxation and Tax evasion, Genève Avril 1927, C.216.M.85.1927.II
- Grand meeting of Government experts on Double Taxation and Tax Evasion, Genève Octobre 1928, C.562.M.178.1928.II
- Recueil des accords internationaux et des dispositions de droit interne tendant à éviter la double imposition et l'évasion fiscale, Volume III, Genève Octobre 1930, C.585.M.263.1930.II
- Collection of international agreements and internal legal provisions for the prevention of double taxation and fiscal evasion, Volume V, Genève Octobre 1933, C.618.M.291.1933.II.A

b. Traités

- The Govt of Indian Act 1919 Rules Thereunder & Govt. Reports, 1920, edited by H.N. MITRA.M.A.BL, published by N.N. Mitter, Annual Register Office, Sibpur, Calcutta, 1921 ;
- Imperial Conference 1926, Inter-Imperial Relations Committee, Report, Proceedings and Memoranda, E (LR/26) Series ;
- Statute of Westminster, 1931, York University, Osgoode hall law school, 1990 ;

c. Statuts

- Statut Fonds Monétaire International, www.imfbookstore.org;
- Guide de la Banque Mondiale, De Boeck ;
- Centre interaméricain d'Administrations Fiscales, Mai 2018 ;
- Les accords de l'OMC, Accord de Marraakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et ses annexes, OMC, 1997 ;

d. Constitutions

- The Constitution of the socialist Republic of Vietnam, Institute for democracy and electoral assistance (2013)
- Constitution of India, P.M. Bakshi, The Constitution of India, 5e éd. (Delhi : Universal Law Publishing, 2003).
- La Constitution de la République Populaire de Chine, source Ambassade de Chine en France

- La Constitution de la République d'Indonésie, Levy Denis. La constitution de la République d'Indonésie. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 4 N°2, Avril-juin 1952.pp. 268-280; doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1952.8807>

Table des matières

Thèse de Doctorat / Janvier 2022	1
<i>Introduction</i>	19
Section I La difficile reconnaissance des principes de fiscalité internationale	32
§ I L'émergence en droit interne de l'imposition des sociétés étrangères	32
A/ Le contexte économique	33
B/ Les bases de la fiscalité internationale initiée par le droit interne des puissances coloniales	35
§ II L'activité fiscale des instances internationales pendant l'entre-deux guerres	38
A/ Un sujet annexe	39
B/ Une reconnaissance fragile et un sujet diffus	41
1. La reconnaissance de la fiscalité, mais l'ambivalence du principe d'imposition 42	
2. La crise de 1929 et la consécration du principe de l'imposition au lieu de résidence	45
Section II La place des pays émergents au sein des instances fiscales internationales	48
§ I La faible intégration des colonies dans le système fiscal international	48
A/ Une reconnaissance fiscale par procuration	49
1. Une assimilation commerciale complète	49
2. L'instrumentalisation fiscale des colonies	50
B/ Le statut fiscal des colonies	54
1. Un statut fiscal sous contrôle	54
2. La perception de l'impôt	57
§ II Le maintien d'un « impérialisme fiscal »	59
A/ Des prérogatives fiscales internationales confisquées par les pays développés. ____	61
1. Espoirs de reconnaissance des colonies sur la scène fiscale internationale	61
2. Tentative d'émancipation	63
B/ Un « impérialisme fiscal » consenti	64
1. Le conflit de loyauté des pays émergents	65
2. Le rôle fiscal de l'ONU	67
 <i>PREMIERE PARTIE LES PAYS EMERGENTS ET LA TRANSPOSITION DE LA FISCALITE INTERNATIONALE CLASSIQUE</i>	 73
 TITRE I – L'application des principes de fiscalité internationale dans le droit interne des pays émergents	 81
Chapitre I Les méthodes de réception des principes de fiscalité internationale	86
Section I La portée juridique des principes	87
§ I La portée pratique	88

A/ L'impact sur la vie des affaires	89
B/ La place des principes de fiscalité internationale dans les systèmes juridiques nationaux	91
§ II Les mécanismes de réception en droit interne sous contrôle.	95
A/ L'approche dualiste des normes	97
B/ Une lecture moniste des pratiques	100
Section II Les incertitudes de l'intégration	103
§ I L'intégration complétée par le juge	104
A/ Le juge garant de la bonne application des normes fiscales internationales ____	104
B/ Un juge au service des autorités fiscales	106
§ II L'intégration tardive	109
A/ Les délais d'intégration	109
B/ Le poids du fédéralisme	111
Chapitre II L'adaptation des normes fiscales internationales	118
Section I La substance comme moyen de s'affranchir des structures	120
§ I Le critère de la présence	122
A/ Les tenants de l'approche anglo-saxonne	125
B/ Les tenants de l'approche du siège réel	125
C/ Les tenants de l'ambivalence entre l'approche anglo-saxonne et le siège réel ____	126
D/ Les tenants d'une approche autonome	127
§ II Le critère de l'activité	128
A/ La mobilité internationale des personnes	129
B/ Les activités auxiliaires et préparatoires	134
Section II La transparence des structures classiques	137
§ I Le bénéficiaire effectif	138
A/ Une notion difficile à appréhender	138
1. La définition du bénéficiaire effectif	139
2. Le champ d'application	141
B/ Une conception globale	142
1. Une approche pragmatique et concrète	142
2. Une approche hésitante	145
§ II L'interventionnisme des sociétés liées	147
A/ Les sociétés étrangères contrôlées	147
1. Le contrôle de réalité des opérations des sociétés étrangères contrôlées.	149
2. Le contrôle formaliste	150
B/ Les services rendus par les sociétés tierces	153

TITRE II – La transformation des pratiques fiscales internationales par les pays

emergents.....	161
Chapitre I La pluralité des pratiques	165
Section I La relativité des critères classiques de l’activité taxable	167
§ I La remise en cause de l’affectation de l’activité	168
A/ La délimitation des critères de l’établissement stable	170
B/ L’affectation du résultat	176
§ II L’érosion des critères de qualification des redevances	179
A/ La qualification en droit interne des redevances	182
B/ La politique conventionnelle des pays émergents	186
Section II Le réexamen du système de répartition des recettes fiscales	190
§ I Une utilisation sui generis du principe de pleine concurrence	191
A/ Les fondements historiques du principe de pleine concurrence	193
B/ L’adhésion prudente des pays émergents	195
§ II La pratique des méthodes classiques de prix de transfert.....	200
A/ La hiérarchie controversée des méthodes	201
B/ Le problème des comparables	202
Chapitre II L’instrumentalisation des pratiques	208
Section I La création de valeur.....	211
§ I La notion d’incorporel au centre de l’assiette	214
A/ La définition de l’assiette à travers le prisme de l’incorporel	214
B/ Le champ d’application	216
1. Le marché local, un actif incorporel	217
2. La propriété légale.....	219
§ II La territorialité de l’assiette	222
A/ L’importance différenciée des faits générateurs	223
B/ L’émergence de nouveaux faits générateurs	227
Section II Les mesures anti-abus.....	228
§ I L’objectif commercial au cœur des mesures générales et spéciales	234
A/ L’objectif commercial comme mesure générale anti-abus	235
B/ La double nature de l’objectif commercial	239
§ II La transmission de l’information, une arme fiscale au service des pays émergents ..	243
A/ Les modes de coopération utilisés par les pays émergents	245
B/ Le Country by Country Report et les pays émergents	247
1. Des pays émergents plus exigeants	251
2. Des pays émergents plus conformes	253
3. Le CBCR un outil de traçabilité de la création de valeur pour les pays émergents.....	254

**SECONDE PARTIE LES PAYS EMERGENTS ET LA DEFINITION D'UNE
NOUVELLE GRAMMAIRE FISCALE 265**

TITRE I – la redéfinition des revenus fiscaux..... 269

Chapitre I L'allocation du revenu	272
Section I La nouvelle qualification du revenu	273
§ I Une nouvelle catégorisation du revenu	274
A/ Revenu actif, revenu passif, une distinction en sursis	275
B/ Une notion qui se cherche : autres revenus	278
§ II L'émergence de revenus supposés	281
A/ Les revenus du e-commerce (digital)	282
1. L'établissement stable	283
2. La qualification de redevances en droit interne	286
3. Le recours à une imposition de droit interne	288
B/ Les transferts indirects de titres de sociétés	291
Section II Les nouveaux critères d'affectation du revenu	295
§ I Pays émergents et les nouvelles formes d'activité de la vie des affaires	299
§ II Les nouveaux principes d'affectation	303
A/ L'origine du revenu	303
B/ Le lieu de consommation	305
Chapitre II La répartition de la base imposable	311
Section I Les nouvelles méthodes de ventilation du revenu imposable	314
§ I Le partage du revenu imposable	316
A/ La méthode du partage du profit	318
1. Principe et fonctionnement du partage des profits	318
2. Les critiques des pays émergents	320
B/ Le rôle de la comptabilisation	322
1. Les dispositions comptables	323
2. La déductibilité des montants intra-groupe facturés	324
§ II L'allocation forfaitaire du revenu imposable	326
A/ Le principe de répartition forfaitaire des profits et des revenus	328
B/ Les pays émergents et les nouvelles méthodes de répartition des profits	330
Section II Pays émergents et le nouveau prisme des systèmes d'imposition	333
§ I Etat source, Etat de résidence, une frontière mise à mal par les pays émergents	334
A/ Une construction argileuse et poreuse	336
B/ Dualité de source et conflit d'imposition	339
§ II Mondialisation et territorialité, la recomposition doctrinale par les pays émergents	341
A/ Les fondamentaux doctrinaux classiques des principes d'imposabilité	343
1. La théorie du lien raisonnable	343

2. La théorie territorialiste	344
3. La théorie réaliste.....	346
B/ Le nouveau visage du territoire fiscal selon les pays émergents	347
TITRE II – Une gouvernance fiscale en recomposition	355
Chapitre I Disparité de la gouvernance fiscale et Pays Emergents	361
Section I Des lieux de gouvernance multiples	364
§ I Une volonté centralisatrice	366
A/ L’espoir de l’ONU de représenter fiscalement les pays émergents	367
B/ Les efforts de l’OCDE pour intégrer les pays émergents	370
§ II Une dynamique décentralisatrice de gouvernance fiscale internationale.....	375
A/ Les lieux formels ou le dialogue fiscal entre les Nations	375
B/ Les lieux informels, ou l’élaboration de la grammaire fiscale	378
1. Une gouvernance fiscale mondiale de « Congrès ».....	379
2. La portée juridique des actes des lieux informels de gouvernance fiscale	381
Section II Multilatéralisme et pays émergents un outil pour une meilleure gouvernance fiscale ?	384
§ I L’ambition du multilatéralisme	385
A/ Un multilatéralisme flou	386
B/ Les limites endogènes du multilatéralisme fiscal	389
§ II Le maintien du bilatéralisme par les pays émergents.....	392
A/ Le paradoxe conventionnel	393
B/ La place des traités d’investissements internationaux	394
Chapitre II Un paysage fiscal international en équilibre	401
Section I Entre défiance et méfiance	403
§ I Les tentatives d’« impérialisme fiscal », ou les signes de la défiance.....	404
A/ Les subsides de l’« impérialisme occidental »	405
1. Le rôle des organisations financières	406
2. Le rôle de l’assistance administrative	408
B/ La volonté hégémonique des pays émergents	410
§ II Les tentations de repli ou les signes de la méfiance	414
A/ Le risque d’une hétérogénéité des principes de fiscalité internationale	415
B/ Le risque de l’unilatéralisme	418
Section II Un paysage fiscal en quête de cohérence.....	420
§ I Le rôle des pays émergents dans le fonctionnement du système fiscal international ..	421
A/ Une lecture matricielle de l’implication des pays émergents	421
1. Les pays créateurs de principes et de pratiques fiscales	422
2. Les pays « norm shaker ».....	423
B/ Le respect par les pays émergents de leurs engagements fiscaux internationaux ..	424

1. Une implication soutenue au sein des instances fiscales traditionnelles	425
2. Une adhésion et un respect des principes et conventions ratifiés.	426
§ II La reconnaissance des pays émergents dans les instances fiscales internationales et les comités des affaires fiscales.....	427
A/ Une place indéfinie au sein des comités fiscaux	427
B/ L'avenir d'une instance fiscale internationale universelle	429
Conclusion	438
Bibliographie.....	444
Index	486

Index

A

Actif incorporels :

- 214 s. (étude d'ensemble);
- 216 s. marché local/location specific advantage

Activité préparatoire et auxiliaire:

- 134 s. (étude d'ensemble);
- 300 s. undertaking;

Afrique du Sud :

- 125 siège réel ;
- 135 activités auxiliaires et préparatoires ;
- 237 notion d'engagement (mesures anti-abus) ;
- 245 échange d'informations entre pays émergents

Assistance : administrative internationale :

- 243 s au recouvrement ;
- 244,254 (coopération et échange de renseignements)

Anti-abus :

- 228 s. étude d'ensemble ;
- 234 s. pratiques des pays émergents (objectif commercial) ;
- 249 convention multilatérale ;
- 240 limitations of benefits, GAAR

Allégerance économique et politique: 336 s.

Allégerance fiscale: 165 (conception économique)

Allocation :

- des profits 303, 307, 318 s;
- des revenus 272, 274, 316 s

B

Bénéficiaire effectif :

- 139 s. étude d'ensemble ;
- 140 s. évasion fiscale ;
- 139 equitable owner ;
- 142 s. approche chinoise ;
- 144 s. approche indienne

Bénéfice combiné : 319, 380, 382, 402

Brésil:

- 92 constitution et traités internationaux;
- 152 SEC;
- 154, 155 établissement stable et services rendus par des sociétés terces;
- 185 redevances (politique conventionnelle),
- 187 (droit interne);
- 235, 236 caractère commercial raisonnable (anti-abus);
- 244 article 26 Modèle OCDE (coopération administrative fiscale);
- 245 échange d'informations entre pays émergents;
- 280 autres revenus;
- 289 e-commerce et imposition de droit interne.

Business connection (Inde) : 175, 177

C

Cadre inclusif :

- 70 contexte BEPS;
- 356 s. vecteur d'intégration des pays émergents

Centre de politique et d'administration fiscales (CTPA) : 408

Chambre de Commerce Internationale : 38

Centre Interaméricain des Administrations Fiscales (CIAT): 374

Chine:

- 132 établissement stable et mise à disposition de personnel ;
- 137 activités auxiliaires;
- 143 bénéficiaire effectif ;
- 148 SEC ;
- 185 redevances (politique conventionnelle),
- 188 (droit interne) ;
- 202 prix de transfert (comparables) ;
- 213, 215 actif incorporel ;
- 217, 218 marché local, location specific advantage;
- 226 création de valeur et faits générateurs ;
- 234 objectif commercial (anti-abus);
- 244 article 26 Modèle OCDE (coopération administrative fiscale) ;
- 252 CBCR ;
- 279 autres revenus ;
- 293 holding chinoise ;

CNUCED:

- 60 - 89 (poids des EMN dans le budget des pays émergents)
- 229 pratiques fiscales agressives

Colonies:

- 47 s. intégration des colonies dans le système fiscal international;
- 56 conventions fiscales;

Comité:

- 39 s. comité des experts de la Société des Nations;
- 38 s. comité financier de la SDN;
- 55 comité interdépartemental britannique relatif à l'impôt sur le revenu;
- 46 comité fiscal de la SDN.

Comptes consolidés : 254, 316

Concurrence fiscale : 371 rapport OCDE; 226, 309 contexte;

Conférence Internationale: 38 Gènes, Bruxelles

Consensus de Monterrey : 68

Constitution (pays émergents) : 93 s.

CONVENTION :

- 395 Convention de Vienne : 80, 387, 388, 468 ;
- 382 s Convention multilatérale (étude d'ensemble)

Country by country report :

- 242, 243 étude d'ensemble ;
- 246 s. pays émergents exigeants;
- 249 s. pays émergents plus conformes

Création de valeur :

- 210 s perspective historique;
- 222s. chaîne de valeur (production, possession, distribution - DEMPE);
- 331 s. DEMPEP;
- 211 s. Goodwill

CREDAF: 375

Crédit d'impôt: 270 s. mécanisme

D

DEMPE / DEMPEP: voir création de valeur

Discounted Cash Flow : 294 s.

Dominions : 52, 53, 55

Dualiste (théorie / pays émergents) : 89 s

E

Economistes (1923): 39 mandat; 211, 212, 260, 273, 334

ECOSOC: 68, 365

Entité fonctionnelle distincte : 176

Etablissement stable

- 50 s. article 5 modèle convention 1927, 1928;
- 128s. mobilité internationale des personnes;
- 279 s. établissement et e-commerce;
- 164 s. activité taxable;
- 129 convention multilatérale;
- 133 s., 164 s., 279 s. installation fixe d'affaires

Etat : 31, 45, 62, 118, 143, 252 résidence ; 143, 252, 296, 308, 325, 327, 328, 329, 332, 333, 334, 361, 363, 391, 407 source

Evasion fiscale : 226 s. étude d'ensemble

Extraterritorialité : 347

F

Fédéralisme : 110

Finance Act Britannique (1916, 1920) : 55

MIEGE-DECLERCQ Benoit | Thèse de doctorat | Janvier 2022

Fiscalité internationale: 22 crise (portée, sources gouvernance, objectif); **84, 85** effectivité; **41 s.** reconnaissance, le rôle de la Chambre de commerce international;

Fonds Monétaire International: 404, 409

Force d'attraction : 177

Form over substance : 154

G

G20: 161 Hangzhou ; **380** Antalya ; **381 s.** gouvernance fiscale

GAAR (voir Anti-Abus)

GAFAs : 305

H

Holding opérationnelle : 290s. étude d'ensemble pays émergents; **291** Inde (Vodafone); **293 s.** cession de titres (Chine)

I

ICMS (impôt brésilien) : 112, 116, 289

IFRS : 254, 323, 416

Impérialisme fiscal: 49, 59, 66, 395, 400

Impôt : 35 s. approche historique de l'imposition des entreprises ; 34 impôt cédulaire ; 55 s. perception, collecte

Incorporel (voir actifs)

Inde:

- **103** juge et interprétation de la fiscalité internationale ;
- **126** siège de direction effective ;
- **132** mise à disposition de personnel et établissement stable ;
- **138 s** bénéficiaire effectif ;
- **150** SEC ;
- **172 s** établissement stable ;
- **182** redevances (politique conventionnelle),
- **186** (droit interne) ;
- **200** prix de transfert (méthodes), **201** (comparables) ;
- **213** actif incorporel (étude d'ensemble),
- **218 s** (dépenses internes) ;
- **238 s** GAAR/LOB (anti-abus) ;
- **245** échange d'informations entre pays émergents ;
- **251** CBCR ;
- **279** autres revenus ;
- **285** e-commerce (établissement stable),
- **286** (redevances),
- **288** (imposition de droit interne) ;

Indian Act (1916): 57

Indonésie:

- **100** constitution et fiscalité internationale (approche moniste) ;
- **130** mise à disposition de personnel et établissement stable ;
- **138** bénéficiaire effectif ;
- **152** établissement stable et services rendus par la société mère ;
- **190** prix de transfert (méthodes),
- **201** (comparables) ;
- **213** actif incorporel ;
- **252** CBCR ;
- **279** autres revenus ;
- **285** e-commerce et établissement stable ;
- **324** déductibilité des dépenses intra-groupe ;

L

Limitation of Benefits : (voir Anti-Abus)

Local file : voir prix de transfert

Location specific advantage: voir actifs incorporels

M

Malaisie:

- **100** constitution et fiscalité internationale (approche moniste);
- **125** siège de direction effective;
- **185** redevances (politique conventionnelle),
- **186** (droit interne) ;
- **201** prix de transfert (méthodes);
- **244** article 26 modèle OCDE (coopération administrative fiscale);
- **287** e-commerce et imposition de droit interne;
- **325** déductibilité des dépenses intra-groupe

Management fees : **130**, étude d'ensemble, **179** approche indienne, **409**

Marché domestique : voir actifs incorporels

Market intangibles voir actifs incorporels

Market premium voir actif incorporels

Master file : voir prix de transfert

Mexique:

- **125** siège réel ;
- **151** SEC ;
- **213** actifs incorporel ;
- **250** CBCR;
- **213** actifs incorporels;
- **133** maquiladora

MIGA (Agence multilatérale de garantie) : 398

Mobilia Sequuntur Personam : 214, 215, 455

Modèle convention: 46 s. 1927/1928; 62 s. Mexico et Londres; OCDE; ONU

Mondialisation de l'impôt (principe) : 330 s.

Monisme : 97 s.

Multilatéralisme: 376 s

N

Nation de la plus favorisée (clause): 379 s

Nexus : 287 s.; 299 lieu de consommation; 338 lien raisonnable; 226 présence économique significative

Nigeria:

- 100 constitution et fiscalité internationale (approche moniste) ;
- 145 bénéficiaire effectif ;
- 253 CBCR

Norm shaker : 415

O

Objectif commercial : (voir anti-abus)

Organisation Mondiale du Commerce:85, 86, 423

P

Pacte Andin : 300, 369, 370

Pays émergents : 24 s. définition; 24 BRICS; 25 BENVIM;

Principal Purpose Test : voir anti-abus

Prix :

- 193 s., 324 s. comparables de marché ;

- 186 s.de pleine concurrence;
- 245s.,316s. documentation (master file, local file);
- 313 méthodes;
- 192 s. juste prix

Profit :

- 191, 314 profit résiduel;
- 309, 310, 311 partage du profit;
- 320, 321, 322, allocation forfaitaire;

Protocole additionnel : 182 s.

R

Radcliff: 65

Rapport Montagu-Chelmsford: 57

Redevance: 179s (étude d'ensemble)

Régionalisme fiscal : 392

Réserves: 169 s. commentaires OCDE; 381 s. convention multilatérale

Residence-based worldwide taxation: voir profit

Revenu :

- 263 notion (définition économiste);
- 268 s. actif ;
- 273 s. autres revenus;
- 276 s. revenus supposés;
- 299 s. origine

Route de la soie: 411

Russie: 124 siège réel ; 240 mesures anti-abus ; 279 s autres revenus

S

SAT (administration chinoise) : 318

Services :

- 272 s. services de faible valeur ajoutée;
- 217 s. services de marketing (Inde) :
- 180 s. services de routine (support);
- 177 s. services techniques (savoir faire);
- 257 s. théorie des services rendus

Treaty Shopping : 72

U

Undertaking : 61, 142, 293

V

Vietnam :

- 130 mise à disposition de personnel et établissement stable ;
- 134 activités auxiliaires (notion de stockage) ;
- 151 SEC ;
- 183 s redevances (politique conventionnelle) ;
- 213 actif incorporel;
- 250 CBCR

SGATAR (Groupe d'étude et de recherche sur l'administration fiscale asiatique) : 369, 375

Siège : 122 s. siège réel ; **125 s., 144,** siège de direction effective

Statut de Westminster : 65

Subsidiarité (principe) : 96

Substance: 115 s. dimension historique / approche sociétés ; **117 s.** dimension économique

T

Territorialité de l'impôt : 333 s.

Thaïlande:

- 185 redevances (politique conventionnelle) ;
- 244 article 26 modèle OCDE (coopération administrative fiscale) ;
- 287 e-commerce et imposition de droit interne

Transparence : 204 s.

Titre : Fiscalité Internationale et Pays Emergents

Résumé (1700 caractères) :

La fiscalité internationale a un siècle. Ses normes et ses pratiques ont été rédigées à une époque où les pays émergents actuels étaient des colonies des pays industrialisés, sous leur domination économique. Ils n'ont pris part ni à leur élaboration, ni à leur développement, ni à leur modification. L'accélération des échanges commerciaux, la globalisation de l'économie, la concurrence fiscale accrue, voire acerbe que se mènent l'ensemble des Etats à travers le monde, redéfinissent la compétence fiscale de chaque pays, en bousculant la conception que les acteurs du système fiscal international pouvaient avoir des normes fiscales internationales et de leur rôle dans la redistribution du revenu. La transposition des actions BEPS dans la législation de chaque Etat partie à ce système, laisse à penser qu'une révolution est en marche. Or, l'intégration croissante des pays émergents sur la scène fiscale internationale, nous conduit à nous interroger sur la modernité de cette évolution et surtout sur le poids prégnant des pays émergents dans la conception de la fiscalité internationale. Le XXème siècle fut celui de la relation exclusive entre pays industrialisés et normes fiscales internationales. Le XXIème semble être celui de l'influence des pays émergents sur la fiscalité internationale. Le positionnement des pays émergents semble par ailleurs donner un nouveau relief aux principes posés pendant les années 1920 et 1930. Cela semble leur donner un avantage fiscal compétitif pouvant cependant devenir le creuset de divergences structurelles.

Title: International Taxation and Emerging Countries

Abstract (1700 characters):

International taxation has a century. Its standards and practices were written at a time when the current emerging countries were colonies of the industrialized countries under their economic domination of the latter. They were not allowed to take part neither in their elaboration, nor in their development, nor in their modification. The acceleration of trade, globalization and integration of the economy, the increased, even acerbic tax competition that all states are conducting around the world, are redefining the fiscal jurisdiction” of each country, by shaking up the concept that actors in the international tax system could have international tax standards and their role in income redistribution. The transposition of BEPS actions into the legislation of each State party to this system, suggests that a revolution is underway. However, the growing integration of emerging countries into the international tax scene, leads us to question the modernity of this development and especially on the significant weight of emerging countries in the design of these standards. The 20th century was that of the exclusive relationship between industrialized countries and international tax standards. The 21st seems to be that of the influence of emerging countries on international taxation. The positioning of emerging countries also seems to give a new relief to the principles laid down during the 1920s and the 1930s. This seems to give them a competitive tax advantage that could however become the melting pot of structural differences.

